
Regolare Internet*

Michela Manetti

Abstract

Il saggio affronta due temi che mettono in luce la tendenziale coincidenza tra due modelli – quello europeo e quello statunitense – tradizionalmente ritenuti assai diversi riguardo alla disciplina della libertà di pensiero. Da un lato viene esaminata la repressione dei messaggi di odio, in particolare della propaganda del nazismo e del terrorismo; dall'altro l'abbandono ai privati della gestione della Rete, e in particolare l'esenzione da responsabilità dei proprietari delle piattaforme, oggi messa in discussione, almeno in parte, dalla dottrina statunitense e dalla disciplina eurounitaria.

The paper addresses two themes that highlight how two different models of protection of free speech – namely the European and the US ones – tend to coincide, despite being inherently considered very different. The paper examines, on one hand, the contrast of hate speech, particularly of Nazi and terrorist propaganda; on the other hand, it looks at how the governance of the Internet has been left completely to the private sector, being centered on the liability exemptions applicable to digital platforms, the adequacy of which is currently called into question by both US scholars and European regulators.

Sommario

1. L'inversione di tendenza. – 2. Il pensiero estremo e le sue diverse manifestazioni. – 3. (segue): le politiche di odio e di disinformazione in Rete. – 4. Potere economico e libertà di pensiero. – 5. L'imposizione di obblighi di sorveglianza e i rischi della censura privata. – 6. La manipolazione degli utenti.

Keywords

libertà di espressione – Internet – Internet service provider – censura privata – *hate speech*

1. L'inversione di tendenza

L'esplosione della pandemia ha reso se possibile ancora più importante il ruolo della Rete, amplificandone a dismisura l'influenza su tutti gli aspetti della vita quotidiana. Ciò rende indispensabile una riflessione aggiornata, che tenga conto della rapidissima

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a doppio cieco

obsolescenza cui sono andate incontro le visioni originarie del fenomeno.

In pochi anni è crollata l'idea della Rete come luogo di appagamento sia del bisogno di comunicazione interpersonale, sia della sete di conoscenza, in quanto tale destinata a divenire anche il luogo di elezione del dibattito democratico. Dopo l'avvento dei *social media* il tema si è per così dire rovesciato, concentrandosi sugli aspetti meno benefici della libertà di comunicazione-diffusione del pensiero; tema che a sua volta si staglia sullo sfondo (in precedenza oscurato dalla pretesa gratuità della Rete) dell'eterno conflitto tra mercato e democrazia.

Sicché oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui modi con i quali regolare efficacemente l'uso di Internet¹. Per alcuni questo non significa negare il paradigma del *marketplace of ideas*, dove al pensiero spetta una speciale tutela in vista della sua funzione sociale, ma sconfessare la retorica deregolatoria della quale il I emendamento è stato arbitrariamente elevato a simbolo². Per altri ciò rappresenta invece la dimostrazione del fatto che è il modello stesso del *marketplace* ad essere sbagliato, in quanto nel dibattito la verità non sarebbe affatto destinata a trionfare³.

Si tratta di un dibattito che l'esplosione della pandemia ha reso se possibile ancora più decisivo, amplificando a dismisura l'influenza di Internet su tutti gli aspetti della vita quotidiana.

2. Il pensiero estremo e le sue diverse manifestazioni

Si deve senza dubbio all'uso della Rete se, dopo un lungo periodo nel quale sembrava che nessun messaggio potesse più veramente scandalizzare, né mettere in pericolo l'assetto democratico, è risorto ovunque il tema dei discorsi che aggrediscono in forme estreme e intollerabili i principi culturali, prima ancora che giuridici, delle democrazie fondate sui diritti: per un verso, il messaggio pedo-pornografico, per l'altro, l'incitamento all'odio razziale. Ma risorto è anche il tema della propaganda diretta al sovvertimento violento dello *status quo* tramite l'esaltazione del terrorismo⁴.

L'esperienza vissuta a quest'ultimo riguardo dai diversi ordinamenti ha confermato la chiave di lettura che era stata proposta nel 1988, quando la distinzione tra i due modelli

¹ V. ad es. i contributi raccolti da L.C. Bollinger-G.R. Stone (a cura di), *The Free Speech Century*, Oxford, 2019, che (tranne quello dovuto a Monica Bickert, dirigente di Facebook) convergono tutti nel ritenere necessaria una regolazione delle piattaforme, sia pure di diverso tenore a seconda delle opinioni.

² Ivi, G.R. Stone, *Epilogue*, 295, ammette che la Rete, se lasciata libera, non corrisponde affatto al paradigma del *marketplace of ideas*, ma anzi rappresenta una minaccia per la democrazia. F. Schauer, *Every Possible Use of Language?*, ivi, 45, ricorda opportunamente che secondo questo paradigma il pensiero va tutelato non perché non sia pericoloso, ma nonostante lo sia, in quanto può tradursi in azione. Sulla "retorica deregolatoria" del I emendamento v. *amplius infra* il par. 4.

³ Per un approccio dichiaratamente ostile al paradigma del *marketplace of ideas* v. A. Koltaj, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, Oxford-Chicago, 2019, 10, secondo il quale l'apertura del dibattito non porta necessariamente né alla verità, né alla individuazione della migliore decisione nelle materie di pubblico interesse.

⁴ Cfr. la tematizzazione operata da I. Hare-J. Weinstein (a cura di), *Extreme speech and democracy*, Oxford, 2009.

astrattamente comparabili (nordamericano ed europeo) veniva ricondotta non tanto a una diversa e opposta visione del mondo, quanto a un atteggiamento e a un sentimento di ottimismo, anziché di pessimismo, liberale⁵. Dal punto di vista costituzionalistico il volgersi dell'ordinamento al pessimismo veniva comunque limitato al ricorrere di circostanze eccezionali, ovvero alla "enormità dei valori costituzionali" che debbono essere protetti a ogni costo attraverso l'imposizione di un ordine pubblico ideale democratico⁶.

In effetti l'ottimismo statunitense di un tempo, esemplato dal test del pericolo imminente che era stato introdotto nel 1969 dalla famosa sentenza *Brandenburg v. Ohio*⁷, ha lasciato spazio a un pessimismo non meno profondo, quando si è trattato di valutare la legittimità delle disposizioni che permettono di classificare come forme di *material support* al terrorismo non solo determinati comportamenti, ma anche semplici manifestazioni del pensiero. Nel caso *Humanitarian Law Project* si trattava dell'attività di consulenza legale rivolta a gruppi terroristi⁸; nel successivo caso *Tarek Mehanna* si trattava invece della traduzione di messaggi diffusi da un'organizzazione terroristica, svolta peraltro di propria iniziativa dall'imputato⁹.

Come molta dottrina ha notato, la Corte Suprema non ha minimamente pensato di applicare a tali casi il criterio del pericolo imminente, grazie al quale la sua giurisprudenza è conosciuta in tutto il mondo, ma al contrario ha permesso l'incriminazione di una "semplice simpatia" verso l'ideologia dei terroristi musulmani: qualcosa di molto simile al *bad tendency test* che a tanti anni di distanza da *Brandenburg v. Ohio* sembrava morto e sepolto. Il periodico riemergere dell'isteria popolare alla quale i tribunali non vogliono o non riescono ad opporsi può considerarsi a questo punto una caratteristica costante del sistema statunitense, che smentisce l'impressione di un progressivo e inarrestabile ampliamento della libertà di pensiero.

Mentre il nemico mortale era un tempo il comunismo, oggi lo è il terrorismo – non a caso definito da un tribunale nordamericano "la peste bubbonica dei tempi odierni"¹⁰ – al punto da richiedere la messa al bando di qualsiasi messaggio anche indirettamente o debolmente apologetico. E se un tempo si citava la formula coniata dal giudice

⁵ A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988. Ma sulla sostanziale convergenza dei due modelli v. già A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, 1974, 178 ss.

⁶ V. ancora A. Di Giovine, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *DPCE*, 2006, XIII ss.

⁷ 395 U.S. 444 (1969).

⁸ Corte Suprema, *Holder v. Humanitarian Law project*, 561 U.S. 1 (2010). Imputata era un'organizzazione di consulenza che seguiva il Partito Curdo dei Lavoratori e le Tigri per la liberazione del Tamil – entrambi presenti nella lista statunitense dei gruppi terroristi – sia nell'opera di compilazione dei ricorsi per la violazione dei diritti umani presso l'ONU, sia nella conduzione di negoziati di pace con i rispettivi governi.

⁹ Court of Appeals, First Circuit., *U.S. v. Mehanna*, 735 F.3d 32 (2013), del 13 novembre 2013. V. al riguardo la rassegna di E. Grande, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Questione giustizia*, 4, 2015, 47 ss. V. anche M. Monti, *L'hate speech jihadista e l'ordinamento giuridico statunitense post 11 settembre: un maccartismo culturalmente orientato?* in S. Prisco - F. Abbondante (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, 2016, 287 ss.

¹⁰ Cit. da E. Grande, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, cit., 57.

Learned Hand¹¹, oggi si preferisce il più sintetico motto intestato ad Abramo Lincoln, secondo il quale «la Costituzione non è un patto suicida»¹².

Uguale e contrario è stato il percorso seguito dalla Repubblica federale tedesca, la quale ha progressivamente rinunciato a difendersi da qualsiasi messaggio che contesti “i principi fondamentali dell’ordinamento liberal-democratico”. Nel 2017 il Tribunale costituzionale federale si è spinto invero a condizionare lo scioglimento di un partito di ispirazione nazista alla sua effettiva pericolosità, instaurando un esplicito bilanciamento tra la scelta in favore della democrazia militante, da un lato, e la scelta tesa invece all’apertura del processo politico, dall’altro. Attribuendo carattere eccezionale alla misura dello scioglimento prevista dall’art. 21, c. 2, della Legge fondamentale per i partiti dichiarati incostituzionali, questa sentenza si pone a ben vedere in continuità con l’altra risalente a dieci anni fa, nella quale lo stesso Tribunale aveva bensì ribadito l’intollerabilità per l’ordinamento tedesco dell’esaltazione del nazismo, ma aveva al contempo tenuto a sottolineare che questo limite alla libertà di pensiero ha carattere eccezionale, trovando radice nell’unicità e irripetibilità dell’esperienza subita dai tedeschi sotto il Terzo Reich¹³.

In entrambe i casi il giudice costituzionale fa ottimisticamente propria la natura derogatoria dei limiti imposti alle libertà costituzionali in nome dell’ordine pubblico democratico, dimostrando di saper rivolgere la barra ai principi dello Stato di diritto pur in una temperie burrascosa. Su questa strada sa di non essere solo, come dimostra la più recente giurisprudenza della Corte EDU in tema di negazionismo¹⁴, che fa eco a sua volta alla presa di posizione del Tribunale costituzionale spagnolo¹⁵, nonché al (più contorto) pronunciamento del Consiglio costituzionale francese in favore della libertà di pensiero e di ricerca storica¹⁶.

¹¹ Standard poi accettato dalla Corte Suprema nel caso *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951): «*In each case courts must ask whether the gravity of the evil, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as necessary to avoid the danger.*»

¹² Al motto ha ridato lustro il volume di R.A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, 2006.

¹³ Sentenza del 4 novembre 2009, in *BVerfGE* 124, 300-347, che ha ritenuto legittimo il divieto di una riunione convocata per celebrare la memoria di Rudolf Hess.

¹⁴ V. la sentenza resa in *Grande Chambre* il 15 ottobre 2015 sul caso *Perinçek c. Svizzera*, ric. 27510/08, con la quale la Corte EDU – discostandosi dalla giurisprudenza riguardante l’Olocausto – ha ritenuto che la negazione del genocidio armeno possa rappresentare un messaggio protetto, ove non crei in concreto pericolo di violenza né rappresenti istigazione all’odio nei confronti delle vittime e dei loro discendenti.

¹⁵ Cfr. *Tribunal constitucional*, sentenza n. 235/2007, che ha ritenuto incostituzionale la incriminazione del mero “negare” la esistenza dei delitti di genocidio, lasciando peraltro intatte le sanzioni previste per coloro che giustificano tali delitti o pretendano la riabilitazione dei regimi o istituzioni che supportano dette pratiche. A seguito di tale pronuncia il legislatore spagnolo ha modificato le norme penali in materia, suscitando tuttavia numerose critiche: cfr. G.M. Teruel Lozano, *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal*, in *indret.com*, 2015.

¹⁶ *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2012-647 DC, con la quale è stata dichiarata illegittima non la incriminazione della negazione del genocidio, bensì la pretesa delle *lois mémorielles* di riconoscere come verità storica determinati genocidi (a differenza di quanto l’ordinamento francese prevede riguardo all’Olocausto, che viene riconosciuto dall’ordinamento francese in osservanza delle sentenze pronunciate dalla giurisdizione internazionale appositamente istituita dopo la Seconda Guerra mondiale). Tale

Non bisogna del resto dimenticare che il *Bundesverfassungsgericht*, nel mandare indenne da sanzione il partito neonazista ha altresì auspicato, con successo, l'introduzione di una norma costituzionale *ad hoc* che privasse del finanziamento pubblico i partiti miranti ad attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale, o a mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale tedesca: una fattispecie più ampia e quindi di più facile applicazione rispetto a quella prevista per la dichiarazione di incostituzionalità del partito¹⁷. Tale esito, che sancisce non solo la condanna dell'ideologia del partito, ma ne rende più difficile l'attività di propaganda, privandolo di risorse, appare molto più efficace della mera sanzione dello scioglimento, la quale in base all'esperienza non è mai servita a impedire la nascita di partiti identici sotto nome diverso¹⁸.

In controtelaio si legge la valutazione di opportunità politico-costituzionale svolta dal Tribunale: il rifiuto di incriminare l'"atteggiamento interiore" o "la visione del mondo" degli aderenti al partito neonazista¹⁹ procede evidentemente dalla volontà di dimostrare la superiorità del sistema democratico, oltre all'ampiezza del consenso che lo sostiene. Non diversamente molti anni fa la Corte costituzionale italiana mandò indenni da sanzione l'apologia di fascismo e le manifestazioni fasciste che non risultino idonee a minacciare l'ordine democratico ai sensi della XII disp. trans. fin. Cost.²⁰. Bisogna insomma tenere presente che – soprattutto in tempi di populismo dilagante – le manifestazioni di forza possono apparire sintomi di debolezza dell'intero *establishment*. Fermo restando che, quando non si tratti di personaggi politici conosciuti dal grande pubblico o, peggio, di rappresentanti delle istituzioni (cui la libertà di pensiero individuale è in pratica difficilmente riconoscibile, tanto più se essi scelgono di utilizzare mezzi accessibili a tutti, come i social media) la diffusione di messaggi anti-sistema non si sconfigge con le troppo facili incriminazioni penali. Tanto si è fatto, invece, nel nostro Paese con l'introduzione dell'aggravante di negazionismo²¹, e tanto

riconoscimento non rappresenterebbe infatti esercizio del potere normativo «in senso sostanziale» che la Costituzione francese attribuisce alle Assemblee rappresentative. In altri termini, il *Conseil* ha negato che spetti alla legge dettare la storia: per una riflessione generale su questo tema v. G. Resta-V. Zeno Zencovich, *La storia "giuridificata"*, in G. Resta-V. Zeno Zencovich (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, Napoli, 2012, 3 ss.

¹⁷ Sul significato del nuovo c. 3 dell'art. 21 della Legge fondamentale, e in particolare sul verbo "*darauf ausgerichtet sein*" (mirare) che viene qui usato in contrapposizione a "*daraus angeben*" (adoperarsi per) cui il c. 2 fa seguire la messa fuori legge del partito v. l'ottima discussione di E. Caterina, *La metamorfosi della democrazia militante in Germania*, in *DPCE*, 1, 2018, 239 ss.

¹⁸ In tal senso non sembra di poter condividere lo sgomento provato davanti alla sentenza in esame da M. Bonini, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2017, 17.

¹⁹ Nelle parole del Presidente Voßkuhle: «*Das Parteiverbot ist kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot*».

²⁰ Cfr. le sentenze Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 1 e 6 dicembre 1958, n. 74. V. altresì la Corte cost., 6 giugno 1973, n. 73, nella quale si ribadisce che la legge Scelba «intende vietare e punire unicamente quelle manifestazioni che, in relazione alle circostanze di tempo, di luogo e ambiente in cui si svolgono e per le loro obiettive caratteristiche, siano comunque idonee a far sorgere la situazione di pericolo di ricostituzione del partito [fascista]».

²¹ G. Sacerdoti, *Intervento*, in *sidiblog.org*, 15 gennaio 2014, pur dichiarandosi favorevole alla detta aggravante ha osservato come nella fretta suscitata dall'emozione per le reazioni nostalgiche seguite alla morte di Priebeke il testo trascuri di menzionare il requisito secondo il quale le manifestazioni di negazionismo sono perseguibili in quanto atte ad incitare alla violenza o all'odio, o a turbare l'ordine pubblico (tale requisito è d'altronde menzionato nella decisione quadro 2008/913/GAI, cui la legge

si è tentato di fare con la punizione di manifestazioni fasciste già incriminate²², mosse entrambe dall'emozione legata a fatti di cronaca.

Il consenso intorno ai valori costituzionali fondanti non può – purtroppo – essere dato per scontato, né essere imposto a norma di legge, specialmente nei confronti delle nuove generazioni, ma richiede l'attivazione di strategie svolte su diversi registri nei diversi ambiti sociali²³. E questo oggi comporta non solo l'adozione di leggi della memoria, ma di misure capaci di affrontare la “grande regressione”, economica, sociale e morale, che ha investito le nostre democrazie²⁴.

3. (segue): le politiche di odio e di disinformazione in Rete

Se gli ordinamenti di democrazia costituzionale appaiono accomunati dall'altalenante apertura e chiusura verso il pensiero ostile, i temi sensibili non sono tuttavia gli stessi sulle due sponde dell'Atlantico: in particolare, il divieto di incitamento all'odio razziale, che esprime una scelta di civiltà comune a tutti i Paesi europei (e al Canada), non ha mai superato lo “scrutinio stretto” di compatibilità con il I emendamento, se non quando sia stato accompagnato dal pericolo imminente di violenza e/o dalla intenzione di diffondere una autentica minaccia²⁵.

La *viewpoint neutrality* che lo Stato deve osservare, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte Suprema, farebbe invero divieto di favorire le idee e i discorsi ispirati all'eguaglianza tra tutti gli esseri umani rispetto a quelli basati sulla superiorità di una razza o di una religione (così come farebbe divieto di promuovere l'idea della parità tra i sessi a scapito dell'idea che la donna sia inferiore all'uomo)²⁶.

Il rifiuto del paternalismo statale si spinge in quest'ambito a livelli intollerabili per la sensibilità europea. Eppure una forma analoga, se non più efficiente, di censura viene praticata e accettata sotto la veste della *political correctness*, che è oggetto di una convenzione condivisa tra tutti i media tradizionali.

Certo i moduli del politicamente corretto possono risultare stucchevoli; ma non si può dimenticare come essi contrastino il c.d. effetto di silenziamento che il discorso pubblico produce nei confronti dei soggetti più deboli. Almeno in una, memorabile, circo-

italiana ha dato attuazione).

²² Sul carattere esclusivamente simbolico della proposta di legge avanzata nella scorsa legislatura v. M. Manetti, *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazifascista. A proposito del d.d.l. Fiano*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2017, 883 ss.

²³ V. in tal senso, con dovizia di svolgimenti, G.E. Vigevani, *Origine e attualità del dibattito sulla XII Disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 25 ss.

²⁴ V. al riguardo la panoramica offerta da H. Geiselberger (a cura di), *The Great Regression*, Berlino, 2017. Sull'affossamento degli ideali di solidarietà, sostituiti dal precetto della *Selst-Optimizierung* v. O. Nachtwey, *Die Abstiegs-gesellschaft*, Frankfurt a. M., 2016.

²⁵ V. rispettivamente le sentenze *Brandenburg v. Ohio*, cit., e *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003), sulle quali riflette da ultimo I. Spigno, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 74 ss.

²⁶ Torna da ultimo a criticare questo indirizzo della Corte Suprema C. A. Mac Kinnon, *The First Amendment. An Equality Reading*, in L.C. Bollinger-G. R. Stone (a cura di), *The Free Speech Century*, cit., 140 ss.

stanza essi hanno inoltre contribuito a proteggere la sensibilità di un gruppo etnico/religioso ben più efficacemente delle multiformi discipline vigenti nei Paesi europei. In occasione della pubblicazione delle vignette su Maometto da parte del *Jilland's Post*, tutti i giornali statunitensi furono d'accordo nel ritenere che esse potevano bensì essere descritte a parole, ma non riprodotte, dal momento che per i musulmani è sacrilegio rappresentare il Profeta, prima ancora che farne oggetto di satira. Nei Paesi europei dove le vignette furono contestate in giudizio nessuna tutela fu riconosciuta ai dogmi religiosi, appuntando invece l'attenzione sulla configurabilità dell'incitamento all'odio verso la minoranza musulmana (che fu peraltro unanimemente esclusa).

Anche questo episodio rivela la sensibilità molto diversa che alberga sulle due sponde dell'Atlantico²⁷. Ma dal punto di vista giuridico le esperienze dei diversi ordinamenti tornano ad avvicinarsi, grazie alla coincidenza almeno parziale tra il ruolo svolto in Europa dal codice penale e negli Stati Uniti dalle regole deontologiche del giornalismo professionale.

Il quadro appena tracciato appare peraltro idilliaco rispetto all'attuale prassi della Rete, dove l'intermediazione offerta dai professionisti dell'informazione, per quanto criticabile, è stata accantonata in favore della comunicazione di stati d'animo e di emozioni, più che di pensieri intesi al dibattito pubblico²⁸. L'anonimato, che sarebbe dovuto servire a valorizzare l'opinione espressa indipendentemente da chi ne fosse l'autore, è diventato un accorgimento propizio non solo al linguaggio scurrile ma anche al pettegolezzo malevolo e alle dottrine scientifiche inventate di sana pianta²⁹.

L'uso dei social media ha poi incentivato non solo la propensione dell'essere umano ad accodarsi, espressa dai *follower*, ma anche l'opposta tendenza a disprezzare e perseguitare, espressa dagli *hater*, dai *cyberbully* e dai *trol*³⁰. E come la Rete ha reso possibili i movimenti politici che si proponevano di sconfiggere regimi dittatoriali, così è servita a propalare messaggi razzisti e negazionisti.

Prima di recriminare sul risveglio dell'irrazionalità che il nuovo ordine ideale instaurato dopo la Seconda Guerra mondiale mirava ad impedire, bisognerebbe considerare il quadro normativo all'interno del quale tale tendenza ha potuto proliferare indisturbata. La scelta iniziale e determinante è stata quella di negare ai poteri pubblici – pur responsabili della predisposizione delle infrastrutture (le c.d. autostrade dell'informazione) – qualsiasi ruolo nella gestione della Rete, consegnata per così dire “chiavi in mano” ai privati. Per fomentare lo sviluppo delle loro attività economiche questi sono stati altresì dotati di una speciale immunità, grazie alla quale non rispondono dei

²⁷ Lo dimostra la posizione di R. Post, *Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad*, in *Constellations*, 1, 2007, 72 ss., che pur essendo in linea di principio contrario alla protezione dei sentimenti altrui (persino di quelli radicati nelle *civility rules*, ovvero nelle più elementari regole della convivenza sociale) si mostra dubbioso sulla opportunità di pubblicare le vignette in esame.

²⁸ Sull'attuale prevalere della chiave sentimentale ed emotiva nella lettura della libertà individuale, che era invece dominata in precedenza dalla razionalità, v. H. Biung-Chul, *Psicopolitica*, Milano, 2016, 51 ss.

²⁹ Sulla necessità di mantenere nondimeno la liceità dell'anonimato, imponendo peraltro agli operatori della Rete il rispetto di regole che rendano possibile l'identificazione degli autori delle comunicazioni illecite anche quando essi ricorrano ad apposite tecniche di mascheramento v. E. Barendt, *Anonymous speech. Literature, Law and Politics*, Oxford, 2016, 125 ss.

³⁰ V. in generale S. Levimore-M.C. Nussbaum, *The Offensive Internet. Speech, Privacy, and Reputation*, Cambridge, 2012.

contenuti immessi dagli utenti. Come è noto, grazie alla *Good Samaritan clause*³¹, sostanzialmente riprodotta negli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, la sorveglianza sui messaggi contrari alle norme penali o civili è stata in via di principio rimessa alla platea degli utenti, alle segnalazioni dei quali la piattaforma fa seguire (se lo ritiene) il blocco del messaggio.

In tal modo il divieto del *prior restraint* è stato sostanzialmente esteso dalla stampa alla Rete: qui lo Stato ha rinunciato a svolgere persino il proverbiale ruolo di guardiano notturno, che nessun fautore delle libertà individuali ha mai pensato di contestare. Oggi sembra quasi impossibile che nessuno abbia previsto o immaginato gli eccessi e gli abusi cui questa assenza avrebbe condotto, e che anzi la stessa Corte Suprema nella sua prima pronuncia in materia abbia difeso la libertà di usare un linguaggio indecente, considerandola un'estrinsecazione della libertà di partecipare al dibattito pubblico che la Rete per la prima volta offre senza speciali costi o difficoltà³². L'argomento di natura giuridico-costituzionale è stato del resto affiancato all'altro, di natura tecnica, secondo il quale il controllo o filtraggio dei messaggi da parte delle piattaforme sarebbe stato materialmente impossibile.

Se dunque la democrazia ha tutto il diritto di difendersi dai propri nemici, si può ben dire che la difesa avrebbe dovuto essere esercitata alla fonte, anziché rivolgersi, in modo tardivo e inefficace, contro i singoli e i gruppi che approfittano della sconfinata libertà della Rete. In altre parole, anziché indurire o estendere i reati di opinione, si sarebbe trattato di prevedere una qualche forma di responsabilità *ex ante* a carico dei titolari delle piattaforme (come quelle recentemente introdotte tanto in Europa che negli Stati Uniti³³).

Sono state invece necessarie molte battaglie giudiziarie per superare, tra ardue difficoltà giuridiche e tecniche (delle quali rimangono emblematiche *Yahoo! c. France*, in ordine alla vendita online di cimeli nazisti, e *Google c. Vividown*, sulla tardiva cancellazione di un video che riprendeva l'aggressione fisica e verbale condotta ai danni di un disabile da parte di alcuni compagni di scuola), la iniziale allegazione di totale neutralità e irresponsabilità delle piattaforme rispetto ai contenuti immessi³⁴.

L'ultima novità è rappresentata in Europa (sulle orme di un precedente canadese³⁵) dalla sentenza della Corte di giustizia secondo la quale la citata direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico “non osta” a che un giudice di uno Stato membro possa or-

³¹ Art. 230 del Communications Decency Act. Il nomignolo nasce in realtà dall'obiettivo iniziale del legislatore, che era quello di permettere la censura dei provider nei confronti di materiale sessualmente esplicito. Sulla necessità di modificare tale previsione, che ha invece garantito l'immunità alle piattaforme che si dedicano ad attività illecite o che le tollerano deliberatamente v. D. Keats Citron-B. Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans Section 230 Immunity*, University of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2017-22, in *ssrn.com*.

³² *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997). Sull'esercizio delle libertà in Rete v. almeno T.E. Froisini, *Liberté, égalité, Internet*, Napoli, 2015; M. Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in M. Manetti-R. Borrello (a cura di), *Libertà di informazione. Temi e problemi*, Modena, 2019, 21 ss.

³³ V. *infra* il par. 5.

³⁴ V. M.R. Allegri, *Ubi social. Fondamenti costituzionali dei social media e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018.

³⁵ Corte Suprema del Canada, *Google Inc. v. Equustech Solutions*, sentenza del 28 giugno 2017, che ha ordinato di rimuovere globalmente i contenuti ritenuti illegali dalla Corte della Colombia britannica.

dinare a una piattaforma di rimuovere messaggi di contenuto sostanzialmente identico a quello già dichiarato illecito, e di bloccarne l'accesso, «a livello mondiale»³⁶.

Più oscillante è – come al solito – la ormai copiosa giurisprudenza della Corte EDU, che ritiene rilevante sia la natura del sito (proteggendo i piccoli siti non profit), sia la gravità del messaggio lesivo (secondo che attinga il livello di *hate speech*), sia infine la prontezza con la quale il messaggio è stato rimosso³⁷.

4. Potere economico e libertà di pensiero

L'esperienza di Internet ripresenta sotto altre spoglie il fenomeno già denunciato con riguardo ai mass media tradizionali: la mutazione del potere economico (e tecnologico) in libertà civile³⁸.

Quando le piattaforme non hanno più potuto negare di svolgere nel proprio interesse una qualche forma di selezione o filtraggio dei messaggi, hanno sostenuto che si trattava di attività totalmente neutrali, in quanto guidate da algoritmi. E quando si è opposto che gli algoritmi sono pur sempre frutto di scelte *lato sensu* politiche effettuate a monte, le piattaforme hanno richiesto che essi vengano equiparati alle attività editoriali svolte dai comuni mass media.

Risale alla fine del 2016 la dichiarazione con la quale, dopo anni di strenua resistenza, il più importante *social medium* ha accettato di paragonarsi ai tradizionali mezzi di comunicazione di massa, precisando peraltro che le scelte editoriali sono svolte al suo interno da avvocati e da esperti di diritto³⁹. Si è ribadita così la pretesa della piattaforma di essere e di mantenersi neutrale (in quanto orienterebbe la propria sorveglianza unicamente dal fine di rispettare le leggi in vigore), pur aspirando ad ottenere la massima protezione garantita dalle democrazie costituzionali.

Le attività di indicizzazione e/o segnalazione di determinati messaggi che le piattaforme normalmente svolgono sono invero apparse paragonabili alle attività editoriali svolte dai comuni mass media, tanto più che anch'esse sono guidate dallo scopo di profitto⁴⁰. È così che i risultati dei motori di ricerca o la lista delle notizie che viene quotidianamente presentata all'utente hanno potuto godere della più ampia tutela accordata alla manifestazione del pensiero rispetto alla libertà di iniziativa economica, in analogia con le attività editoriali tradizionali. All'algoritmo usato da un motore di

³⁶ CGUE, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Ltd.* (2019). Si trattava di messaggi lesivi dell'onore di una parlamentare austriaca, inizialmente pubblicati su Facebook e poi "rimbalzati" in altri siti.

³⁷ V. al riguardo la disamina di A. Koltaj, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere.*, cit., 216 ss.

³⁸ Cfr. A. Di Giovine, *Libertà di informazione. O potere?*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà*, Roma-Bari, 2004, 134.

³⁹ V. la dichiarazione di M. Zuckerberg riportata da *repubblica.it* il 22 dicembre 2016. Gli sviluppi successivi dimostrano che la nuova identità di *media company* corrisponde a una svolta nella politica aziendale, nella quale il social medium, ormai diffuso a livello mondiale, serve da volano per altre e più redditizie attività.

⁴⁰ V. al riguardo V. Zeno Zencovich, *Cosa intendiamo, oggi, per media?*, in M. Manetti-R. Borrello (a cura di), *Libertà di informazione. Temi e problemi*, cit., 11 ss.

ricerca un tribunale ha invero ritenuto di applicare «la fondamentale protezione del I emendamento, secondo il quale chi parla ha il diritto di scegliere in piena autonomia il contenuto del suo messaggio»⁴¹.

A prima vista questo paradigma appare contestabile: come è possibile paragonare le decisioni compiute giorno per giorno dal direttore di un giornale alle priorità accordate semplicemente sulla base delle entrate pubblicitarie e/o sulla base delle preferenze espresse in passato dall'utente? La finalità di profitto sembra senz'altro assorbente.

Chi conosce la giurisprudenza statunitense degli ultimi vent'anni non può tuttavia ignorare come l'espansione riconosciuta in passato alla libertà di pensiero sia stata trasformata dalla Corte Suprema nel più efficace strumento di protezione degli interessi economici e commerciali. Così almeno ritiene molta dottrina statunitense, denunciando la “lochnerizzazione” del I emendamento⁴².

Il problema è che sulle piattaforme domina la scelta di applicare all'informazione la stessa segmentazione e personalizzazione che vale per la vendita dei prodotti, confezionando quello che Cass Sunstein ha efficacemente battezzato il “*daily me*”, ossia una lista di notizie appositamente creata per ciascun utente a partire da quelle fonti o opinioni che ha già mostrato di gradire, con l'effetto di frantumare in milioni di pezzi autoreferenziali il dibattito pubblico⁴³.

Molta dottrina sembra disposta ad accettare queste scelte come se fossero indiscutibili, anche quando ne denuncia l'effetto distorsivo sui funzionamenti della nostra democrazia⁴⁴. Ma chi ritiene che in virtù delle *filter bubble* il nostro regime politico – già mutatosi nella declinante democrazia c.d. del pubblico – abbia subito l'ulteriore negativa trasformazione in *bubble democracy* non può non interrogarsi sulla necessità di limitare o regolare l'uso di questa pratica⁴⁵.

⁴¹ Cfr. United States District Court, New York, 28 marzo 2014 (10 F. Supp. 3d 433), *J. Zhang v. Baidu, Inc.*, che ha rigettato il ricorso diretto contro la piattaforma cinese Baidu a causa del blocco praticato dal suo motore di ricerca nei confronti di articoli e informazioni riguardanti i movimenti democratici cinesi. Secondo i ricorrenti, che avevano pubblicato articoli di questo tipo, Baidu ne avrebbe bloccato la visibilità negli Stati Uniti a richiesta della Repubblica popolare cinese (non comparsa in giudizio). La Corte ritenne che l'algoritmo con il quale vengono orientati i risultati delle ricerche per motivi politici sia in sostanza un giudizio editoriale, espressione di *core political speech* protetto dal I emendamento. Per l'approfondita discussione dei problemi riguardanti i motori di ricerca v. A. Koltaj, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, cit., 115 ss.

⁴² Il riferimento è alla sentenza *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), che simboleggia il periodo nel quale la Corte Suprema difendeva la libertà contrattuale degli imprenditori dalla legislazione di tutela del lavoro. V. ancora F. Schauer, *Every Possible Use of Language?*, cit. Per un'esauriente discussione della dottrina e della giurisprudenza relative v. A. Shanon, *The New Lochner*, in *Wisconsin L. Rev.*, 2016, 133 ss.

⁴³ C. R. Sunstein, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?* trad. it., Bologna, 2003. L'A. ha sviluppato il tema delle “cascate informative” in Id., *On Rumors. How Falsehood Spread, Why We believe Them, and What Can Be Done*, Princeton, 2014.

⁴⁴ Per non parlare degli effetti sul funzionamento del nostro cervello, che sono dimostrati, anche se la valutazione ne è ancora discussa.

⁴⁵ V. invece, per tutti, G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *questa Rivista*, 1, 2018, 32 ss., spec. 36. Si può del resto registrare una diffusa atmosfera di resa alla decadenza della democrazia, tanto in chi la imputa alle aspirazioni di cambiamento sociale accolte dai regimi democratici nel Dopoguerra (v. da punti di vista diversi M. Tushnet, *Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism* e M.A. Graber, *What's in Crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism, and the Fate of Constitutional Democracy*, in M.A. Graber-S. Levinson-M. Tushnet (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, 2018, rispettivamente 639 ss., 665 ss.), quanto in chi (rispolverando invero argomenti

Altrettanto scottante è la questione della neutralità della Rete, intesa come l'eguale diritto di tutti gli utenti a connettersi ai siti che preferiscono, senza subire rallentamenti o blocchi imposti dalle piattaforme per motivi di profitto. Queste ultime vorrebbero invece poter escludere o scoraggiare la connessione ai siti che non sono in grado di pagare corrispettivi più elevati (o magari ai siti che diffondono critiche alle piattaforme stesse), oltre che differenziare il trattamento riservato ai diversi tipi di dati (per esempio ai dati video rispetto ai dati voce), sempre per motivi commerciali.

Notoriamente il principio di neutralità della Rete è stato affermato dalla *Federal Communications Commission* sotto la presidenza Obama, per essere nello stesso anno recepito, con notevole ampiezza di svolgimenti, dal regolamento (UE) 2120/2015 dell'Unione europea⁴⁶. La nuova FCC nominata sotto la presidenza Trump ha revocato la propria decisione alla fine del 2017⁴⁷.

In definitiva, le piattaforme hanno il potere di condizionare in mille modi diversi l'andamento del dibattito pubblico: non solo in nome del profitto, ma anche delle proprie malcelate preferenze politiche e ideologiche. E la progressiva riduzione del numero di tali piattaforme, intervenuta a seguito di ripetute operazioni di concentrazione, rende ancora più temibile l'ipoteca che esse hanno acceso sul funzionamento della democrazia.

Un significativo cambio di passo, e sia pure limitato, si è avuto, grazie alla direttiva (UE) 1808/2018, in relazione ai (soli) servizi di *video-sharing*, ovvero ai «servizi di piattaforma per la condivisione di video generati dagli utenti», quando la loro organizzazione sia frutto delle scelte editoriali operate dalle piattaforme «con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di *tag* e sequenziamento»⁴⁸. Tali servizi sono stati equiparati ai servizi di media audiovisivi, in considerazione del fatto che anch'essi, da un lato, hanno il fine di informare, istruire e intrattenere, mentre dall'altro hanno un «impatto significativo» sul pubblico, in quanto possono modellare o influenzare i pareri degli utenti, e soprattutto dei giovani.

Su questa base è stato imposto ai titolari delle piattaforme l'obbligo di assicurare con misure adeguate tanto la protezione dei minori da messaggi che possano nuocere al

d'altri tempi) mette sotto accusa la «iperdemocrazia» che discenderebbe dalla promessa di sconfinata auto-determinazione individuale: così G. Orsina, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018.

⁴⁶ Il regolamento (UE) 2015/2120 del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta, all'art. 3, par. 3, impone ai fornitori di servizi di accesso a Internet di trattare tutto il traffico allo stesso modo, precisando che questi «in particolare, non bloccano, rallentano, alterano, limitano, interferiscono con, degradano o discriminano tra specifici contenuti, applicazioni o servizi, o loro specifiche categorie, salvo ove necessario e solo per il tempo necessario» ai fini indicati dal medesimo comma. Il par. 4 prevede inoltre che se i fornitori medesimi vogliono «fornire servizi di comunicazione elettronica diversi da quelli di accesso a Internet, per cui sono necessari livelli specifici di qualità del servizio o di ottimizzazione, possono farlo soltanto se la capacità della rete è sufficiente a fornirli in aggiunta a tutti i servizi di accesso a Internet prestati, e senza andare a discapito della disponibilità o della qualità generale dei servizi di accesso a Internet per gli utenti finali».

⁴⁷ Il 7 ottobre 2019 la *D.C. Circuit Court of Appeals* ha ritenuto valida la decisione della FCC. Una legge che mira a ripristinare la neutralità della Rete (*Save the Internet Act*) è stata approvata dal Congresso lo scorso aprile, ma non ha molte speranze di passare al Senato.

⁴⁸ Art. 1 della direttiva (UE) 2018/1808 del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE (direttiva sui servizi di media audiovisivi, o Direttiva SMAV).

loro sviluppo fisico o mentale, quanto il “grande pubblico” da messaggi che istighino alla violenza o all’odio, o che integrino i reati di pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo ai sensi dell’articolo 5 della direttiva (UE) 2017/541, o reati di pedo-pornografia ai sensi dell’art. 5, par. 4, della direttiva 2011/93/UE o infine reati di stampo razzista o xenofobo ai sensi dell’art. 1 della decisione quadro 2008/913/GAI⁴⁹. Fintanto che non si affermi la piena equiparazione con i mass media, non sarà tuttavia applicabile all’intera attività dei giganti della Rete né questa disciplina, né la timida novità contenuta nella stessa direttiva, che finalmente riconosce la connessione tra la trasparenza della proprietà dei media e la libertà di espressione, “fondamento dei sistemi democratici”. Assumendo esattamente che fornire informazioni in merito all’assetto proprietario dei fornitori di servizi di media consenta agli utenti di elaborare un giudizio informato circa il contenuto dei messaggi trasmessi sotto l’influenza o il controllo di questi⁵⁰.

Si tratta a ben vedere di un tardivo omaggio all’art. 21, c. 5 della Costituzione italiana, che si rivela sul punto niente affatto obsoleta⁵¹. Le cautele mostrate sessant’anni fa dalla nostra Carta vengono peraltro ulteriormente rafforzate, come se l’esperienza non avesse dimostrato quanto sia pregiudizievole la concentrazione in poche mani dei mezzi di comunicazione di massa. La Direttiva prevede invero che gli Stati possano adottare misure legislative in cui si prevede che i fornitori di servizi di media rendano accessibili informazioni sul loro assetto proprietario, purché tali misure siano necessarie, proporzionate, finalizzate al perseguimento di un obiettivo di interesse generale (il che sembrava implicito nella premessa) e purché rispettino i diritti fondamentali relativi alla vita privata e alla vita familiare dei proprietari effettivi⁵².

5. L'imposizione di obblighi di sorveglianza e i rischi della censura privata

Per timore di essere accomunate ai regimi autoritari che disinvoltamente censurano la Rete, le democrazie occidentali sembrano dunque disposte a gettare al vento le proprie fonti di legittimazione, che risiedono nel dibattito pubblico. Al di là delle sanzioni che possono irrogare e irrogano alle piattaforme per violazione delle regole concorrenziali (veicolate dall’indiscussa preminenza dello *ius mercatorum*), esse appaiono ancora ipnotizzate dal mito positivo della tecnologia⁵³.

In sintonia con la ricordata espansione delle responsabilità dei provider, si sta affermando peraltro la tendenza a superare l’essenze delle piattaforme da qualsiasi obbligo di sorveglianza sui contenuti generati dagli utenti. Anche se il dovere del fornitore

⁴⁹ Art. 28-ter della direttiva (UE) 2018/1808, cit.

⁵⁰ V. il considerando 15 della direttiva (UE) 2018/1808, cit.

⁵¹ Sulla vitalità dell’art. 21 Cost. v. da ultimo M. Betzu, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2020, 117 ss.

⁵² Art. 5, par. 2, della Direttiva SMAV, come modificato dalla citata direttiva (UE) 2018/1808.

⁵³ Sulla vocazione autoritaria della tecnologia della rete v. ora M. Ainis, *Il regno dell’uroboro*, Milano, 2018, 71 ss.

dei servizi di filtrare i messaggi onde impedirne la diffusione in caso di illiceità è tuttora considerato un'eccezione alla regola, e tale rimane non solo nella legislazione degli Stati Uniti⁵⁴, ma anche dell'Unione europea.

I singoli Stati hanno invero previsto obblighi del genere per varie finalità, tra le quali primeggiano la lotta alla pedo-pornografia, alle scommesse illegali, al terrorismo, per un verso; la protezione della proprietà intellettuale, dell'onore e dei dati personali, dall'altro. Fatti salvi tali obblighi, l'Unione europea si affida dichiaratamente alla volontà di auto-regolamentazione delle stesse piattaforme, ovvero a forme di co-regolamentazione che ricalcano quelle in uso tra Stati sovrani⁵⁵.

In Germania è stata peraltro approvata la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, che dal 1° ottobre 2017 si applica ai social media cui siano registrati almeno due milioni di utenti tedeschi. Pur rispettando le limitazioni di responsabilità previste dalla normativa eurounitaria, tale legge ha previsto l'obbligo dei social media di nominare un soggetto incaricato di ricevere le segnalazioni relative a messaggi (ritenuti) illeciti, e ha previsto sanzioni nel caso in cui la piattaforma non dia adeguato e sollecito séguito alle segnalazioni medesime⁵⁶.

La regola rimane quella che accolla agli utenti la responsabilità di segnalare gli illeciti, chiedendo alla piattaforma di rimuoverli: ma spetta a quest'ultima decidere discrezionalmente sulla rimozione, così come le spetta – da sempre – il potere di censurare alla fonte i messaggi che ritiene illeciti⁵⁷. È fatto salvo, in entrambi i casi, il ricorso dell'interessato ad autorità indipendenti o ai tribunali: ma è evidente come questo controllo, rimesso *ex post* all'iniziativa dei privati, non sia sufficiente ad assicurare che le piattaforme agiscano nel rispetto dei diritti degli utenti, che siano autori o destinatari dei messaggi in discussione.

Di fatto gli Stati che inizialmente hanno rinunciato - in nome della libertà della Rete - a regolarla e a controllarla, hanno in seguito delegato tale compito alle piattaforme, col rischio che queste ultime sottopongano a censura anche contenuti protetti dalla libertà

⁵⁴ Negli USA l'obbligo di filtraggio è imposto con riguardo ai messaggi che promuovano il traffico di esseri umani a scopo di sfruttamento sessuale (*Fight Online Sex Trafficking Act* del 2017). Su altri casi nei quali alle piattaforme non è assicurata l'immunità v. la lett. e) della *Good Samaritan Clause*, sottoposta peraltro ad una interpretazione molto restrittiva da parte dei tribunali.

⁵⁵ Ad es. l'Unione europea nel 2016 ha chiesto a Facebook, Microsoft, Twitter e Youtube di sottoscrivere un "Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online".

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 3 della legge in esame la piattaforma deve rimuovere o bloccare l'accesso a un contenuto "manifestamente illecito" entro 24 ore dalla ricezione della segnalazione, salvo che abbia concordato con l'autorità giudiziaria competente un periodo più lungo. Inoltre deve rimuovere o bloccare i messaggi (semplicemente) "illeciti" entro sette giorni dalla ricezione della segnalazione. Tale termine può essere superato in due casi: se la decisione sull'illiceità del contenuto dipende dalla falsità di una dichiarazione o "dipende chiaramente dalle circostanze di fatto" (in tali casi, il gestore del social network può dare all'utente l'opportunità di replicare alla segnalazione prima che venga adottata una decisione); se il social network entro sette giorni dalla ricezione della segnalazione rimette la decisione sull'illiceità a un organo di autoregolamentazione riconosciuto ai termini di legge, accettando di conformarsi alla decisione di tale organo (traduzione a cura di G. Giannone Codiglione, in *questa Rivista*, 2017, 185 ss.).

⁵⁷ Tra le tante v. la disavventura del settimanale satirico *Titanic*, che nel gennaio 2018 si è visto sospendere il proprio account Twitter per un messaggio nel quale parodiava un discorso di odio diffuso dalla estrema destra tedesca.

di pensiero e di informazione⁵⁸. Quanto alla necessità di controllare lo svolgimento di ciò che è da ritenere un vero e proprio esercizio di pubbliche funzioni, è prevalsa l'obiezione, che riecheggia quella usata all'inizio della storia di Internet, secondo la quale non sarebbe "materialmente possibile" per i poteri pubblici verificare quali sono le regole effettivamente applicate dalle piattaforme ai messaggi che diffondono⁵⁹.

In effetti uno Stato che aspira a essere minimo, e ha perciò appaltato ai privati molte delle sue funzioni caratterizzanti, non può non trovarsi in difficoltà di fronte a un compito del genere. Ma esso appare nondimeno irrinunciabile di fronte ai "crimini informativi" che la Rete, novello vaso di Pandora, continua a sfornare.

6. La manipolazione degli utenti

Veniamo infine agli sviluppi che, a differenza di quelli precedentemente ricordati, erano più difficili da immaginare. In particolare, due episodi (tra mille altri che forse non conosciamo⁶⁰) sono ormai assurdi a simbolo della manipolazione cui gli utenti sono esposti attraverso le piattaforme⁶¹.

Quando Facebook, da un lato, e Google, dall'altro, hanno deciso di postergare le notizie di attualità ad altri tipi di messaggi, molti movimenti che, agendo sotto regimi autoritari, facevano prevalente affidamento sulle piattaforme per diffondere la propria contro-informazione hanno perso gran parte della propria visibilità; così come molti siti di giornalismo che lavoravano principalmente per la pubblicazione via Internet⁶².

Per converso, le stesse piattaforme non hanno potuto o voluto impedire la diffusione di migliaia di messaggi falsi, generati automaticamente, che hanno inondato il sito della FCC in occasione della consultazione da essa indetta, secondo la legge, prima di varare il già citato provvedimento di revoca della *Net Neutrality*. Si trattava di messaggi favorevoli alla revoca prodotti in modo automatico, alcuni dei quali a quanto pare provenivano a loro insaputa dall'*account* di persone che erano state in precedenza derubate dei propri dati⁶³.

⁵⁸ Sia il Consiglio d'Europa che la Commissione europea hanno da ultimo sottolineato la necessità che le piattaforme rispettino nella loro opera le libertà di pensiero e di informazione, come riporta A. Koltaj, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, cit., 98, 104.

⁵⁹ Questa è la tesi ribadita da M. Bickert (Head of Policy Management di Facebook), *Defining the Boundaries of Free Speech on Social Media*, in L.C. Bollinger-G.R. Stone (a cura di), *The Free Speech Century*, cit., 254 ss., che sostiene altresì la perfetta coincidenza tra l'interesse degli utenti a veder applicare corretti criteri di selezione dei contenuti e quello delle piattaforme a fare buoni affari. Ma v. infra il *par. successivo*.

⁶⁰ Secondo A. Koltaj, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, cit., 23, Facebook avrebbe condotto anche un "infame esperimento" basato sulla manipolazione delle notizie messe a disposizione degli utenti, verificando come riusciva ad influenzarne l'umore attraverso la scelta del tipo di notizie destinate a ciascuno di essi.

⁶¹ Sul tema v. in generale G. Pitruzzella-O. Pollicino-S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

⁶² Cfr. E. Bell, *The Unintentional Press*, in L.C. Bollinger-G.R. Stone (a cura di), *The Free Speech Century*, cit., 235 ss.

⁶³ Secondo *Buzzfeednews.com*, il Procuratore generale di New York avrebbe ritenuto presumibilmente

Di fronte a queste e altre forme di manipolazione della democrazia si deve riflettere amaramente sulle sorti del contrappeso che avrebbe dovuto contrastare il potere di chi diffonde le notizie : il principio del pluralismo informativo, ovvero il “diritto ad essere informati”.

Per un breve tratto è sembrato che questo fosse automaticamente garantito dall'accesso ad Internet, grazie alla virtuosa sinergia tra i cittadini-giornalisti che a migliaia diffondono in Rete le notizie raccolte di prima mano, da un lato, e i cittadini-utenti che possono accedervi a costo zero, dall'altro⁶⁴. L'unico tassello ancora mancante per rendere effettivo il diritto in esame sarebbe stato il riconoscimento del diritto (sociale) di accesso alla Rete (cui la disciplina eurounitaria ha porto omaggio, sia pure in termini limitati)⁶⁵.

Il trionfo del pluralismo esterno, inteso come disponibilità delle fonti informative più varie e diverse, avrebbe spazzato via le fastidiose questioni giuridiche che il diritto all'informazione pone, in termini di vincolo alla libertà di chi sceglie e presenta le notizie. Tale vincolo, se inteso – come dev'essere – in senso propriamente giuridico e perciò giudiziariamente azionabile, appare invero incompatibile con quella libertà⁶⁶. L'idea della Rete come spontaneo luogo di pluralismo ha subito tuttavia due successive contestazioni: la più antica, fondata sulla creazione delle c.d. cascate informative o *echo chambers*, nelle quali l'utente è esposto soltanto a un certo tipo di messaggi⁶⁷, è stata di recente rivista e corretta. Si è constatato che oggi non vi è più scarsità, ma semmai eccesso di informazioni, anche a causa della pratica definita *reverse censorship*, che consiste nell'“affogare” i messaggi sgraditi in un mare di altre informazioni più o meno autentiche (o semplicemente in un profluvio di pettegolezzi)⁶⁸. Il fenomeno è disastrosamente aggravato dalla tecnica consistente nel diffondere messaggi che non provengono da autentici esseri umani ma da robot, onde creare una fittizia popolarità a favore di determinate opinioni (come sembra essere successo nella già citata vicenda della consultazione svolta in rete dalla FCC, all'esito della quale la maggioranza dei messaggi risultava favorevole alla revoca, mentre secondo i sondaggi i cittadini statunitensi erano quasi totalmente contrari).

La situazione della Rete viene così a essere strutturalmente caratterizzata dall'impossibilità dell'essere umano di gestire la gran massa delle informazioni disponibili. Ricorrendo ai parametri tradizionali, si è parlato di una nuova forma di scarsità, la quale oggi non riguarderebbe più la natura e/o il costo dei mezzi usati per la diffusione (come l'etere), ma il tempo e l'attenzione degli utenti⁶⁹. Su tali basi si è argomentata la necessità

falsi circa 9,6 milioni dei commenti in esame.

⁶⁴ V. al riguardo le ottimistiche prospettive di E. Volokh, *Cheap Speech And What It Will Do*, in Yale L. J., 1995, 1805 ss., e la risposta (a vent'anni di distanza) di R.L. Hasen, *Cheap Speech And What It Has Done (To American Democracy)*, in *First Amend. L. Rev.*, 16, 2017-18, 200 ss.

⁶⁵ V. le critiche svolte al riguardo da G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, 154 ss.

⁶⁶ Lo ribadisce da ultimo A. Pace, *Libertà di informazione e Costituzione*, in S. Merlini (a cura di), *L'informazione. Il percorso di una libertà*, Firenze, 2011, 49 ss. Ma v. Anche A. Di Giovine, *Libertà di informazione*, cit., 127.

⁶⁷ V. le opere di C. R. Sunstein cit. *supra* alla nt. 43.

⁶⁸ Così T. Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, in L.C. Bollinger-G.R. Stone (a cura di), *The Free Speech Century*, cit. 272 ss., che sottolinea come il *free speech* sia diventato paradossalmente strumento di censura.

⁶⁹ Si tratta di una constatazione ampiamente diffusa: v. ad es. G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*

di restaurare nei confronti dei social media una “*fairness doctrine*” quale era inizialmente applicata dalla FCC ai canali televisivi, e quale la Corte Suprema aveva validato nella storica sentenza *Red Lion*⁷⁰.

La posizione ora descritta è molto lontana da quella dominante oggi negli Stati Uniti, secondo la quale nessuno può imporre a chi detiene il mezzo (foss’anche la busta che contiene la bolletta del gas⁷¹) l’obbligo di esporre una opinione che non condivide o che non ha scelto di diffondere. Persino il diritto di rettifica che il nostro ordinamento prevede a tutela del singolo sarebbe da ritenere un’inammissibile violazione della libertà spettante a chi dispone del mezzo⁷².

Va detto che la situazione non è molto più rosea nei Paesi europei e in particolare in Italia, dove l’esposizione del cittadino ad una vera pluralità di opinioni è garantita soltanto in televisione, e soltanto nella materia politico-parlamentare (non certo in quella religiosa⁷³).

Fino a qualche tempo fa, ciò poteva essere considerato comunque un bel vantaggio rispetto al *money is speech* imperante negli Stati Uniti, considerata l’influenza mantenuta dal mezzo televisivo sugli utenti. Ma di fronte ai mezzi usati da *Cambridge Analytica*⁷⁴ - l’azienda che tramite la Rete inviava ai cittadini statunitensi messaggi elettorali ritagliati sui loro interessi e desideri (desunti dall’illecita sottrazione di dati personali sensibili) - la *par condicio* televisiva si è ridotta a pulce sul dorso dell’elefante.

Nel frattempo, le risorse pubblicitarie di Google hanno superato quelle ricevute dalla stampa di tutto il mondo, mettendo alle strette il mezzo che più di altri è in grado di alimentare un dibattito pubblico adeguatamente informato (utilizzando a tal fine anche la Rete, senza tuttavia rimanere vittima delle sue peggiori scorciatoie).

Per tale motivo appare preoccupante che la nostra Corte costituzionale appaia ancora succube del mito dell’informazione online, come sembra emergere dal suo marcato disinteresse verso la stampa e verso l’ormai gravissimo inaridimento delle sue fonti di finanziamento. Alla richiesta degli editori di poter contare su criteri predeterminati ed imparziali nella distribuzione dei finanziamenti statali il giudice costituzionale si è invece limitato ad opporre che essi non hanno nessun diritto ad ottenere detti finanziamenti

nell’era di Internet, cit.

⁷⁰ T. Wu, *Is the First Amendment Obsolete*, cit. Come è noto, la Corte Suprema, nella sentenza *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969) stabilì che, per rimediare alla scarsità del mezzo-etero, al pubblico andava riconosciuto il diritto di accedere - tramite ciascun canale televisivo - a diverse idee ed esperienze “sociali, politiche, estetiche e morali”.

⁷¹ Nella sentenza *Pacific Gas & Electric v. Public Utilities Commission*, 475 U.S. 1 (1986) la Corte Suprema ritenne che la compagnia erogatrice del gas (che pure era concessionaria del potere pubblico) non poteva essere costretta ad ospitare sulla busta contenente la bolletta i commenti di una associazione di utenti del servizio.

⁷² Cfr. la ricostruzione di J.A. Barron, *Access To The Media - A Contemporary Appraisal*, in *Hofstra L. Rev.*, 2007, 937 ss.

⁷³ Una prima apertura si registra oggi in Cass. civ., sez. I, ord. 17 aprile 2020, n. 7893, riguardante la discriminatorietà del divieto opposto dal Comune di Verona all’affissione di un manifesto di propaganda dell’Unione atei e agnostici razionalisti.

⁷⁴ Per non parlare delle supposte interferenze telematiche russe nell’ultima campagna presidenziale statunitense: v. A. Koltaj, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere.*, cit., 157 ss.

ti, salva la discrezionalità del legislatore di disporre diversamente. Dimenticando che quando lo Stato eroga denari pubblici deve evitare in ogni modo forme anche indirette e involontarie di pressione sulla stampa (quali evidentemente possono derivare dalla discrezionalità del Governo sull'ammontare dei contributi)⁷⁵; e che il pluralismo della stampa non è un lusso, ma una necessità, come lo stesso giudice ha sempre sottolineato in passato⁷⁶, e come è tanto più vero oggi, quando il giornalismo investigativo o di denuncia rischia di scomparire.

In realtà, a parte i tentativi di imporre alle piattaforme obblighi di sorveglianza (gravati dal rischio di rafforzare una censura privata incontrollabile), gli unici rimedi che sembrano effettivamente opponibili alla deriva antidemocratica della Rete sono due: a monte, il rafforzamento della pubblica istruzione, che deve comprendere la consapevolezza nell'uso dei media; a valle, la creazione di siti, pubblici o garantiti dai poteri pubblici, cui il cittadino possa rivolgersi per valutare la qualità e la credibilità delle notizie che riceve. La stessa dottrina statunitense ha accolto, almeno in parte, la necessità di un più deciso intervento pubblico, da ottenere mediante l'erogazione di finanziamenti statali ai siti privati che promuovano il dibattito pubblico, ovvero a siti di servizio pubblico⁷⁷.

Una volta archiviata la retorica deregolatoria (come ha richiesto la grande crisi economica iniziata nel 2008), e una volta ridimensionata la frontiera che separava le piattaforme dai veri e propri mass media, non vi è invero motivo di non immaginare, accanto alle televisioni di servizio pubblico, siti web destinati parimenti ad informare, educare e intrattenere, cui potrebbero rivolgersi soprattutto i più giovani.

È questo il passo decisivo che si chiede oggi all'Unione europea, dove l'operatività dei media pubblici in Rete non è mai stata data per scontata, e anzi è vista come un tentativo di insidiare i legittimi profitti delle piattaforme private. Ciò non desta meraviglia, se si ricorda come l'Unione europea abbia sostanzialmente mutuato la destinazione della Rete ai soli privati quale derivava dalla disciplina statunitense, salvo poi gravare questi ultimi di crescenti compiti censori.

Il servizio pubblico potrebbe apparire quasi come un'ancora di salvataggio nel mare tempestoso e infido della Rete⁷⁸: purché cerchi di emendarsi dai vizi dei quali è vittima, più che altrove, nel nostro Paese.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., 30 maggio 1977, n. 94.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., 25 luglio 2019, n. 206, annotata criticamente da A. Vaccari, *Sul finanziamento pubblico all'editoria: un'occasione mancata per la Corte?* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2019, 2307 ss. Sull'imperativo di carattere costituzionale che richiede di contrastare l'inaridimento delle fonti della stampa v. Corte costituzionale, sentt. 225/1974, 202/1976, 231/1985, 826/1988, 420/1994.

⁷⁷ Così L.C. Bollinger, *Epilogue*, ivi, 297 ss., dove si accolgono i suggerimenti già elaborati con riguardo ad altri mezzi da O. Fiss, *The Irony of Free Speech*, Cambridge (MA), 1996 e C.R. Sunstein, *Television and the Public Interest*, in *California L. Rev.*, 2000, 396 ss.

⁷⁸ Cfr. ora in tal senso G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete*, Torino, 2018.