

media LAWS

Anticipazioni

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”.
Spunti di comparazione

Marco Bassini

Abstract

Il saggio propone una panoramica di diritto comparato sulla più recente giurisprudenza statunitense ed europea relativa alla qualificazione giuridica dei social network, alla vigilia di importanti riforme che riguarderanno la disciplina dei servizi digitali a livello dell'Unione europea. L'obiettivo del contributo è mettere in evidenza come la frequente assimilazione di tali soggetti e dei relativi servizi ai caratteri di pubblicità possa comportare conseguenze non necessariamente favorevoli sul piano della tutela della libertà di espressione.

The paper draws a comparative overview on recent case law developments in the US and Europe concerning the legal status of social networks, which stands out as a hot topic in light of the upcoming reform that European Union institutions are planning in the field of digital services. The goal of the paper is to bring to light how the frequent claim that social networks should be equalized to public fora or state actors and that the relevant services should be treated likewise may trigger unintended consequences for freedom of expression.

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'alba di un mondo nuovo: genesi ed evoluzione delle piattaforme nel cyberspazio. - 3. Internet come *digital marketplace of ideas*? Le ricadute del nuovo ecosistema digitale sulla tutela della libertà di espressione. – 4. La giurisprudenza statunitense e i limiti alla equiparazione tra social network e forum pubblici. - 5. *PragerU* e la dimensione “prettamente orizzontale”. Il possibile ricorso alla *state action doctrine*. – 6. Dall'altra sponda dell'Atlantico: il dibattito in Europa e in Italia. – 7. Conclusioni

Keywords

social network – libertà di espressione – Internet service provider – poteri privati – deplatforming

1. Introduzione

Un social network privato che offre ai suoi utenti, sulla base di un contratto, uno spazio virtuale per la condivisione di manifestazioni di pensiero può censurare il politico forse più potente al mondo? Una decisione di tale natura, perfettamente lecita sulla base delle condizioni contrattuali, può essere comunque ritenuta foriera di un'effrazione sul piano costituzionale? Sono domande complesse, per rispondere alle quali occorre fare luce sulla tenuta di alcune categorie del mondo “reale” nell'ambito digitale. L'obiettivo di questo scritto è di indagare la dimensione di conflitto tra potere e libertà, nonché tra potere pubblico e potere privato che si dà sulla rete Internet e che,

tra le altre, sembra emergere dalle più recenti vicende relative alla sorte degli account ospitati dai più importanti social network appartenuti all'ex presidente degli Stati Uniti d'America Donald Trump¹.

In questo contributo, provando a fare tesoro di riflessioni già maturate analizzando il mutamento di paradigma che la libertà di espressione conosce in ambito digitale², tenterò di rispondere, con l'ausilio della prospettiva comparata, ad alcuni quesiti che esigono risposta in merito alla qualificazione giuridica dei social network.

Mi domanderò, in particolare, se la metafora che descrive Internet e soprattutto i social network come spazio e/o luogo pubblico obbedisca a una finalità meramente descrittiva, che intercetta la moltitudine variegata di interazioni che intercorrono al giorno d'oggi in rete, ovvero sottenda una qualche valenza o pretesa di carattere normativo³.

In correlazione a quest'ultima opzione, tenterò di appurare se la giustificazione delle scelte di moderazione operate da social network come Twitter o Facebook in un caso come quello che vede per protagonista Trump (c.d. *deplatforming*) possa riposare sulla natura squisitamente privatistica della relazione che avvince contrattualmente utenti e prestatori di servizi⁴. Agli occhi del costituzionalista, infatti, il richiamo alla natura contrattuale e pattizia del rapporto tra le parti quale fondamento del potere di esercitare una "censura privata"⁵ potrebbe non sembrare del tutto appagante. Questa giustificazione, formalmente inattaccabile, pare infatti trascurare una componente significativa del problema in discorso dal punto di vista sostanziale, perdendo di vista la crescente attitudine delle piattaforme digitali ad atteggiarsi nei confronti degli individui come veri e propri "poteri"⁶ che entrano perciò in competizione con gli attori pubblici sta-

¹ Si v. il comunicato di Twitter, *Permanent suspension of @realDonaldTrump*, in *blog.twitter.com*, 8 gennaio 2021 e quello di Facebook, in G. Rosen-M. Bickert, *Our Response to the Violence in Washington*, in *facebook.com*, 6 gennaio 2021. Cfr. anche il post Facebook [pubblicato a questo url](#) da Mark Zuckerberg il 7 gennaio 2021. Per una ricostruzione accurata della vicenda, si v. anche M. Isaac-K. Conger, *Facebook Bars Trump Through End of His Term*, in *nytimes.com*, 7 gennaio 2021. Nella dottrina statunitense, tra gli altri, v. D. Keller, *Who decides what stays on the Internet*, in *theverge.com*, 12 gennaio 2021.

² Sia consentito il richiamo, volendo, alle riflessioni già esposte in M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019.

³ Sulla molteplice valenza delle metafore nel linguaggio giuridico si v. A. Morelli-O. Pollicino, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

⁴ In termini generali, cfr. D. Keller, *Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power Over Online Speech*, Aegis Series Paper No. 1902; D. Hudson, *In the Age of Social Media, Expand the Reach of the First Amendment*, in *American Bar*, 43(4).

⁵ Cfr. in particolare M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, 35 ss. Volendo, si rinvia anche a M. Bassini, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 25(2), 2019, 182 ss.

⁶ Nella dottrina italiana, questa categoria è stata esaminata *in primis* da G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, soprattutto in relazione alla idoneità a determinare limitazioni e compressioni dei diritti degli individui alla luce della posizione di dominanza occupata dagli attori privati. Cfr. anche, da una prospettiva di diritto private, C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, recentemente "riletto", anche alla luce delle evoluzioni tecnologiche, da P. Sirena-A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018 (in cui si v. nello specifico, con riferimento ai prestatori di servizi Internet, S. Martinelli, *L'autorità privata del provider*, ivi, 555 ss.). Riferimenti utili, seppur in via generale, con riguardo alla posizione del privato a livello costituzionale anche in P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione*

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

tali⁷. Proprio quest’ultima dimensione acquisisce particolare evidenza nella vicenda relativa alla sospensione degli account di Donald Trump⁸; e, come tenterò di affermare, la tematica si mantiene di cogente attualità anche a voler considerare la reazione di Twitter e Facebook un esercizio censorio che ha fatto corretta applicazione dei limiti alla libertà di espressione negli Stati Uniti⁹; sembrerebbe esserne riprova, del resto, la recente approvazione di una discussa legge dello Stato della Florida volta a contrastare le pratiche di *deplatforming*¹⁰.

italiana, Padova, 1953. Sulla specifica rilevanza del ruolo delle piattaforme digitali per la democrazia, con riguardo al loro impatto sulla libertà di espressione, si v. M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 811 ss.

⁷ Per alcune riflessioni su questi temi da una prospettiva diversa da quella giuridica, cfr. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019; T. Gillespie, *Custodians of the Internet*, New Haven-London, 2018. Da un diverso angolo visuale ancora, si v. M. Sorice, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione Politica*, 3, 2020, 371 ss.

⁸ Si tratta di una dimensione ben visibile, peraltro, nella *concurring opinion* consegnata lo scorso 5 aprile 2021 da Justice Thomas in occasione della decisione della Corte Suprema in *Knight Institute v. Trump*, ora *Joseph Biden, Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.*, 593 U.S. ____ (2021), no. 20-197, ultimo tassello della vicenda giurisprudenziale che si descriverà con maggior dettaglio nel par. 3. La Corte Suprema ha accolto il ricorso avanzato da Trump volto a ottenere che fosse dichiarata priva di oggetto la causa precedentemente intentata nei suoi confronti (e conclusasi con una pronuncia della Court of Appeals per il Second Circuit) per effetto del venir meno, *medio tempore*, della carica presidenziale che aveva costituito il presupposto della decisione. Senza anticipare quanto più compiutamente esposto *infra*, la *concurring opinion* rileva come, al di là dell’inquadramento giuridico delle limitazioni imposte agli utenti da account appartenenti a *state officials*, il nodo centrale è rappresentato dal potere concentrato nelle mani di piattaforme private di condizionare il *free speech*, per esempio sospendendo o cancellando gli account di queste stesse *public figures*. Proprio per questo motivo Justice Thomas propone di elaborare un inquadramento di questi attori alla stregua di *common carriers* o, in alternativa, come *places of public accommodation*, opzioni che consentirebbero di sottoporli a una regolazione più stringente, escludendo così per via legislativa il potere di rimuovere gli account dei propri utenti.

⁹ In tal senso si argomenterà oltre, ma merita anticipare la lettura di C. Melzi d’Eril-G.E. Vigevani, *Assalto al Congresso: perché non è colpa della rete ma di Trump*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 gennaio 2021; O. Pollicino, *Odio e rabbia in rete, così il presidente ha nutrito i suoi sostenitori*, *ivi*, 8 gennaio 2021; A. Morelli, *Non scomodiamo Voltaire a proposito di Trump e dei social*, in *lacostituzione.info*, 10 gennaio 2021. Si v. anche F. Paolucci, *Il blocco dei social di Trump e la libertà di espressione online*, in *Ius in Itinere*, 15 febbraio 2021. Oltre i profili strettamente giuridici, merita attenzione l’indagine di M. Carone, *Trump e i social media*, in *Rivista Il Mulino*, 14 gennaio 2021. Con specifico riguardo alle tematiche della disinformazione e dell’odio online, si rinvia all’approfondita analisi offerta nel volume di G. Pitruzzella-O. Pollicino, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Milano, 2020. Da una prospettiva ancora diversa A. Palmieri, *Social è responsabilità!*, Milano, 2021.

¹⁰ Lo scorso 24 maggio 2021 il governatore dello Stato della Florida ha firmato una legge denominata “*Stop Social Media Censorship Act*” (Senate Bill 7072), disponibile in *flsenate.gov*, che prevede, tra le altre, sanzioni di natura pecuniaria a carico delle piattaforme (fino a 250.000 \$ al giorno) nel caso di disattivazione dell’account (*deplatforming*) di candidati a cariche politiche. La norma contenuta nel par. 2 della Section 2 – Section 106.072, Florida Statutes, dispone segnatamente che: «*A social media platform may not willfully deplatform a candidate for office who is known by the social media platform to be a candidate, beginning on the date of qualification and ending on the date of the election or the date the candidate ceases to be a candidate. A social media platform must provide each user a method by which the user may be identified as a qualified candidate and which provides sufficient information to allow the social media platform to confirm the user’s qualification by reviewing the website of the Division of Elections or the website of the local supervisor of elections*». Questa legge è stata presentata dalle stesse autorità della Florida come una reazione al *political bias* che soprattutto i sostenitori repubblicani denunciano da tempo da parte delle piattaforme digitali, a loro dire particolarmente inclini a silenziare le voci di esponenti conservatori. La legge, unico tra i vari progetti elaborati in materia a giungere a maturazione, è stata già oggetto di impugnazione davanti alla District Court for the Northern District

Se queste suggestioni presentano un qualche fondamento, allora la domanda sullo statuto giuridico dei social network non può essere sbrigativamente liquidata facendo appello alla pur incontestabile natura contrattuale del rapporto con gli utenti (una prospettiva che rischia di non fotografare parte importante del problema); e può essere ulteriormente sviluppata cercando di comprendere se e in quale misura si possa assistere a una “compenetrazione” con effetti orizzontali della libertà di espressione¹¹. Queste domande nascono peraltro all’indomani di quella che si preannuncia come una svolta a livello europeo, segnata dalla presentazione, lo scorso 15 dicembre 2020, di una proposta di regolamento relativa a un mercato unico dei servizi digitali¹² (c.d. “Digital Services Act”). Questo passaggio dovrebbe condurre a una riforma complessiva che modificherà l’impianto della Direttiva E-Commerce (direttiva 2000/31/CE), che nell’Unione europea rappresenta l’unico atto di respiro generale specificamente dedicato ai servizi digitali e contiene una scarna disciplina sulla responsabilità dei prestatori, ormai “imbozzolata” da più di un decennio di giurisprudenza quantomeno creativa¹³.

of Florida – Tallahassee Division, con un *complaint for declaratory and injunctive relief* presentato il 27 maggio da Netchoice e CCIA (Computer & Communications Industry Association), Case 4:21-cv-00220-RH-MAE, disponibile in ccianet.org. La legge pare *ictu oculi* di difficile tenuta costituzionale, alla luce sia del possibile contrasto con il Primo Emendamento sia della manifesta difformità di queste previsioni rispetto alla Section 230 del Communications Decency Act, legge federale approvata dal Congresso nel 1996 che esclude in via generale (salvo limitate eccezioni) la responsabilità delle piattaforme digitali per la moderazione di contenuti, come si dirà meglio *infra* nel par. 2. Cfr. G. Edelman, *Florida’s New Social Media Law Will Be Laughed Out of Court*, in wired.com, 24 maggio 2021, che riporta tra l’altro l’autorevole opinione, nel senso sopra descritto, di Michael Froomkin.

¹¹ Sul tema dell’efficacia con effetti orizzontali dei diritti fondamentali in ambito digitale si v. G. Resta, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in G. Resta-F. Caggia (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, 117 ss., spec. 118, il quale evidenzia, tra i fattori di discontinuità rispetto al passato, un capovolgimento del rapporto tra potere pubblico e potere privato, in quanto «il governo delle relazioni digitali in rete è prevalentemente esercitato da soggetti privati, anche per il tramite degli strumenti tecnologici». In tema cfr. anche O. Gerstenberg, *Private Law and the New European Constitutional Settlement*, in *European Law Journal*, 10(6), 2004, 766 ss. e R. Van Loo, *The Corporation as Courthouse*, in *Yale Journal on Regulation*, 33(2), 2016, 547 ss. Per una rassegna in chiave storica dei mutamenti che hanno caratterizzato la dialettica tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. anche B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

¹² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361(COD). Per una panoramica di contributi “a caldo” sulla proposta della Commissione si rinvia al *simposio online “Verso il Digital Services Act”* in medialaws.eu, in cui tra gli altri v. l’introduzione di O. Pollicino-M. Bassini-G. De Gregorio, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, ivi, 23 novembre 2020. Cfr. anche M. Bassini-G. Finocchiaro-O. Pollicino, *L’Ue verso il Digital Services Act: quale equilibrio tra democrazia e potere*, in agendadigitale.eu, 15 febbraio 2021; G.M. Ruotolo, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *DPCE on line*, 4, 2020, 5419 ss., nonché M. Bassini, *L’Unione europea al grande passo: verso una regolazione di mercati e servizi digitali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 224 ss. Più in dettaglio, sul contenuto della proposta, cfr. G. Caggiano, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell’Unione europea*, in *Annali AISDUE*, 3, 2021, “Forum Servizi e piattaforme digitali”, n. 1, 18 febbraio 2021.

¹³ Ci si riferisce, in particolare, alla creazione giurisprudenziale del c.d. *provider* attivo, su cui ci si soffermerà più diffusamente oltre, recentemente sdoganata anche dalla Cassazione italiana nella sentenza della sez. I civile, 21 febbraio 2019, n. 7708. Pesanti riserve su questa figura sono espresse in M. Bassini, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2019, 248 ss. e altresì in L. Tormen, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell’hosting*

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

Le risposte che cercherò di trarre da questa analisi dovrebbero consentire di comprendere meglio lo *status quo* e valutare, così, con cognizione di causa, le scelte che saranno compiute dal legislatore.

Per addivenire ad alcune, pur provvisorie e forse incomplete risultanze, il saggio procederà anzitutto da una sintetica analisi del ruolo delle piattaforme online e dell'intimo collegamento che lo stesso presentava alle origini e mantiene tuttora con la libertà di espressione. Una volta illustrato il punto di saldatura tra i due ambiti in parola, il paragrafo successivo metterà in luce le dinamiche di sovrapposizione tra sfera pubblica per la manifestazione del pensiero e dimensione privata del rapporto tra utenti e social network. Il saggio procederà, quindi, operando una ricognizione e una disamina critica della giurisprudenza statunitense che ha preso in considerazione la posizione dei social network alla luce della *public forum doctrine* e della *state action doctrine*. Si produrrà, quindi, in una comparazione con lo scenario domestico, paradigmatico dell'attitudine europea, esaminando gli spunti problematici della recente giurisprudenza formatasi in merito alla disattivazione delle pagine social di associazioni politiche di estrema destra. Così articolato il quadro comparato, il saggio tenterà di illustrare i motivi per cui appare preferibile resistere a ogni velleità di qualificazione in senso pubblicistico dei social network.

2. L'alba di un mondo nuovo: genesi ed evoluzione delle piattaforme nel cyberspazio

Alle origini di Internet, il cyberspazio era stato immaginato da alcuni dei commentatori più vicini alla sensibilità libertaria e “cyberanarcoide”¹⁴ come il terreno di una possibile competizione “privata” tra comunità virtuali aliene dall'interferenza dei poteri statali. Ciascuna una piattaforma di libertà, caratterizzata da un novero di (poche e semplici) regole definite dagli amministratori e condivise dagli aderenti: in sostanza, il rispetto di limiti di contenuto e di continenza verbale, pena l'esclusione¹⁵. Nessuna sanzione ulteriore, semmai la possibilità di transitare a una comunità diversa. Un sistema parallelo dominato da una sorta di “arbitraggio regolamentare”, dove gli utenti avrebbero potuto “disporsi” e collocarsi a seconda delle rispettive inclinazioni e degli interessi coltivati. Per gli Stati, apparentemente, nessun ruolo e nessun potere: gli Stati, in questa ricostruzione, sono l'altrove, impossibilitati a predicare la propria sovranità e a estendere l'*enforcement* delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come

provider (attivo e passivo), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2019, 1039 ss. A un giudizio positivo sulla configurazione di tale figura perviene invece R. Panetta, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*, in *Diritto di Internet*, 2, 2019, 273 ss. Il tema ha trovato spazio, originariamente, nella giurisprudenza della Corte di giustizia: cfr. CGUE, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France e Google Inc. c. Louis Vuitton et. al.* (2010); C-324/09, *L'Oréal et al. c. eBay* (2011); ma si v. anche la recentissima sentenza CGUE, cause riunite C-682/18 e C-683/18, *Peterson c. Google LLC, YouTube Inc. et al.; Elsevier c. Cyando* (2021).

¹⁴ Su tutti, cfr. D.G. Post, *Anarchy State and the Internet*, in *Journal of Online Law*, article 3, 1995.

¹⁵ Per una accurata ricostruzione delle prime questioni sorte con l'avvento della rete, si v. T. Wu-J.L. Goldsmith, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, 2006.

territorio separato¹⁶.

Questa ricostruzione dai toni idealistici si fondava su due illusioni che si sarebbero di lì a breve disvelate. In primo luogo, l'assunto che questa compartimentazione in comunità private non avrebbe generato posizioni di potere favorite dall'accumulo di risorse economiche, con un condizionamento sull'organizzazione, sulla mole, e conseguentemente sulla genuina circolazione dei contenuti condivisi dagli utenti, condizionamento costituente un diretto precipitato del dischiudersi di strutture oligopolistiche nel mercato dei servizi (a tacitazione di quella pretesa concorrenza perfetta tra comunità virtuali). In secondo luogo, la ferrea convinzione inerente non soltanto all'impossibilità degli Stati di regolare il web ma anche alla non necessità di un loro intervento in un campo dove l'autonomia privata prometteva una *governance* efficiente, ridondando quel rifiuto della sovranità statale già predicato metaforicamente da John Perry Barlow nella Dichiarazione d'indipendenza del cyberspazio¹⁷ e fatto oggetto di un *claim* normativo.

L'affermazione prepotente del ruolo degli intermediari e in particolare dei prestatori di servizi della società dell'informazione non ha soltanto segnato il superamento delle ricostruzioni che idealizzavano la rete come luogo d'elezione e di massima espressione della libertà, impermeabile ai poteri economici¹⁸, ma ha altresì profondamente modificato, con l'evoluzione che questi servizi ha caratterizzato, le dinamiche di esercizio della libertà forse di più immediata percezione sul web¹⁹. Non si è trattato, però, di un percorso connotato da fratture o momenti traumatici; al contrario, si è assistito a una graduale crescita del potere delle piattaforme, favorita da un quadro regolamentare volutamente minimalista²⁰.

Proprio scelta di non regolamentare l'ecosistema digitale se non nei suoi pilastri essenziali (ossia la responsabilità dei prestatori di servizi) e secondo un approccio "minimo" e incentivante risponde probabilmente, in Europa come negli Stati Uniti (anche se non esattamente al pari degli Stati Uniti) alla percezione del valore strategico di queste infrastrutture per la circolazione di contenuti nel cyberspazio e dunque, indirettamente, alla centrale rilevanza delle piattaforme per la libertà di espressione²¹. In altri termini,

¹⁶ D.R. Johnson-D.G. Post, *Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1367 ss.; *contra* v. J.L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, 1199 ss. e la replica di D.G. Post, *Against "Against Cyberanarchy"*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 17, 2002, 1363 ss.

¹⁷ J.P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in *eff.org*, 8 febbraio 1996.

¹⁸ Sul tema della possibile "costituzionalizzazione" di Internet, proposta al fine di mettere al "riparo" gli individui e i loro diritti a fronte dell'erompere di nuovi attori privati, cfr. G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2011, 367 ss.; S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet?*, *ivi*, 3, 2010, 337 ss.; F. Gallo, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, Conversano, 15 settembre 2013, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁹ Cfr. F. Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 17, 2015, 487 ss.; J.M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in *Pepperdine Law Review*, 36, 2009, 427 ss.

²⁰ In tema v. O. Lynskey, *Regulating Platform Power*, LSE Law, Society and Economy Working Papers, 1, 2017.

²¹ Sempre con riferimento al ruolo dei "poteri privati" che si affermano in rete e al loro impatto sul diritto alla manifestazione del pensiero cfr. M. Manetti, *Regolare Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2020, 35 ss.; M. Betzu, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto Costituzionale - Rivista*

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

l'opzione di non interferire da subito e secondo “scelte forti” nella regolazione di Internet reagirebbe alla rilevanza strategica di queste piattaforme per favorire un'ampia circolazione di contenuti. Non è un caso che a confortare tali rilievi depongano le ricostruzioni dottrinali che negli Stati Uniti hanno discettato sulla natura di *First Amendment rule* della Section 230 CDA²², la prima norma introdotta dal Congresso nel 1996 per regolare il ruolo dei prestatori di servizi Internet²³, giungendo a esaltarne le virtù con l'icastica formula “*The Twenty-Six Words that Created the Internet*”²⁴, ove non a discutere se questa norma non munisse invero, agli effetti pratici, la libertà di espressione di una copertura finanche più ampia di quella imposta dal Primo Emendamento²⁵. L'intima connessione che segna la nascita dalla prima (e per certo tempo unica) regola su Internet nell'ordinamento statunitense sembra cogliersi, del resto, anche nello spirito della giurisprudenza della Corte Suprema, protesa ad affermare la vocazione libertaria della rete come piattaforma di invero del libero mercato delle idee²⁶, che sottoporre a regolazione avrebbe perciò provocato più rischi che benefici²⁷.

Questi motivi non hanno in realtà impedito che si instaurasse, anche negli Stati Uniti (così come del resto in Europa²⁸) un partecipato dibattito incentrato sulla possibilità

quadrimestrale, 1, 2020, 117 ss.; M. Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2018, 39 ss.

²² Cfr. nella dottrina statunitense C. Glynn, *Section 230 as First Amendment Rule*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 2027 ss.; E. Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 95(1), 2019, 33 ss.; ma v. anche K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1598 ss.; J.M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, cit.; D.K. Citron-B. Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity*, in *Fordham Law Review*, 86, 2017, 401 ss.; R. Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, in *George Washington Law Review*, 76, 2008, 101 ss.

²³ Sulle origini della disciplina sulla responsabilità dei prestatori di servizi in Europa e negli Stati Uniti, si v. l'approfondita disamina di R. Petruso, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitensi ed europeo a raffronto*, Torino, 2019. Merita ricordare, già in questa sede, come l'introduzione della Section 230 del Communications Decency Act costituì il frutto di una scelta bipartisan volta a evitare possibili salti in avanti da parte della giurisprudenza in merito a una equiparazione in senso editoriale delle piattaforme online. Negli stessi lavori preparatori si scorgono, infatti, plurimi riferimenti alla volontà di prevenire esiti assai discutibili come quelli cui la Corte suprema dello Stato di New York era giunta nel caso *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Company*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995), ritenendo che, per il solo fatto di aver implementato linee guida per la pubblicazione di contenuti e di aver incaricato un team di moderatori, la piattaforma dovesse essere qualificata alla stregua di un editore e così soggiacere al relativo standard di responsabilità, anziché a quello, più permissivo, per i distributori, già assecondato invece da una precedente, celebre decisione nel caso *Compuserve*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

²⁴ Cfr. J. Kosseff, *The Twenty-Six Words That Created the Internet*, Ithaca-London, 2019.

²⁵ V. per esempio E. Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, cit.

²⁶ Metafora elaborata nella fortunata quanto celebre *dissenting opinion* di Justice Holmes nel caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919): «*the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the markets*». Sui pericoli di una ricezione supina di tale metafora nell'ambito digitale, cfr. O. Pollicino, *Fake news, Internet and metaphors (to be handled carefully)*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2017, 1 ss.

²⁷ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 885 (1997): «*As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship*».

²⁸ In Europa molti tribunali nazionali, in Italia in particolare, anche sulla scorta di alcune pronunce della

di mitigare l'ampia forbice di immunità garantita ai prestatori di servizi dalla Section 230²⁹, segno della percezione di una ormai compiuta sofisticazione delle caratteristiche dei servizi cui non ha fatto seguito, per il momento, una parallela evoluzione del paradigma normativo³⁰.

La scelta di non corrispondere a quella sofisticazione nelle caratteristiche dei servizi sotto il profilo normativo riflette il prevalere del timore che una regolazione potesse tradursi in costringimenti eccessivi, forieri di conseguenze negative per la libertà di espressione. Ma a distanza di oltre vent'anni, i tempi paiono maturi per un intervento che sappia opportunamente coniugare il ruolo di “volano della libertà di espressione” con l'esigenza di ricondurre a un pur minimo set di regole il dispiegarsi della libertà di iniziativa economica³¹, incanalando servizi tra loro diversi entro binari normativi altrettanto eterogenei secondo una logica di modularità³².

Tuttavia, proprio per valutare la bontà dei propositi di riforma e dei futuri esiti di questo processo occorre affrontare un nodo inevitabilmente connesso e ancora da districare, quello relativo allo statuto costituzionale dei social network, sempre più luogo di condivisione e scambio di idee e opinioni. E, infatti, attribuire ai prestatori di servizi che gestiscono social network la qualifica di servizio pubblico o comunque equiparare tali spazi di libertà, per esempio, a un *public forum* può determinare implicazioni di assoluto momento sul piano costituzionale. Occorre dunque comprendere se si tratti di velleità ben fondate sul piano giuridico onde calcolarne le eventuali conseguenze.

Corte di giustizia, hanno fatto emergere la figura, già ricordata *supra*, del prestatore di servizi “attivo” (c.d. *provider* attivo) onde applicare in modo più rigoroso e restrittivo il regime giuridico di favore previsto dalla direttiva 2000/31/CE. Il tentativo è stato percorso onde attribuire rilievo a caratteristiche nella gestione del servizio tali da denotare, ad avviso dei giudici, la sussistenza di un controllo. Si tratta, però, di una figura priva di un chiaro fondamento normativo, se si eccettua il considerando 42 della direttiva medesima (che esige dagli intermediari la prestazione di un servizio meramente tecnico, automatico e passivo). Su questi temi cfr. il volume di O. Pollicino-E. Apa, *Modelling the liability of internet service providers: Google vs. Vini down. A constitutional perspective*, Milano, 2013.

²⁹ Nella giurisprudenza, tuttavia, questo argomento non sembra aver fatto breccia, specialmente nelle decisioni più recenti e rilevanti; si v., per esempio, la causa *Caraccioli v. Facebook*, 167 F. Supp. 3d 1056 (N.D. Cal. 2016) poi decisa anche dalla Corte d'appello per il Ninth Circuit (0:17-cv-15443).

³⁰ Va da sé che domande più generali si sono poste, a fronte dell'avvento di Internet, anche in relazione alla adeguatezza del parametro rappresentato dal Primo Emendamento. V. in tal senso T. Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, in *Michigan Law Review*, 117, 2018, 547 ss.

³¹ Sul cambio di paradigma che sembra “respirarsi” a livello dell'Unione europea nel campo della regolazione delle tecnologie digitali, si v. le ponderate riflessioni di G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 1-30. Sulla rilevanza del formante giurisprudenziale in questo processo di alienazione dell'Unione europea da una matrice di liberalismo economico, cfr. O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021.

³² Questo sembra essere, perlomeno, l'atteggiamento sotteso alla proposta di regolamento, già menzionata, nota come Digital Services Act, che distingue tra quattro categorie, articolandole dal generale al particolare e prevedendo obblighi sempre più stringenti tanto più specifica risulta la tipologia considerata: il primo genere è quello dei servizi intermediari, all'interno dei quali si individua la specie dei servizi di *hosting*; all'interno di quest'ultima si differenziano poi le piattaforme online; da ultimo, la proposta isola, tra le piattaforme online, le c.d. piattaforme di grandi dimensioni.

3. Internet come *digital marketplace of ideas*? Le ricadute del nuovo ecosistema digitale sulla tutela della libertà di espressione

Dato atto del legame che unisce il regime giuridico dei prestatori di servizi e la tutela della libertà di espressione, occorre valutare all'atto pratico quali sfide il nuovo ecosistema digitale popolato da “poteri privati” abbia provocato rispetto alla tutela di questo diritto³³.

Si è già tentato altrove³⁴ di argomentare come l'avvento di Internet abbia senz'altro prodotto un incremento “quantitativamente apprezzabile” della misura della libertà di espressione di cui gli individui godono online, mettendo nondimeno in discussione che a tale ampliamento meramente “quantitativo” corrisponda anche un maggior spazio di libertà sotto un profilo “qualitativo”³⁵. Tale interrogativo reagisce alla constatata presenza, nell'ecosistema digitale, di prestatori di servizi che interpongono dinamiche di moderazione di contenuti fondate su proprie regole (incorporate nei termini e nelle condizioni d'uso)³⁶ all'interno della tradizionale direttrice verticale tra Stato e cittadino, ove il primo definisce tramite la legge (e cioè qualificando alcune fattispecie come illecite) i limiti alla libertà del secondo. Questa sofisticazione è già stata attentamente teorizzata ed esplorata nelle sue implicazioni pratiche in dottrina, soprattutto da Jack Balkin³⁷, e illustra la sovrapposizione che giunge a determinarsi tra una dimensione prettamente privata (quella che vede utenti e prestatori di servizi avvinti da una relazione contrattuale) e la sfera pubblica ove fluiscono le manifestazioni di pensiero, sempre più digitale e dunque dominata dalla presenza di intermediari.

Il problema al centro del presente saggio si collega esattamente a quest'ultima caratterizzazione: si può ritenere (e se sì, fino a che punto) che la presenza di prestatori di servizi che forniscono gli spazi virtuali - gli ideali contenitori digitali di idee e opinioni - rappresenti un requisito essenziale e indefettibile perché possa ritenersi garantita agli individui la possibilità di manifestare il proprio pensiero? In altri termini, occorre chiedersi, ragionando *a contrario*, se la privazione della disponibilità di utilizzo (comunque venutasi a determinare) dei social network (il già ricordato *deplatforming*) possa configurare una menomazione della libertà di espressione costituzionalmente tutelata. Sottesa a questi interrogativi è dunque la ricerca di una possibile efficacia con effetti orizzontali dei diritti in gioco.

³³ In tema v. A. Koltay, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, Oxford, 2019.

³⁴ Cfr., volendo, M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, cit., nonché O. Pollicino-M. Bassini, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. Savin-J. Trzaskowski (eds.), *Research handbook on EU Internet law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss.

³⁵ A ben vedere, l'incremento in senso “quantitativo” riflette la disintermediazione della libertà di parola dai media tradizionali; ma dal punto di vista qualitativo sembra scorgersi una nuova intermediazione (e quindi una re-intermediazione) frutto del ruolo nevralgico delle piattaforme online per lo scambio e la condivisione di contenuti.

³⁶ Sul significato e sulle implicazioni della *content moderation*, v. G. De Gregorio, *Democratizing Online Content Moderation: A Constitutional Framework*, in *Computer Law & Security Report*, 36, 2020.

³⁷ Cfr. J.M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118(7), 2018, 2011 ss.

La domanda nasce da una osservazione di carattere empirico ma intercetta (e ambisce a rappresentare) un *claim* normativo: la privazione della possibilità di accesso ai social network determina inevitabilmente, nell'odierna società dell'informazione, quantomeno un depotenziamento (ma anche un vero e proprio impedimento, a seconda dei casi) nell'esercizio della libertà di espressione. Poiché la decisione di sospendere il servizio (ovvero di rimuovere un contenuto) potrebbe dipendere dall'*enforcement* del regolamento contrattuale in essere tra le parti e non necessariamente da una previa decisione giurisdizionale (espressione delle tradizionali garanzie che assistono le incisioni di matrice pubblica delle libertà costituzionali), è giocoforza interrogarsi se questi servizi si possano configurare alla stregua di *essential facilities* o, come recentemente si è proposto³⁸, di servizi erogati da *common carrier*, assumendo una connotazione di "pubblicità" che potrebbe giustificarne l'assoggettamento a un particolare statuto giuridico e introietterebbe nella relazione prettamente privata e orizzontale tra utente e social network riflessi di natura costituzionalistica legati alla possibile limitazione "per via privata" della libertà di espressione.

Guardando all'esperienza statunitense, senz'altro più vicina a queste problematiche, una prima opzione, di carattere oggettivo, potrebbe condurre a considerare i social network³⁹ alla stregua di *public forum*, assimilandoli cioè a quegli spazi aperti tradizio-

³⁸ In tal senso si v. la *concurring opinion* di Justice Thomas, cit., del 5 aprile 2021, in *Joseph Biden, Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.*, 593 U.S. ____ (2021), cit.

³⁹ Si badi che l'indagine verte segnatamente non già sulla qualificazione giuridica della rete Internet nel suo complesso, bensì dei social network intesi come spazi privati su cui i gestori del servizio fanno *enforcement* delle condizioni d'uso sancite nel regolamento contrattuale. Su questi temi cfr. M.R. Allegri, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018, spec. 29 ss., la quale ipotizza una riconducibilità delle sole c.d. *social network communities* al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. richiamandosi alle riflessioni elaborate pionieristicamente da P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *ConsultaOnline*, 4, 2014, ove l'Autore ragionava di una possibile qualificazione a questa stregua della intera comunità degli utenti (prendendo le mosse dalla concettualizzazione a suo tempo operata da E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989), con considerazioni poi riprese anche in Id., *Le formazioni sociali e Internet*, in T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa-M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, 50 ss. Contesta recisamente questa opzione, invece, rifiutando il riconoscimento di una comunità di utenti di Internet, M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2015, 273 ss., spec. 280. In particolare Allegri, *ivi*, spec. 37 ss. e 44 ss., accedendo a una risposta possibilista in merito, si interroga altresì se la configurazione delle comunità di utenti dei social network come formazioni sociali *ex art. 2* (che comporterebbe per i pubblici poteri l'obbligo di garantire la tutela dei diritti inviolabili degli appartenenti alle comunità) possa comportare l'adesione a uno dei paradigmi costituzionali particolari delineati dall'art. 17 o dall'art. 18 con riferimento alla libertà di riunione e alla libertà di associazione. Con riguardo a quest'ultima, l'Autrice sembra non ritenere necessariamente di ostacolo il problema, da alcuni già puntualmente affrontato (in specie da S. Sassi, *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della Costituzione. Il (recente) caso dell'associazione xenofoba on-line*, in *Rivista AIC*, 2, 2013), della pretesa all'anonimato degli utenti. In merito all'applicazione dello statuto della libertà di riunione, invece, l'Autrice individua quale principale ostacolo il tradizionale intendimento in senso fisico del luogo entro cui occorre si realizzi una compresenza di individuo, che parrebbe nondimeno superabile alla luce di alcune aperture giurisprudenziali rispetto alla considerazione dei social network come luogo aperto al pubblico (così Cass. pen., sez. I, 12 settembre 2014, n. 37596; su cui si v. M. Mezzanotte, *Facebook come "luogo aperto al pubblico"*, in *federalismi.it*, 2, 2016). Sul possibile ricorso al paradigma dell'art. 17 cfr. anche M. Betzu, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC*, 4, 2012; A. Pirozzoli, *La libertà di riunione in Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2004, 595 ss.; e P. Marsocci, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2011. Rispetto allo statuto

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

nalmente deputati all'incontro tra persone e dunque allo scambio di manifestazioni di pensiero. Proprio per via della loro naturale destinazione, questi spazi sono tendenzialmente compatibili soltanto con restrizioni contenutisticamente neutrali alla libertà di espressione, con la conseguenza che risultano vietate le discriminazioni fondate unicamente sul merito delle opinioni e idee (c.d. *viewpoint discrimination*)⁴⁰.

A un risultato sostanzialmente analogo si potrebbe poi addivenire, secondo una diversa opzione, operando una qualificazione in senso soggettivo dei prestatori di servizi come “attori pubblici” ai sensi della *state action doctrine*, oppure come *common carriers*, come suggerito da una recente *concurring opinion* di Justice Thomas.

Occorre, però, affermare con fermezza il significato profondamente e intimamente normativo di ogni ri-qualificazione in questo senso delle piattaforme social. Spesso, infatti, nel linguaggio comune (ma anche in quello tecnico, come si dirà a breve...), pare diffuso il ricorso a semplificazioni che legano a queste infrastrutture un valore e un significato di “agorà digitale” senza un pieno intendimento delle conseguenze giuridiche che da tale opzione, inevitabilmente normativa (ancorché frutto di una valutazione politica), scaturirebbero. Non è un caso che proprio su queste sottili ma dirimenti qualificazioni si sia aperta una garbata disputa in seno alla Corte Suprema tra Justice Kennedy e Justice Alito in una delle più interessanti pronunce su questo tema ossia *Packingham v. North Carolina*⁴¹.

La sentenza ha dichiarato incostituzionale, per violazione del Primo Emendamento, una legge statale che aveva imposto un divieto di accedere a tutte le piattaforme di social networking a carico indiscriminatamente di coloro che fossero stati giudicati

costituzionale della rete, rimangono naturalmente insuperate le considerazioni di P. Costanzo, (voce) *Internet (Diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Torino, 2000, 347 ss.

⁴⁰ La Corte Suprema ebbe modo di formulare compiutamente questa dottrina nel caso *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), riprendendo gli spunti già elaborati in *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897). Nel caso *Hague* fu teorizzato che compito dello Stato è di evitare ogni discriminazione e di riconoscere la più ampia latitudine all'esercizio della libertà di parola in quegli spazi che sono «*immemorially been held in trust for the use of the public [...] for purposes of assembly, communicating thought between citizens, and discussing public questions*». Si può affermare che tale dottrina corrisponda a una declinazione sostanziale della libertà di espressione: tale diritto non deve essere riconosciuto soltanto “sulla carta” ma deve essere concretizzato da parte dei poteri pubblici con la garanzia di spazi entro cui i cittadini possano confidare nell'indisturbato e incensurato fluire delle loro opinioni, funzionale ad assicurare il carattere democratico dello Stato. La Corte Suprema ha confermato questo indirizzo nella pronuncia di poco successiva *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939) per poi sofisticare ulteriormente, nel corso degli anni, la sua elaborazione, distinguendo diverse ipotesi: spazi che costituiscono *traditional public forum* e che, secondo *Hague*, hanno “tradizionalmente” rivestito questa funzione nel corso del tempo (parchi, marciapiedi, strade); spazi che costituiscono *designated public forum*, ossia spazi di proprietà pubblica o di proprietà privata comunque soggetti a controllo pubblico (per esempio, aule seminariali all'interno delle università) che, pur non costituendo oggetto di una consolidata associazione con l'esercizio della libertà di espressione, sono stati aperti e destinati a questo scopo dallo Stato. Nell'ambito dei *traditional* e *designated public forum*, lo Stato può introdurre limitazioni inerenti esclusivamente a circostanze di tempo, luogo e modo.

⁴¹ *Packingham v. State of North Carolina*, 582 U.S. ____ (2017). Nella fattispecie, la Corte suprema ha ritenuto che le limitazioni previste dal General Statute 14-202.5 della North Carolina, approvato nel 2008, non superassero il vaglio del c.d. *intermediate scrutiny*, ossia il test impiegato per vagliare la legittimità di restrizioni contenutisticamente neutrali alla libertà di espressione, che richiede che le misure siano *narrowly tailored* al fine di soddisfare un *significant governmental interest*. Cfr. anche il commento per la sezione “The Supreme Court - Leading Cases”, *First Amendment – Freedom of Speech – Public Forum Doctrine – Packingham v. North Carolina*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 233 ss.

colpevoli di reati a sfondo sessuale⁴². La Corte Suprema ha evidenziato come la misura in questione fosse carente di proporzionalità, estendendosi anche a siti Internet che avrebbero potuto favorire il percorso di reinserimento sociale e di emenda dei condannati. Ciò che tuttavia merita segnalare in questa pronuncia è il linguaggio adoperato dalla Corte e dall'*opinion* di Justice Kennedy in particolare, in cui ridonda un parallelismo tra Internet, definita la moderna piazza pubblica, e una categoria, quella del *public forum*, che possiede un preciso significato nell'interpretazione data dalla giurisprudenza al Primo Emendamento⁴³. Proprio questa correlazione è stata oggetto delle critiche esposte nella sua *concurring opinion* da Justice Alito, ad avviso del quale questa analogia con luoghi e spazi fisici sarebbe stata tracciata con eccessiva disinvoltura e tra concetti e categorie invero differenti tramite una serie di *undisciplined dicta* suggestivi di una corrispondenza non scevra da importanti implicazioni giuridiche. Particolarmente indicativa di questa critica è l'affermazione secondo cui «*if the entirety of the internet or even just 'social media' sites are the 21st century equivalent of public streets and parks, then States may have little ability to restrict the sites that may be visited by even the most dangerous sex offenders*». Nell'*opinion* di Alito sembra scorgersi la preoccupazione di evitare che la Corte suprema possa involontariamente, mediante una *loose rhetoric*, cadere in quello che ritiene un errore, ossia equiparare indiscriminatamente Internet e i social network a un *public forum*. Questa non pare, per vero, essere stata la conclusione della Corte Suprema; che però si è fatta portatrice, a distanza di vent'anni, di una ideale continuità con il suo storico precedente nel caso *Reno v. ACLU*, con una esaltazione del cyber-spazio (allora non ancora popolato dalle piattaforme e dai social network oggi ormai affermati) quale “luogo” di invero del libero mercato delle idee profetizzato da Justice Holmes nella celebre *dissenting opinion* del 1919.

Proprio la sentenza del 1997 aveva inaugurato un trittico di pronunce assai paradigmatiche dell'attitudine della Corte Suprema rispetto alla portata del Primo Emendamento nell'era di Internet. In quella sentenza, la Corte, oltre a esaltare le potenzialità irripetibili del mezzo, aveva evidenziato l'esigenza di preservarne l'immunità da una regolazione che avrebbe potuto produrre più svantaggi che benefici⁴⁴. Non a caso, la Corte aveva dichiarato incostituzionali disposizioni che perseguivano senz'altro uno scopo meritevole di tutela quale la protezione dei minori da contenuti nocivi; ma che, come nella vicenda più recente *Packingham*, risultavano sproporzionate alla luce della definizione eccessivamente ampia di contenuti “*indecent*” e “*patently offensive*”. La legge

⁴² Cfr. i commenti di O. Soldatov, *The Transformative Effect of Social Media: Preliminary Lessons from the Supreme Court Argument in Packingham v. North Carolina*, in *DPCE on line*, 2, 2017, 417 ss. ed E. Celeste, *Packingham v. North Carolina: A Constitutional Right to Social Media?*, in *Cork Online Law Review*, 2018, 116 ss.

⁴³ Si v. le notazioni in tema di D.C. Nunziato, *From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital*, in *Boston University Journal of Science and Technology Law*, 25(1), 2019, 1 ss. Cfr. anche, in generale, A. Ardito, *Social Media, Administrative Agencies, and the First Amendment*, in *Administrative Law Review*, 65(2), 2013, 301 ss.

⁴⁴ «*The dramatic expansion of this new marketplace of ideas contradicts the factual basis of this contention. The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship*». 521 U. S. 844, 885 (1997)

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

finiva così per determinare una compressione oltre misura della circolazione di materiali che formavano oggetto di un diritto costituzionalmente tutelato da parte della popolazione adulta.

È evidente che, in un terreno dominato da un così ampio fervore libertario⁴⁵, il ruolo dei social network riveste un rilievo cruciale e la loro qualificazione giuridica costituisce pertanto un nodo da cui dipende l'effettività della tutela garantita dal Primo Emendamento.

Guardando oltreoceano, invece, l'Europa pare aver interpretato l'avvento di Internet come una conquista di sicuro valore, mantenendo tuttavia un approccio più temperato. E questo non soltanto, forse, per via del diverso valore assiologico che la libertà di espressione occupa nel costituzionalismo americano⁴⁶ e della differenza nella formulazione del contenuto di questa libertà che si ritrova nei rispettivi parametri costituzionali, ma anche per effetto della diversa attitudine delle corti europee, e della Corte di giustizia in particolare, verso un diritto concorrente della libertà di parola: il diritto alla privacy e alla protezione dei dati, vera e propria “ossessione europea”⁴⁷. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo è parsa fare un uso abbastanza prudente dell'art. 10 rispetto ai casi che riguardavano possibili interferenze nell'esercizio di questa libertà perpetrate dagli Stati contraenti rispetto all'utilizzo di Internet⁴⁸. Ne sono riprova, per esempio, le ondivaghe decisioni adottate con riferimento alla conformità all'art. 10, par. 2, CEDU di sanzioni irrogate nei confronti dei prestatori di servizi per aver ommesso o ritardato la rimozione di contenuti anonimi⁴⁹ così come il tono tutt'altro che enfatico proprio di quelle pronunce che avevano condannato gli Stati contraenti per violazioni manifeste della libertà di espressione costituite dall'oscuramento di intere

⁴⁵ Senza dimenticare, però, che lo stesso Justice Alito aveva osservato, nella sua *opinion* (in parte *concurring*, in parte *dissenting*) nel caso *Elonis v. United States*, 575 US ____ (2015), spec. 6, i possibili risvolti problematici connessi all'utilizzo dei social network rispetto all'esercizio della libertà di parola e ai suoi confini: «“Taken in context,” lyrics in songs that are performed for an audience or sold in recorded form are unlikely to be interpreted as a real threat to a real person. *Watts, supra*, at 708. Statements on social media that are pointedly directed at their victims, by contrast, are much more likely to be taken seriously».

⁴⁶ Si v. su tutti G. Bognetti, *La libertà di espressione nella giurisprudenza americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Milano, 1958; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, Torino, 2000.

⁴⁷ Volendo, cfr. O. Pollicino-M. Bassini, *The Luxembourg Sense of the Internet: Towards a Right to Digital Privacy*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2014*, Oxford, 2015, 223 ss.

⁴⁸ Su quest'intima connessione si v. in particolare i commenti alla giurisprudenza della Corte europea di M. Husovec, *Editorial: Intermediary Liability as a Human Rights*, in *JIPITEC*, 8, 2017, 181, § 1, e di R. Spano, *Intermediary Liability for Online User Comments under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 17(4), 2017, 665 ss.

⁴⁹ Corte EDU, *Delfi c. Estonia*, ric. 64569/09 (2015); *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE), Index.hu Zrt c. Ungheria*, ric. 22947/13 (2016); *Rolf Anders Daniel Pibl c. Svezia*, ric. 74742/14 (2017). A riprova dell'assenza di una particolare armonia tra questa casistica, si v. il commento di P. Costanzo, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista*, in *DPCE on line*, 3, 2017, 767 ss. Su questa giurisprudenza cfr. anche G.E. Vigevani, *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2014, 207 ss.; Id., *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 febbraio 2014; L. Nannipieri, *L'aggiunta di commenti offensivi in calce ad un articolo di un portale informativo online in una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *medialaws.eu*, 13 gennaio 2014.

categorie di siti Internet⁵⁰, al pari forse della relativa prudenza con cui si è affermata la rilevanza dell'utilizzo di Internet come strumento informativo a beneficio dei detenuti nel censurare misure statali che ne limitavano l'accesso⁵¹.

Sebbene il contesto europeo non presenti apparenti convergenze rispetto al sentire proprio del costituzionalismo statunitense in relazione alla libertà di espressione, esso offre spunti di sicuro interesse per una comparazione transatlantica in rapporto soprattutto al tema dell'applicazione nei rapporti orizzontali dei diritti fondamentali in gioco, cui è inevitabilmente collegata la qualificazione giuridica (soggettiva ovvero oggettiva) dei social network⁵².

4. La giurisprudenza statunitense e i limiti alla equiparazione tra social network e forum pubblici

Per comprendere la portata della discussione che finora si è animata sul tema della qualificazione dei social network e degli spazi virtuali da questi amministrati, e dunque della possibile rilevanza costituzionale dell'attività di moderazione "privata" di contenuti, occorre muovere dall'analisi della giurisprudenza statunitense. La casistica prodotta dalle corti d'oltreoceano, vuoi per una maggiore sensibilità libertaria del relativo contesto costituzionale, vuoi per una maggiore prossimità (anche meramente geografica) alle *big tech* e alle problematiche giuridiche che vi sono connesse, ha fornito interessanti chiavi di lettura utili a ordinare il dibattito secondo alcune preliminari coordinate.

Va detto, anzitutto, che i timori (giustamente) paventati da Justice Alito nella sua ricordata *concurring opinion* nel caso *Packingham* non sembrano, almeno per il momento, aver trovato seguito. Infatti, le corti che si sono pronunciate nelle vicende in cui era in questione una possibile equiparazione di Internet (e dei social network in particolare) a un *public forum*, hanno opportunamente delimitato il campo di applicazione di questa analogia, evitando di trarne conseguenze che avrebbero verosimilmente presentato riflessi "di sistema" ben più invasivi.

L'occasione di affrontare questi nodi è sorta a seguito di alcune controversie aventi a oggetto la legittimità delle limitazioni attuate da account appartenenti a figure pubbliche rispetto alla possibilità di interazione con i propri utenti-*constituents*.

Il caso giudiziario forse più noto è quello che ha visto per protagonista l'ex presidente degli Stati Uniti Donald Trump (prima che i fatti di Capitol Hill suscitassero un nuovo capitolo della vicenda⁵³), che era stato citato in giudizio per aver impedito ad alcuni

⁵⁰ Si v. per esempio Corte EDU, *Abmet Yildirim c. Turchia*, ric. 3111/10, (2012).

⁵¹ Si v. Corte EDU, *Kalda c. Estonia*, ric. 17429/10 (2016) e *Jankovskis c. Lituania*, ric. 21575/08 (2017). Su queste pronunce cfr. D. Galliani, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in O. Pollicino-T.E. Frosini-E. Apa-M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 329 ss.

⁵² Spiega il punto, evidenziando le differenze di approccio tra *state action doctrine* statunitense e *Drittwirkung* alla luce del diverso grado di sensibilità del costituzionalismo nordamericano ed europeo, O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2019, 138 ss.

⁵³ In merito a questa vicenda, è opportuno segnalare la recente decisione del Facebook Oversight Board che ha confermato la correttezza della decisione del social network di sospendere l'account di

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

utenti di interagire con il suo account @realDonaldTrump (dunque non l'account “ufficiale” del presidente degli Stati Uniti @POTUS, migrato invece nei mesi successivi nella disponibilità del neo-presidente Biden), poi ingloriosamente sospeso in modo permanente, nei mesi successivi, da Twitter. Invero, è la stessa sentenza della Court of Appeals for the Second Circuit, che ha confermato il precedente della Corte distrettuale⁵⁴, a stabilire sin dall'inizio importanti limiti alla sua possibile portata innovativa: «*We do not consider or decide whether an elected official violates the Constitution by excluding persons from a wholly private social media account. Nor do we consider or decide whether private social media companies are bound by the First Amendment when policing their platforms. We do conclude, however, that the First Amendment does not permit a public official who utilizes a social media account for all manner of official purposes to exclude persons from an otherwise-open online dialogue because they expressed views with which the official disagrees*». Sgombrando così subito il terreno da possibili equivoci, i giudici d'appello hanno inteso delimitare puntualmente il perimetro della propria decisione, esclusivamente inerente alla possibilità per un account ospitato da una piattaforma privata ma utilizzato in un dato momento da uno *state official*⁵⁵

Trump, dal quale erano stati pubblicati contenuti di implicita approvazione in occasione dell'attacco al Campidoglio, richiamando però l'esigenza di una maggiore proporzionalità delle misure in questione con riferimento alla relativa durata (nella fattispecie, indefinita) e di maggiore trasparenza in relazione all'iter e ai criteri di adozione. Cfr. il comunicato *Il Comitato per il controllo conferma la sospensione per l'ex Presidente Trump e sostiene l'incapacità da parte di Facebook di imporre una sanzione adeguata*, in *oversightboard.com*, maggio 2021, nonché il testo integrale della *decisione nel caso 2021-001-FB-FBR*. In merito alla vicenda, cfr. il commento di M. Manetti, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 195 ss.; ma v. anche l'editoriale di B. Caravita, *Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg? Alla ricerca di una risposta che penetri nei meccanismi che governano la nostra vita in rete*, in *federalismi.it*, 1, 2021, 13 gennaio 2021. In merito alla decisione del Facebook Oversight Board si v. O. Pollicino-M. Bassini-G. De Gregorio, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *verfassungsblog.de*, 11 maggio 2021; A. Gerosa, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 427 ss. In generale, sul ruolo dell'Oversight Board di Facebook, cfr. soprattutto K. Klönick, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 129, 2020, 2418 ss.; nonché A. Jr Golia, *Beyond Oversight. Advancing Societal Constitutionalism in the Age of Surveillance Capitalism*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 5 marzo 2021; P. Bianchi, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Liber Amicorum Pasquale Costanzo – ConsultaOnline*, 10 febbraio 2020.

⁵⁴ *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541 (S.D.N.Y. 2018).

⁵⁵ La Corte d'appello ha puntualmente motivato la propria decisione evidenziando che, ancorché l'account in questione fosse intestato alla persona di Donald Trump e non riconducibile in quanto tale all'istituzione rappresentata dal presidente degli Stati Uniti d'America, inevitabilmente l'utilizzo da questi effettuato in costanza di carica fosse del tutto idoneo ad attrarlo nel campo degli *official, state-run account*. Nel motivare su tale qualificazione, i giudici hanno messo in luce che non vi è dubbio alcuno sul fatto che lo stesso account potesse configurarsi come uno spazio prettamente privato prima dell'elezione di Donald Trump a presidente e come lo stesso sarebbe verosimilmente “degradato” a tale originario status alla cessazione della carica. Tuttavia, le modalità di utilizzo e le connotazioni dell'account personale nel periodo dell'esercizio della carica erano tali da suffragare la qualificazione come spazio utilizzato da uno *state official*. La stessa Corte distrettuale aveva rilevato, con riguardo al requisito del *government control* ai fini della configurazione di un *public forum*, che: «*the President presents the @realDonaldTrump account as being a presidential account as opposed to a personal account and [...] uses the account to take actions that can be taken only by the President as President*». 302 F. Supp. 3d 541, 567. Anche la Corte d'appello ha confermato, anzi rafforzato il punto, evidenziando come non vi fosse dubbio alcuno circa l'esistenza di un «*substantial and pervasive government involvement with, and control over, the Accounts*» (Case 18-1691, p. 17), confermato anche dal fatto che l'account fosse adoperato «*as a channel for communicating and interacting with the public about his administration*» (ivi, p. 18)

di porre in essere limitazioni che costituiscono *viewpoint discrimination* tendenzialmente vietate. Non si tratta, dunque, di una vicenda dalla quale possono essere tratte chiavi di lettura “di sistema”, le quali verosimilmente mal si attaglierebbero alla generalità dei casi. Tuttavia, la sentenza della Corte d’appello documenta in modo assai visibile quanto il discrimine tra forum pubblico e forum privato costituisca un crinale denso di implicazioni. Non è un caso che la difesa di Trump sia stata improntata principalmente sull’affermazione della natura meramente privata dello spazio creato da Twitter: nonostante quest’ultimo *«facilitates robust public debate on the Accounts»*⁵⁶, secondo l’ex presidente *«it is simply the means through which he participates in a forum and not a public forum in and of itself»*⁵⁷. Nessuna di queste difese ha fatto tuttavia breccia nelle argomentazioni della Corte d’appello, che ha recisamente respinto questa impostazione per affermare che *«the President is a governmental actor with respect to his use of the Accounts»*, circostanza da cui discende il divieto di effettuare *viewpoint discrimination*, in quanto tali contrarie al Primo Emendamento⁵⁸. E il blocco di un account, secondo la decisione della Corte, integra senz’altro questa fattispecie, nella misura in cui impedisce agli utenti cui sono generalmente rivolte le esternazioni (di fatto, nella loro veste di *constituency*) di accedere e di interagire con le stesse (senza che ciò implichi, naturalmente, alcun obbligo, per converso, in capo al presidente o a qualsiasi *state official* di darvi ascolto o attribuirvi rilevanza): le reazioni degli utenti, sia in forma di replica sia in forma di condivisione (*retweet*) o di apprezzamento (*like*) sono del resto, esse stesse, *speech* costituzionalmente tutelato⁵⁹.

Cercando di decodificare la decisione, il messaggio che se ne ricava appare nitido e non sembra frutto di particolari forzature determinate dal contesto tecnologico di riferimento: sul web, e sui social network in particolare, le garanzie che contraddistinguono la libertà di espressione, nelle sue molteplici declinazioni, nel rapporto tra potere pubblico e individuo rimangono inalterate. Internet finisce, in questo frangente, per atteggiarsi analogamente ad altri media, imponendo che i pubblici poteri siano sottoposti alle rigorose limitazioni che il Primo Emendamento racchiude. Si assiste, semmai, a un adattamento delle categorie rilevanti, con una riconduzione all’alveo delle attività espressive delle variegate modalità di interazione disponibili agli utenti. Non entrano così in gioco, in questa vicenda, eventuali obblighi “ulteriori” e “particolari” che si impongono alla piattaforma in quanto tale, in ragione della sua eccezionalità e della capacità pressoché unica e irripetibile di tradurre in pratica il libero mercato delle idee. La dialettica, del resto, non insiste nel rapporto tra utente e piattaforma ma tra utente e potere pubblico. La giurisprudenza sembra così riconoscere che di *public forum* possa parlarsi, nel contesto di Internet, solo in presenza di uno *state actor* vincolato al rispetto

⁵⁶ Case 18-1691, p. 16.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Si coglie in questa sede un interessante richiamo alla recente pronuncia della Corte Suprema nel caso *Manhattan Community Access Corp. et al. v. Halleck et al.*, 587 U.S. ___ (2019), in cui la Corte aveva spiegato che: *«When the government provides a forum for speech (known as a public forum), the government may be constrained by the First Amendment, meaning that the government ordinarily may not exclude speech or speakers from the forum on the basis of viewpoints»*.

⁵⁹ A commento di queste vicende, peraltro, v. anche P.L. Morris-S.H. Sarapin, *You can't block me: When social media spaces are public forums*, in *First Amendment Studies*, 54(1), 2020, 52 ss.

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

del Primo Emendamento.

Pur non approfondendo un’argomentazione particolarmente dettagliata sui profili “di sistema”, relativi alle connotazioni generali delle piattaforme social, le sentenze nella vicenda che ha riguardato Trump paiono sottendere che entro questo ecosistema non si ponga un problema di generalizzata applicazione della dottrina del *public forum*⁶⁰. È questo un messaggio che esce confermato anche da un’altra vicenda per larghi tratti analoga: il caso *Davison v. Randall*, in cui la Corte d’appello per il Fourth Circuit⁶¹, con una decisione di poco precedente a quella resa dal Second Circuit in *Knight First Amendment Institute v. Trump*, ha confermato la pronuncia della Corte distrettuale dell’Eastern District della Virginia⁶². Analogamente, come detto, l’esito: la Corte ha ritenuto che sussistessero *viewpoint discrimination* in ragione della riconosciuta natura di forum pubblico della pagina Facebook della Chair Randall del Board of Supervisors della Contea di Loudoun dalla quale erano stati rimossi commenti e sospesi account riconducibili alla paternità di utenti non graditi.

La pronuncia della Corte d’appello si segnala però per un interessante inciso che potrebbe prestarsi per ragionare su implicazioni di sistema, un nodo che viene affrontato per respingere l’eccezione secondo cui, a dispetto della natura pubblica del suo utilizzo la pagina fosse ospitata da una piattaforma privata. Secondo i giudici, ferma restando l’assenza di una chiara connotazione in senso del tutto privato o pubblico di Facebook (un punto che sarebbe stato assai interessante esplorare⁶³), la circostanza che una *property* sia privata, differenziandosi dalle *government-owned property*, non vale necessariamente a escluderla dalla possibile applicazione della dottrina del *public forum*, che la giurisprudenza ha esteso anche a casi di proprietà private adibite a un uso pubblico⁶⁴. Nel caso specifico, la pagina pubblica Facebook era stata creata appositamente da Chair Randall e così giungeva a costituire un *designated public forum*, in quanto soggetta, a dispetto della natura privata della piattaforma ospitante, al potere di controllo del suo amministratore, appunto uno *state official*.

Le argomentazioni sviluppate dalla Corte d’appello si sono senz’altro avvicinate al nucleo del problema che in questa sede si vuole indagare, senza però affrontarlo direttamente e anzi, forse, eludendolo. Vi è però un dato fondamentale che sembra potersi

⁶⁰ Il che appare pienamente coerente con il contenuto della Section 230 del CDA che, come detto, esonera da responsabilità i prestatori di servizi per le attività di moderazione dei contenuti condotte in buona fede.

⁶¹ No. 17-2002.

⁶² 267 F. Supp. 3d 702 (E.D. Va. May 10, 2017). Le sentenze si sono appuntate, in questa vicenda, sulla rimozione di commenti e sospensione di account da parte della pagina pubblica Facebook gestita dalla Chair del Board of Supervisors della Contea di Loudoun, che veniva espressamente qualificata e connotata come appartenente a una figura pubblica che rivestiva un incarico politico e indubbiamente si poneva, in quella sfera, come uno *state official*.

⁶³ In realtà la Corte d’appello si è posta questo interrogativo (relegandolo però a un nota a piè di pagina...) in relazione non tanto al complessivo statuto giuridico applicabile ai social network in funzione del loro ruolo e della loro possibile connotazione come *public forum*, quanto invece in rapporto alla possibile natura proprietaria dei post e commenti pubblicati dagli utenti, argomento che, se applicato alle attività social di una pagina riconducibile a uno *state official*, sembrerebbe deporre a favore di una qualificazione come *government property*.

⁶⁴ *Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*, 473 U.S. 788 (1985).

guadagnare anche da questa vicenda: la natura privata delle piattaforme non è, di per sé, circostanza necessariamente ostativa alla possibilità di scorgere nel relativo utilizzo le connotazioni di un *public forum*. In sospeso rimane, inoltre, il nodo relativo alla definizione delle circostanze che potrebbero giustificare una siffatta equiparazione: la domanda, in altri termini, è se sia dato immaginare che anche in presenza di soggetti che non rivestono qualità di *state official* possa realizzarsi un’analogia che dipenda da circostanze oggettive, legate alla peculiarità dello strumento. In altri termini: i social network sono *public forum* soltanto quando a utilizzarli sono figure che rivestono cariche pubbliche, sulle quali è attratto “l’obbligo costituzionale” di tutelare la libertà di espressione? Oppure esistono elementi in grado di supportare, ancorché in via di fatto, una conclusione analoga anche quando si controverta di una dinamica prettamente inter-privata, non riducibile al rapporto tra poteri pubblici e cittadini?

Sgombrando il campo da ogni equivoco, nelle due vicende appena commentate⁶⁵ gli account di Twitter e Facebook interessati paiono essere un “simulacro del potere”: essi rappresentano e si identificano con attori statali, poteri pubblici indubbiamente tenuti a garantire la libertà di espressione senza operare discriminazioni di sorta fondate sul semplice contenuto delle manifestazioni di pensiero. La presenza di Facebook e Twitter rischia di equivocare, dunque, il vero nodo problematico da sciogliere, ossia se piattaforme online di natura privata possano attuare scelte di moderazione dei contenuti che potrebbero non essere consentite ai pubblici poteri, in quanto direttamente vincolati dal Primo Emendamento. Se quest’ultimo “filtra”, superando la barriera legata alla natura privata dei social network, laddove i profili rilevanti appartengano ad attori statali, vi è da chiedersi se abbia eguale possibilità di penetrare nell’alveo delle relazioni prettamente private che intercorrono non più tra pubblici poteri e cittadini bensì tra cittadini e soggetti privati che sembrano sempre più atteggiarsi e agire, tuttavia, alla stregua di poteri.

5. PragerU e la dimensione “prettamente orizzontale”. Il possibile ricorso alla *state action doctrine*

Nel tentativo di formulare un giudizio sulla giurisprudenza delle corti statunitensi che

⁶⁵ Invero, non si tratta delle uniche occasioni in cui la giurisprudenza si è occupata, in terra statunitense, di questa tematica, addivenendo a conclusioni non sempre convergenti. Tra le altre, merita ricordare: *Morgan et al v. Bevin*, 298 F. Supp. 3d 1003 (E.D. Ky. 2018), decisione della Corte distrettuale dell’Eastern District del Kentucky che è approdata a conclusione opposta, sostenendo che sulle piattaforme online i *public officers* possono limitare il proprio uditorio senza per questo violare il Primo Emendamento; *Campbell v. Reisch*, No. 19-2994 (8th Cir. 2021), sentenza della Corte d’appello dell’Eight Circuit che ha stabilito che la scelta di una deputata dello stato del Missouri di bloccare un utente da Twitter non fosse contraria al Primo Emendamento, sull’assunto che l’account adoperato non fosse utilizzato per *governmental activity* (e che, pertanto, essa non lo utilizzasse *under the color of state law*), a differenza dei casi *Trump* e *Davison*, e non fosse pertanto inteso a funzionare come un *public forum*; la pronuncia *Robinson v. Hunt County*, 2019 WL 1594319 (5th Cir Apr. 15, 2019), in cui la Corte d’appello per il Fifth Circuit ha giudicato contraria al Primo Emendamento la “censura” operata su alcuni contenuti pubblicati sulla pagina ufficiale Facebook dello sceriffo della contea di Hunt, nonostante un *disclaimer* secondo il quale gli utenti erano invitati a pubblicare input e commenti positivi in relazione a temi di pubblico interesse ma la pagina non costituiva un *public forum*.

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

si è illustrata nel paragrafo che precede, si può rilevare che le decisioni finora prodotte appaiono portatrici di una impostazione fortemente formalistica rispetto alla verifica e all'interpretazione delle condizioni che fanno di un account di un social network un *public forum*. Tale ricerca è imperniata, come si è messo in evidenza, sull'accertamento di un controllo riconducibile a un soggetto pubblico anche in presenza di una piattaforma di natura privata. Occorre però domandarsi se non si tratti di una lettura eccessivamente “notarile”, che rischia di trascurare il fatto che le odierne piattaforme digitali non sono state create da attori pubblici ma, pur nate per scopi commerciali, rispondono comunque alle stesse finalità ultime per le quali i pubblici poteri hanno creato o designato *public forum*: consentire lo scambio di idee, opinioni e contenuti.

Sebbene l'assimilazione tra social network e *public forum*, proprio per la diversa matrice “storica” di queste categorie, non rappresenti necessariamente un risultato desiderabile (anzi, agli occhi di chi scrive si tratterebbe di un esito denso di criticità), sembrerebbe che, se si pone mente alla *ratio* sottostante a tale ultima categoria, l'esigenza di limitare la possibilità per i pubblici poteri di praticare delle *viewpoint discrimination* sia collegata alla particolare apertura garantita “per vocazione” da quei luoghi che sono qualificati per l'appunto come *public forum* e che assicurano per la natura loro propria degli spazi di libertà. L'interrogativo che sorge da queste considerazioni è se la mera circostanza che si tratti di spazi privati basti a privare gli individui delle tutele di cui gli stessi invece godono, in via generale e indifferentemente dal mezzo utilizzato, nel rapporto con i pubblici poteri. In altri termini, è possibile “traslare” le garanzie che tutelano l'individuo da possibili *viewpoint discrimination* dal rapporto con i poteri pubblici per proiettarle e introiettarle in quello che li avvince con i nuovi “poteri privati”?

Questa domanda impone di considerare la misura entro cui la definizione di poteri privati racchiuda un significato genuinamente normativo, a dispetto del diffuso e forse disinvolto ricorso a questa metafora, che simboleggerebbe la disponibilità di un potere di mercato così significativo da poter influenzare in misura apprezzabile anche i diritti e le libertà individuali⁶⁶.

Indicazioni utili, in questa prospettiva, sembrano potersi cogliere nella sentenza *Prager University v. Google LLC* (oltre, “*PragerU v. Google*”)⁶⁷ ove, a differenza della giurisprudenza già citata *supra*, la Corte d'appello del Ninth Circuit ha avuto la possibilità di esprimersi su un quadro spurio della presenza di soggetti riconducibili a *state officials*, in

⁶⁶ Il tema è particolarmente dibattuto nell'ambito della letteratura che si è occupata di trasparenza algoritmica, anche in relazione all'art. 22 del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). Solo per alcune coordinate, si rinvia a C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in DPCE, fascicolo speciale, maggio 2019, 101 ss.; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 63 ss.; F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge (MA), 2015; T. Zarsky, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, in *Science, Technology & Human Values*, 41(1), 2016, 118 ss.; D.K. Citron-F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process For Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, 1 ss.; D.K. Citron, *Technological Due Process*, in *Washington University Law Review*, 85(6), 2008, 1249 ss.; G. De Gregorio, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, in *European Journal of Legal Studies*, 11(2), 2019, 65 ss.

Merita inoltre una segnalazione la recente proposta della Commissione europea, del 21 aprile 2021, per l'adozione di un regolamento che definisce un approccio europeo sull'Intelligenza Artificiale.

⁶⁷ Case No. 18-15712.

quanto tali vincolati dal Primo Emendamento. In questa vicenda il nodo non riguarda la conformità alla *free speech clause* delle condotte poste in essere da attori pubblici, ma si innesta direttamente sul rapporto privato tra utente (in questo caso, una persona giuridica, la Prager University) e piattaforma. La categoria che è stata chiamata in causa in questa sede allo scopo di verificare la possibile estensione a soggetti privati dei vincoli costituzionali (e in particolare del Primo Emendamento), nel tentativo di “normativizzare” quel richiamo ai “poteri privati”, è quella della *state action*.

La dottrina in parola vanta origini antiche e affonda le sue radici nel costituzionalismo statunitense, nella profonda matrice libertaria che caratterizza questo ordinamento, che si è giuridicamente tradotta nell’intendimento del *bill of rights* come un predicato della forma di stato, codificante situazioni giuridiche azionabili nei confronti dell’autorità pubblica, non anche al cospetto di altri attori privati. Non sono tuttavia mancate, sul piano dottrinale, ricostruzioni inclini a riconoscere un’efficacia orizzontale indiretta ai diritti costituzionalmente tutelati⁶⁸; così come, del resto, sembra temperare il rigore di questa impostazione il fatto che la giurisprudenza abbia riconosciuto la possibilità di estendere il novero degli *state actor* anche a soggetti privati, ancorché in via di eccezione e laddove investiti da funzioni tradizionalmente ed esclusivamente affidate ad attori pubblici⁶⁹.

Dunque, la qualificazione come *state actor*, ipotizzabile per via del collegamento con l’assolvimento di funzioni tipicamente riservate ai poteri pubblici, diventa il “grimaldello” per cercare di “forzare” le resistenze a una estensione della *free speech clause* nei rapporti tra privati, e segnatamente tra social network e utenti.

Questa è stata la via, almeno in prima battuta, sperimentata anche in *PragerU v. Google*⁷⁰, anche se le difficoltà a fare breccia erano immaginabili alla luce delle conclusioni che la Corte Suprema aveva raggiunto pochi mesi prima, nel giugno 2019, nel caso *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*⁷¹, seppure in una vicenda non del tutto analoga⁷². In questa sentenza, la Corte Suprema ha stabilito che l’operatore di televisione via cavo cui sia stata affidata per legge la gestione del servizio con l’obbligo di trasmettere ca-

⁶⁸ Si legga in proposito S. Gardbaum, *The Horizontal Effect of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 102, 2003, 387 ss.

⁶⁹ Cfr. per esempio *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974).

⁷⁰ Per una disamina accurata della rilevanza della *state action doctrine* nel caso in commento cfr. D. Zecca, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2020, 340 ss.

⁷¹ 587 U.S. ____ (2019). In tema cfr., volendo, la ricostruzione operata in M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, cit., 235 ss.; nonché il commento di D. Zecca, *I canali a pubblico accesso non sono un public forum: i perché di un’occasione persa*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2020, 270 ss. Nella dottrina statunitense, tra gli altri, si v. E. Goldman, *Private Publishers Aren’t State Actors—Manhattan Community Access v. Halleck*, in *erigoldman.org*, 26 giugno 2019; A. Howe, *Opinion analysis: Court holds that First Amendment does not apply to private operator of public-access channels*, in *SCOTUSblog*, 17 giugno 2019.

⁷² La sentenza ha comunque avuto il merito di rinvigorire il dibattito in materia; prima che i commentatori tornassero a occuparsene più di recente (si v. K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1598 ss.; Jonathan Peters, *The “Sovereigns of Cyberspace” and State Action: The First Amendment’s Application (or Lack Thereof) to Third-Party Platforms*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 32, 2017, 989 ss.) sul tema si era soffermato, in tempi non sospetti, anche P.S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to ‘Private’ Regulation*, in *U. Colo. L. Rev.*, 71, 2000, 1263 ss.

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

nali ad accesso pubblico non è soggetto al vincolo del Primo Emendamento. Secondo la Corte, «*merely hosting speech by others is not a traditional, exclusive public function and does not alone transform private entities into state actors subject to First Amendment constraints*»⁷³. Per quanto si trattasse di un caso non direttamente inerente al ruolo delle piattaforme online, il principio di diritto e l’affermazione da ultimo ricordata sembrano segnare un atteggiamento di netta chiusura a una troppo disinvolta estensione della nozione di *state actor*, anche se la circostanza che la decisione sia stata assai combattuta (adottata con un solo voto favorevole in più dei contrari) potrebbe lasciare presupporre futuri margini di discussione sul tema.

Con questa pesante ipoteca della Corte Suprema, però, era difficile immaginare che la Corte d’appello del Ninth Circuit potesse sposare un risultato di segno opposto. E non a caso l’esito, forse scontato, della controversia ha visto rigettare il tentativo di far qualificare YouTube alla stregua di uno *state actor* onde ottenere una pronuncia che dichiarasse contraria al Primo Emendamento la scelta da questi operata di collocare alcuni contenuti pubblicati dalla Prager University sul proprio canale in un’area ad accesso riservato, in modo da impedirne la visualizzazione nell’ambito delle ricerche “pubbliche” effettuate dagli utenti.

La Corte d’appello si diffonde in una serrata critica alle argomentazioni svolte a questo scopo, ricordando come la storica sentenza *Marsh v. Alabama*, evocata da Prager University, non avesse affermato che «*any private property owner “who operates its property as a public forum for speech” automatically becomes a state actor who must comply with the First Amendments*»⁷⁴. Nel caso *Marsh v. Alabama*⁷⁵, infatti, il soggetto privato titolare della *company town* risultava proprietario di tutte le strutture ed esercitava tutte le funzioni tipiche di un ente pubblico. In ogni caso, la stessa Corte Suprema, con alcune pronunce successive⁷⁶ si è adoperata per mantenere un’interpretazione restrittiva onde evitare che la nozione di *state actor* potesse essere applicata con eccessiva generosità anche rispetto all’ambito privato.

Il passaggio forse più significativo si coglie però nella affermazione per cui nemmeno la sentenza della Corte Suprema nel caso *Packingham* giova alla causa dell’estensione della *state action doctrine*. Così, i timori di Alito sembrano finalmente dissipati: secondo la Corte d’appello, «*[a]lthough Packingham spoke of “cyberspace” and “social media in particular” as “the most important places ... for the exchange of views” in modern society, [...] Packingham did not, and had no occasion to, address whether private social media corporations like YouTube are state actors that must regulate the content of their websites according to the strictures of the First Amendments*»: metaforicamente, si tratta di un colpo di grazia rispetto a ogni velleità di equiparazione che potesse sorreggersi su quella pur importantissima sentenza, il cui significato non deve essere perciò travisato⁷⁷. Gli *obiter dicta* tanto temuti da Justice Alito

⁷³ 587 U.S. ___ (2019), spec. 10.

⁷⁴ Case 5:17-cv-06064-LHK, p. 18.

⁷⁵ 326 U.S. 501 (1946).

⁷⁶ Cfr. *Amalgamated Food Employees Union Local v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968); *Hudgens v. N.L.R.B.*, 424 U.S. 507, 513 (1976); *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972); *Flagg Bros., Inc. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 158 (1978).

⁷⁷ Peraltro già la sentenza della Corte distrettuale del Southern District del Texas nel caso *Nyabwa v.*

non sembrano così aver mietuto vittime.

Nell'interpretazione della Corte d'appello, mancano totalmente possibili punti di contatto tra un prestatore di servizi come YouTube e ciò che nel diritto costituzionale statunitense rappresenta uno *state actor*: non vi sarebbe alcuna partecipazione a quel novero limitato di funzioni che sono tradizionalmente riservate in via esclusiva allo Stato; al contrario, queste piattaforme non sono altro che soggetti privati che adottano decisioni in merito alla pubblicazione di contenuti di terzi sul proprio sito. A supporto di questa netta chiusura, la Corte d'appello menziona anche una serie di decisioni di varie corti distrettuali che hanno negato la qualificazione dei prestatori di servizi come *state actors*, a partire dal celebre caso *Cyber Promotions v. AOL*⁷⁸.

Se questo è il quadro di riferimento, la decisione di Twitter e di Facebook di sospendere l'account personale di Donald Trump dopo i fatti di Capitol Hill offre senz'altro nuovi spunti di riflessione. Quella in parola è una vicenda ancora diversa, in cui il "silenzia-mento" non segue la logica delle decisioni *Knight Institute v. Trump* e *Randall v. Davison*, dove era uno *state official* ad aver interferito arbitrariamente con la libertà di espressione degli individui; né tantomeno può ricondursi alle decisioni appena ricordate, incentrate sulla possibilità di ridurre il margine di moderazione dei contenuti di un "potere privato" alla luce della sua pretesa (ma smentita) natura quasi-pubblicistica. Nel caso più recente, invece, il problema concerne la possibilità per un soggetto privato di incidere su uno dei canali di esercizio della libertà di espressione di un attore pubblico. Come si è visto, la giurisprudenza statunitense sembra essere giunta ad approdi alquanto saldi, per quanto la Corte Suprema non abbia ancora avuto modo di pronunciarsi direttamente sul punto (con l'eccezione, già ridimensionata, del caso *Packingham*): se il Primo Emendamento è una tutela a garanzia dei cittadini nel rapporto con i pubblici poteri, nessuna pretesa potrà essere avanzata rispetto alle scelte compiute da operatori privati che non si qualificano come *state actor* né danno vita a un *public forum*.

Questo fermento non sembra però esser sfuggito a Justice Thomas che, nel redigere una *concurring opinion* all'*order* con cui, a seguito dell'investitura di Biden come nuovo Presidente degli Stati Uniti d'America, la Corte Suprema si è spogliata della materia del contendere nel caso *Knight Institute v. Trump*, ha messo in luce come la vicenda dell'oscuramento degli account appartenuti a Donald Trump, se letta in controluce con la pronuncia da ultimo citata, riveli una trama più complessa; essa indica, infatti, l'esistenza di uno sbilanciamento di potere tra la posizione di Twitter e Facebook, in grado di paralizzare l'attività social dell'allora Presidente, e quella di quest'ultimo, impossibilitato a condizionare con eguale efficacia i propri *followers*. Nella ricostruzione di Thomas⁷⁹,

Facebook, 2018 WL 585467 (S.D. Tex. Jan. 26, 2018) aveva colto esattamente questo punto, smentendo il valore normativo della metafora enunciata dalla Corte Suprema e sottolineando che: «*the Court did not declare a cause of action against a private entity such as Facebook for a violation of the free speech rights protected by the First Amendment*».

⁷⁸ 948 F. Supp. 436 (E.D. Pa. 1996). Ma si v. anche *Howard v. Am. Online, Inc.*, 208 F.3d 741 (3d Cir. 2000) e le più recenti *Njabwa v. Facebook*, cit.; *Shulman v. Facebook.com*, 2017 WL 5129885 (D.N.J. Nov. 6, 2017); *Kinderstart.com LLC v. Google, Inc.*, 2007 WL 831806 (N.D. Cal. Mar. 16, 2007); *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622 (D. Del. 2007).

⁷⁹ A commento della *concurring opinion* di Justice Thomas si v. M. Monti, *La Corte Suprema Statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE on line*, in corso di pubblicazione. Si v. anche R. Krishnan, *The Pitfalls of Platform*

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

proprio la concentrazione di un potere così rilevante come quello di *deplatforming* in capo a operatori privati motiverebbe la ricerca di categorie in forza delle quali riqualificare questi soggetti ed escluderne la possibilità di incidere unilateralmente sulla libertà di espressione. Tra le opzioni a suo dire praticabili, Justice Thomas individua il ricorso alla categoria dei *common carrier* e a quella, alternativa, dei *places of public accommodation*⁸⁰. Entrambe le dottrine permetterebbero di stabilire per via legislativa quel *right to exclude* che tanto pare sbilanciare i rapporti di forza nell’ecosistema digitale⁸¹. Questa lettura sembra però svalutare l’importanza che la Section 230 CDA ha avuto nel corso del tempo come leva normativa per esonerare da conseguenze i prestatori di servizi rispetto all’attività di moderazione.

Allo stato attuale, però, soprassedendo sulla *concurring opinion* (non vincolante) di Justice Thomas, lo scenario giurisprudenziale descritto in premessa sembrerebbe lasciare uno spazio pressoché nullo per ogni pretesa che Trump dovesse avanzare nei confronti di Twitter o Facebook, tanto più ora che egli è tornato (ma è un passaggio davvero scontato?) a essere un privato cittadino “qualunque”⁸².

Peraltro, anche a voler prescindere dal dibattito sulla qualificazione giuridica dei social network, autorevole dottrina⁸³ ha argomentato in modo senz’altro condivisibile che nel caso di specie le esternazioni di Trump travalicassero i limiti del Primo Emendamento, costituendo *fighting words* incitanti all’odio e alla violenza⁸⁴. Sicché, a rigore, neppure potrebbe porsi un problema di tutela della libertà di espressione. Ad analoga conclusione si potrebbe pervenire esaltando la dimensione privatistica delle piattaforme online e reclamando la loro libertà, assicurata dalla Section 230 CDA nell’ordinamento statunitense⁸⁵, di effettuare una moderazione (in buona fede) dei contenuti di terzi; o

Analogies in Reconsidering the Shape of the First Amendment, in *knightsolumbia.org*, 19 maggio 2021.

⁸⁰ Infatti, nella visione di Justice Thomas, 593 U. S. ____ (2021), spec. 4: «*If part of the problem is private, concentrated control over online content and platforms available to the public, then part of the solution may be found in doctrines that limit the right of a private company to exclude.*»

⁸¹ In particolare, la categoria dei *common carriers* indica quegli operatori di servizi essenziali rispetto ai quali storicamente si è imposto per via legislativa un obbligo di servizio universale (*to serve all comers*), scelta che sottrae l’attività dei soggetti rilevanti a logiche di mercato e dunque all’equilibrio economico ma che contempla una remunerazione del sacrificio occasionato dalla necessità di operare in condizioni anche anti-economiche a carico del pubblico. La somiglianza tra le piattaforme digitali e questi operatori sarebbe, ad avviso di Justice Thomas, particolarmente visibile, soprattutto avendo riguardo a quei soggetti che agiscono in condizioni pressoché di monopolio o di oligopolio, data l’assenza di alternative comparabili a causa anche della forte concentrazione di potere di mercato.

⁸² Qualche dubbio potrebbe nascere dalla recente costituzione di un ufficio ad hoc (si v. il sito www.45office.com), The Office of Donald J. Trump...

⁸³ Così M. Manetti, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit.

⁸⁴ *Amplius* in tema cfr. M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, 24, 2003, 1523 ss. Per una disamina comparata in tema di *hate speech*, si v. L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione: l’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009.

⁸⁵ Non va peraltro dimenticato che la decisione di Twitter e Facebook è giunta dopo che mesi addietro Trump aveva adottato un discusso Executive Order che mirava a riformare la disciplina sulla responsabilità dei prestatori di servizi affidato alla *Good Samaritan clause* della Section 230 CDA. Al di là del merito delle proposte di riforma, già ampiamente dibattute da tempo in dottrina, deve essere evidenziato come tale proposta non fosse estranea a una forte contrapposizione di carattere anche personalistico tra l’allora presidente e i social network. Sulle varie sfaccettature di questa vicenda cfr., tra gli altri, i commenti di M. Monti-A. Venanzoni, *Il tramonto della frontiera digitale? Note a prima lettura dell’executive order del 28*

ancora evidenziando come resterebbero comunque disponibili, per l'esercizio di questa libertà, canali alternativi a quelli oggetto del *ban*.

Se tutto questo è vero, non può però sfuggire al giurista l'eccezionalità di questa situazione, in cui a un soggetto privato sia rimesso un potere così importante come quello di limitare (financo, volendo, a propria discrezione) la capacità di esternare manifestazioni di pensiero di attori pubblici: al di là di ogni giudizio di valore, è questo un enorme *elephant in the room* che non può non interrogare per primi i costituzionalisti, in Europa come negli Stati Uniti, a fronte delle importanti riforme che potranno prendere corpo nei mesi a venire in questo campo. Una questione, invero, che sembra porsi in ogni caso, anche a voler prescindere dalla possibile configurazione di quello che è stato efficacemente descritto come “un diritto di *post*”⁸⁶.

6. Dall'altra sponda dell'Atlantico: il dibattito in Europa e in Italia

Se la giurisprudenza statunitense è apparsa opporre una netta chiusura rispetto a una possibile estensione con effetti orizzontali del Primo Emendamento, complice soprattutto un'interpretazione restrittiva della *state action doctrine*, l'Europa non pare aver compiuto particolari avanzamenti nonostante sia stata la “culla” della teoria della *Drittwirkung*⁸⁷, che acconsente a riconoscere un'efficacia con effetti indiretti orizzontali alle norme costituzionali⁸⁸; e a dispetto del fatto che le disposizioni convenzionali e costituzionali di riferimento lascino un margine più ampio, utilizzando una formulazione improntata al riconoscimento di diritti e non solo al divieto di interferenze⁸⁹. Se è vero che anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che si è esercitata sull'art. 10 CEDU ha riconosciuto, in alcuni casi, la sussistenza di *positive obligations* in capo agli Stati contraenti, con risultati pratici in parte analoghi, sostanzialmente, a quelli propri di un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, è soprattutto la Corte di giustizia ad aver dimostrato una sensibilità più spiccata rispetto all'*enforcement* con effetti orizzontali di alcuni diritti, *privacy* su tutti. Il caso forse più noto e al contempo evidente di questo processo è quello del diritto alla deindicizzazione dai motori di ricerca, che

maggio 2020 emanato per prevenire la censura online da parte dei social media, in *Diritti Comparati*, 8 giugno 2020; G. De Gregorio-R. Radu, *Trump's Executive Order: Another Tile in the Mosaic of Governing Online Speech*, in *medialaws.eu*, 6 giugno 2020 nonché G. Casavola, *L'executive order di Trump e l'Internet che nessuno vorrebbe*, *ivi*, 22 giugno 2020. Cfr. anche G.F. Ferrari, *L'executive order sulla prevenzione della censura online: quali effetti sull'autonomia dei social network?*, in *DPCE on line*, 2, 2020, 1145 ss.; V. Azzollini, *Cose ci dice il caso Trump sulla natura di Internet e dei social media*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 giugno 2020.

⁸⁶ Così C. Melzi d'Eril-G.E. Vigevani, *Facebook vs. Casapound: un social network è davvero un servizio pubblico?*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 dicembre 2019.

⁸⁷ Per una comparazione tra Europa (e in particolare Germania) e Stati Uniti, cfr. P. Quint, *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*, in *Maryland Law Review*, 48, 1989, 247 ss.

⁸⁸ A partire dal celeberrimo caso *Lith* deciso dal Tribunale costituzionale federale tedesco, BverfGE 7, 198 (1958).

⁸⁹ In tal senso sembra deporre anche M. Betzu, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, cit., p. 131, richiamando peraltro C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, nt. 61.

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

risale alla celeberrima pronuncia *Google Spain*⁹⁰. Questa vicenda rivela un tentativo⁹¹ di estendere orizzontalmente l'applicazione delle norme a tutela dei dati personali. L'elemento di particolare innovatività ma al contempo anche di criticità di questa decisione riguarda però la scelta di affidare il compito di bilanciare i contrapposti interessi (la tutela della privacy e dei dati personali, da un lato; la libertà di informazione, dall'altro) a un operatore privato, tema che dischiude, come è stato notato, l'assunzione di un ruolo paracostituzionale da parte del motore di ricerca⁹².

Svolta questa premessa, è importante evidenziare come il quadro normativo vigente nell'Unione europea, ormai prossimo a un processo di riforma, ponga inevitabilmente una maggiore pressione in capo ai prestatori di servizi rispetto all'attività di moderazione di contenuti. Se, infatti, la Section 230 CDA ha tradotto la scelta di una esenzione pressoché generale (che soffre di limitate eccezioni) che mette al riparo gli operatori da qualsiasi conseguenza connessa alla scelta di moderare in buona fede determinati contenuti rimuovendoli ovvero mantenendoli online (la c.d. *Good Samaritan clause*), analogo “scudo” non trova corrispondenza in Europa dove la disciplina in materia si conforma al ben più temperato paradigma *notice and take down* ispirato dalla normativa statunitense in materia di tutela del diritto d'autore. Nell'attribuire ai prestatori una responsabilità, ancorché soltanto in via mediata, per il caso di mancata rimozione di contenuti illeciti di cui si abbia avuta conoscenza effettiva, sembra sfumare quella neutralità di fondo che caratterizza il sistema statunitense⁹³ e che poteva fondare un atteggiamento di sostanziale indifferenza rispetto all'esercizio dell'attività di moderazione, purché svolta in buona fede: in Europa esistono, innegabilmente, maggiori incentivi alla rimozione di contenuti, che può diventare finanche doverosa per i prestatori di servizi. Questa differenza nei meccanismi che governano la responsabilità delle piattaforme pare costituire un riflesso del diverso sentire proprio dei rispettivi ordinamenti con riguardo alla tutela della libertà di espressione⁹⁴. Ciò non toglie che anche in Europa i prestatori di servizi non sono formalmente vincolati dalle previsioni costituzionali rilevanti, potendo così ipoteticamente introdurre policy di moderazione dei contenuti più stringenti rispetto alle regole previste dall'ordinamento che identificano i contenuti illeciti. Viene così preservata, sembra, la possibilità che si determini un “differenziale” legato alla eventuale divergenza tra policy di moderazione (più restrittive) e regole ordinamentali⁹⁵.

⁹⁰ CGUE, C-131/12 (2014).

⁹¹ Era la direttiva 95/46/CE, allora vigente, ed è ora il regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) a stabilire in capo all'interessato i cui dati personali siano oggetto di trattamento da parte del titolare il diritto alla cancellazione. Si può dire che la Corte di giustizia, nella sentenza appena ricordata, è stata in grado di applicare a soggetti diversi da quelli che trattano direttamente i dati sui loro siti sorgente in quanto editori, ossia ai motori di ricerca, regole istitutive di diritti in capo agli interessati già per vero vigenti ma mai ritenute suscettibili di *enforcement* in quella direzione.

⁹² Così O. Pollicino, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014.

⁹³ A tacere, peraltro, delle forzature giurisprudenziali che hanno portato alla luce la figura “ibrida”, non oggetto di codificazione normativa, del c.d. *provider* attivo.

⁹⁴ In questi termini, volendo, M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, cit., 107 ss.

⁹⁵ Si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui all'interno delle condizioni di servizio, e dunque sul piano contrattuale, si faccia ricorso a una terminologia eccessivamente aperta e generica per delimitare fattispecie (che pur potrebbero avere un corrispondente normativo) che legittimano la rimozione di contenuti o ancora la disattivazione del servizio, come per esempio quella, già di per sé problematica,

Nonostante la differenza tra i meccanismi insiti nella disciplina di riferimento, il problema che sembra porsi in Europa e negli Stati Uniti è analogo: possono i social network “censurare” ciò che non sarebbe (necessariamente) vietato dalla legge dello Stato?

Per rispondere a questa domanda è necessario, ancora una volta, verificare la sensibilità dimostrata dalla giurisprudenza in relazione allo statuto giuridico dei social network, da cui discendono rilevanti implicazioni sull'estensione dei “poteri censori” di cui sono muniti.

A livello comparato, prima di entrare nel merito della casistica nazionale, merita segnalare una importante presa di posizione del Bundesverfassungsgericht che, nel maggio 2019, ha ordinato a Facebook di ripristinare l'accesso alla pagina di un partito politico di estrema destra che era stata oggetto di oscuramento pochi mesi prima che si tenessero le elezioni del Parlamento europeo⁹⁶. I giudici di prime cure investiti delle istanze cautelari, pur riconoscendo la possibilità per i diritti costituzionali di spiegare entro certe condizioni effetti indiretti orizzontali, avevano respinto il ricorso e affermato che la libertà di espressione non conoscesse comunque una protezione assoluta⁹⁷. Il Tribunale costituzionale federale, successivamente investito della questione, accoglieva invece le doglianze dei ricorrenti, evidenziando come l'opzione di ripristinare temporaneamente una pagina che un successivo giudizio di merito a cognizione piena avrebbe potuto ribaltare fosse senz'altro meno rischiosa di quella di confermare sommariamente uno *stay down* che avrebbe potuto poi essere giudicato illegittimo⁹⁸. Il Bundesverfassung-

di *hate speech*.

⁹⁶ 1 BvQ 42/19, ord. 22 maggio 2019. Per un commento, cfr. E. Tuchtfield, *Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg“*, in *verfassungsblog.de*, 26 maggio 2019.

⁹⁷ La vicenda aveva tratto origine dalla decisione di Facebook di rimuovere un articolo che era stato pubblicato il 21 gennaio 2019 sulla pagina appartenente al movimento politico Der Dritte Weg. L'articolo era infatti stato ritenuto dal social network una forma di *hate speech* contraria alle condizioni di servizio e agli standard della comunità. Contestualmente, veniva limitata la possibilità per la pagina in questione di pubblicare contenuti per un periodo di trenta giorni. In seguito, l'account veniva invece sospeso. Il partito ricorreva in sede cautelare contro la misura adottata da Facebook, eccependo la violazione dell'art. 5 della Legge fondamentale tedesca, che garantisce la libertà di espressione, anche in combinazione con altre previsioni a tutela del pluralismo politico. Si invocava, dunque, una efficacia indiretta con effetti orizzontali di tali norme costituzionali nel rapporto interprivato tra Facebook e il partito politico. Tale efficacia non è stata messa in discussione nemmeno dai giudici che hanno rigettato la domanda cautelare, i quali hanno però ritenuto che il social network avesse correttamente fatto applicazione degli obblighi scaturenti dal NetzDG (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*), ossia la legge tedesca per migliorare la tutela dei diritti sui social network entrata in vigore il 1 ottobre 2017 (di cui è disponibile la traduzione italiana a cura di G. Giannone Codiglione in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2017, 185 ss.), in quanto il contenuto apparso sul sito era stato giudicato integrare la fattispecie di istigazione all'odio punita dalla § 130 del StGB (il codice penale tedesco, *Strafgesetzbuch*). A proposito del NetzDG, si v. tra gli altri i commenti di S. Theil, *The German NetzDG: A Risk Worth Taking?*, in *verfassungsblog.de*, 8 febbraio 2018 e M. Hong, *The German Network Enforcement Act and the Presumption in Favour of Freedom of Speech*, ivi, 22 gennaio 2018. Cfr. anche V. Claussen, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2018, 110 ss.

⁹⁸ Il ragionamento del Tribunale costituzionale federale pare così maggiormente incentrato sul *periculum* che un atto di censura privata come quello messo in atto da Facebook avrebbe potuto determinare rispetto all'esercizio della libertà di espressione ma anche (e forse soprattutto) in relazione al regolare svolgersi dell'allora imminente competizione elettorale in condizioni di garanzia del pluralismo politico. Vale peraltro la pena precisare che l'ordine del Bundesverfassungsgericht ha riguardato esclusivamente il ripristino della pagina Facebook, mentre il Tribunale non ha messo in discussione la correttezza della rimozione dell'articolo.

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

sgericht giungeva a questa conclusione non senza aver osservato come Facebook, in funzione delle sue caratteristiche di mercato, costituisse uno spazio di particolare importanza per il mutuo scambio di espressioni; così da evincere che negarne l'accesso a un partito politico, soprattutto nel contesto di una campagna elettorale, avrebbe significato privare quest'ultimo di una *essential facility* per la divulgazione delle proprie idee. In tempi recenti, anche la giurisprudenza italiana si è espressa sul tema, soprattutto in un trittico di pronunce del Tribunale di Roma⁹⁹ che sembrano timidamente affrontare il nodo legato alla pretesa qualificazione meramente privatistica del rapporto tra utenti e social network ma che hanno partorito esiti tra loro differenti¹⁰⁰. Al centro di queste controversie si colloca la decisione di Facebook di disattivare le pagine appartenenti alle associazioni di stampo politico di estrema destra Forza Nuova e CasaPound (e quelle personali dei relativi amministratori). Il nucleo critico comune a questi provvedimenti riguarda la rilevanza delle condizioni d'uso e dunque del regolamento contrattuale in essere tra gli utenti e Facebook e il rapporto tra i predetti termini di servizio e le norme dell'ordinamento interno e sovranazionale. Ai fini che qui rilevano, è importante mettere in luce come le pronunce in parola falliscano nell'obiettivo di consegnare una ricostruzione coerente non solo dello statuto giuridico dei social network ma anche del valore precettivo delle loro condizioni d'uso. Si deve peraltro ricordare che, come gran parte della giurisprudenza in questa materia, le decisioni in commento sono state rese in sede cautelare, circostanza che non pare aver agevolato una elaborazione del tutto compiuta e matura sul ruolo dei prestatori di servizi.

Come è noto, le tre ordinanze del Tribunale di Roma¹⁰¹ sono giunte a conclusioni opposte: ritenendo, in un caso - quello che interessava CasaPound - che l'oscuramento della pagina fosse illegittimo e, nell'altro, che riguardava Forza Nuova, che l'intervento

⁹⁹ Trib. Roma, sez. impresa, ord. 12 dicembre 2019, confermata poi, in sede di reclamo cautelare, dall'ordinanza collegiale Trib. Roma, sez. impresa, 29 aprile 2020 (caso *CasaPound c. Facebook*); Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 23 febbraio 2020 (caso *Forza Nuova c. Facebook*). Per un'accurata disamina delle sentenze e dei loro vari profili si v. O. Grandinetti, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2021, 173 ss. Cfr. anche C. Caruso, *La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*, in *sidiblog.it*, 20 gennaio 2020 e la “replica” di P. De Sena-M. Castellaneta, *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, ivi, 20 gennaio 2020. Cfr. ancora P. Zicchittu, *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2020, 81 ss.; R. Bin, *Casa Pound vs. Facebook: un'ordinanza che farà discutere*, in *lacostituzione.info*, 15 dicembre 2019; A. Venanzoni, *Pluralismo politico e valore di spazio pubblico della piattaforma social Facebook: la vicenda CasaPound*, in *Diritto di Internet*, 12 dicembre 2019; P. Villaschi, *Facebook come la RAI? Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso CasaPound c. Facebook*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020, 430 ss.

¹⁰⁰ Evidenziano l'assenza completa di sintonia tra le decisioni in commento C. Melzi d'Eril-G.E. Vigevani, *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook: giudice che vai, soluzione che trovi*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 febbraio 2020.

¹⁰¹ Giova osservare che le ordinanze in parola sono state emanate da sezioni diverse, rispettivamente dalla sezione impresa e dalla sezione tutela dei diritti e immigrazione. Non è dato, naturalmente, comprendere se la differente “specialità” dei giudici assegnatari delle reg Giudicande abbia potuto in qualche modo giocare un ruolo ma si tratta di un dato che merita forse di essere registrato. Per una lettura critica dell'atteggiamento giurisprudenziale nel campo della responsabilità de prestatori di servizi mi permetto un rinvio, volendo, a M. Bassini, *Mambo Italiano: the perilous Italian way to ISP liability*, in B. Petkova-T. Ojanen (eds.), *Fundamental Rights Protection Online. The Future Regulation of Intermediaries*, Cheltenham-Northampton, 2020, 84 ss.

di Facebook fosse non solo legittimo ma neanche doveroso. L'eterogeneità degli esiti partoriti da queste decisioni pare indicativa di una generale incertezza in merito allo statuto giuridico delle piattaforme e alla ricostruzione del loro ruolo nella sfera pubblica digitale. Al di là delle differenze sull'interpretazione delle fonti richiamate e di quelle derivanti dalle irripetibili peculiarità di ciascun caso, la divergenza di vedute sembra riconducibile, almeno in parte, al diverso grado di compenetrazione delle norme costituzionali e dei vincoli che esse pongono rispetto al regolamento contrattuale in essere tra soggetti privati. Il divario è così visibile che sembra possibile disporre questi provvedimenti secondo un *climax*. Dapprima, infatti, nell'ordinanza del dicembre 2019, il Tribunale di Roma ha espressamente sostenuto che il servizio di Facebook, vantando oltre 2,8 miliardi di utenti ed essendo accessibile tramite diversi canali, riveste un «ruolo centrale e di primaria importanza» che attribuisce al suo gestore una «speciale posizione». Da questa speciale posizione la sezione impresa ha tratto la conclusione per cui il rapporto tra Facebook e gli utenti «non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi» perché comporta che il social network «nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente». Il rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali, infatti, costituisce secondo il Tribunale «a[d] un tempo condizione e limite nel rapporto con gli utenti». Il giudice qualifica così, in via di fatto, Facebook come un servizio pubblico, pur senza ammetterlo espressamente, con tutto quanto ne deriva sul piano dei principi applicabili¹⁰². La motivazione di questa scelta si nutre peraltro anche di risultanze empiriche, legate alla peculiarità dell'associazione politica ricorrente: ad avviso del Tribunale, l'esclusione dalla comunità di Facebook si risolve in una estromissione dal dibattito politico¹⁰³, che frustrerebbe l'attuazione del principio del pluralismo partitico che si ricava dall'art. 49 Cost. Si sarebbe così realizzata un'estensione orizzontale, lungo il rapporto privato tra utente e social network, delle norme costituzionali che si fanno limite all'autonomia privata.

Le importanti affermazioni contenute nell'ordinanza monocratica non sembrano però essere state messe a profitto, tanto che in sede di reclamo, pur confermando l'illegit-

¹⁰² Mette bene in evidenza il punto, e soprattutto l'incongruenza di tale conclusione, con le conseguenze in termini di snaturamento del ruolo di questi soggetti che ne deriverebbero, P. Villaschi, *Facebook come la RAI?*, cit., spec. 441.

¹⁰³ Peraltro, proprio la qualificazione “in via di fatto” con richiami a circostanze empiriche operata dal giudice pone il dubbio sull'effettiva sovrapponibilità tra la categoria dei social network in quanto tale e l'ambito dei prestatori di servizi che rivestono una speciale posizione. Tutti i social network sono gravati da questa speciale responsabilità, o soltanto alcuni, per esempio quelli che contano un numero particolarmente elevato di utenti? Queste considerazioni non paiono così lontane sia dagli intendimenti perseguiti da alcuni legislatori nazionali (come quello tedesco, che con la già ricordata legge nota come NetzDG, ha previsto particolari obblighi di *enforcement* per i social network con più di due milioni di utenti in Germania, rafforzando significativamente la tutela dei diritti in rete ma anche minacciando importanti sanzioni a carico dei prestatori di servizi inadempienti), sia da quelli che paiono caratterizzare il legislatore dell'Unione europea che, con la proposta di regolamento nota come Digital Services Act, già richiamata, sembra collocarsi nella direzione di una modularità di regole che istituisca obblighi più stringenti in capo alle piattaforme online “di dimensioni molto grandi” (cfr. l'art. 25 della proposta), ossia quelle che «prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni», da calcolarsi secondo una metodologia specifica. In questa direzione sembra orientarsi anche O. Grandinetti, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova*, cit., spec. 190.

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

timità dell'oscuramento, il collegio ha rivisitato l'inquadramento giuridico prospettato dall'ordinanza sottoposta a gravame, disinnescandone così il potenziale. Il Tribunale, con l'ordinanza di aprile 2020, ha sgombrato il terreno da ogni equivoco, sottolineando come il rapporto tra utenti e social network soggiaccia alle ordinarie regole civilistiche; il che non esclude l'applicazione, secondo i principi costituzionali, di limiti come l'ordine pubblico e il buon costume, che si impongono a qualsiasi manifestazione di autonomia privata¹⁰⁴. Questo passaggio ha consentito al Tribunale di svolgerne un altro in via successiva e consequenziale: la relazione tra social network e utente è equiparabile a un qualsiasi rapporto tra un soggetto che esercita la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. e una controparte-utente che può rivendicare la tutela delle sue manifestazioni di pensiero *ex art. 21* (o della sua adesione a un'associazione politica *ex art. 18*). Così, conclude il Tribunale, «la disciplina contrattuale non può lecitamente assumere come causa di risoluzione del rapporto manifestazioni del pensiero protette dall'art. 21 né consentire l'esclusione di associazioni tutelate dall'art. 18»¹⁰⁵.

Ne consegue che un soggetto privato non potrà, per via semplicemente contrattuale, trovarsi a esercitare «poteri sostanzialmente incidenti sulla libertà di manifestazione del pensiero e di associazione»¹⁰⁶. Il che significa che un social network non può pretendere la sottrazione delle regole della comunità definite dai termini di servizio da qualsiasi controllo; può, come nel caso di Facebook, prevedere cause di esclusione dalla comunità, ma occorre che queste regole siano interpretate conformemente alle leggi dello Stato, cui spetta definire limiti cogenti ed esterni. Così argomentando, e passando in rassegna tutti i riferimenti normativi vigenti, il collegio ha potuto concludere che l'ordinamento italiano non permettesse di qualificare CasaPound come un'associazione illecita, così confermando l'illegittimità dell'oscuramento¹⁰⁷. L'ordinanza collegiale soddisfa così due obiettivi altrettanto importanti: da un lato, mantiene ferma la qualificazione prettamente contrattuale del rapporto tra social network e utenti; dall'altro, riconosce un limite all'autonomia privata derivante dal rispetto dei principi costituzionali, liberando al contempo i prestatori di servizi da un compito non riducibile a una mera funzione *in-house*.

Il Tribunale di Roma aveva nel frattempo avuto occasione di pronunciarsi, tra la prima e la seconda ordinanza, anche in un'altra controversia, quella che opponeva Facebook a Forza Nuova per effetto della decisione (adottata contestualmente a quella relativa a CasaPound) di oscurarne la pagina pubblica. Il giudice si è spinto ancora oltre, affermando che Facebook non avesse soltanto titolo ad adottare la misura in parola, ma vi fosse addirittura tenuto in forza della natura illecita di questi contenuti e dell'obbligo di provvedere alla relativa rimozione che la disciplina vigente (d.lgs. 70/2003, di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico) prescrive quando il pre-

¹⁰⁴ In tema si può leggere M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.

¹⁰⁵ Così al p. 10.

¹⁰⁶ Così al p. 25.

¹⁰⁷ Non mi diffondo in questa sede sul diverso grado di apertura che le norme interne e le norme sovranazionali offrirebbero rispetto all'inquadramento delle manifestazioni di pensiero qui in discorso, rinviando alle osservazioni svolte da Corrado Caruso e Marina Castellaneta con Pasquale de Sena nei contributi già cit. su *sidiblog.it*.

statore di servizi abbia conoscenza effettiva di un illecito. In altri termini, ad avviso del Tribunale, Facebook si sarebbe dovuto considerare responsabile per la mancata rimozione della pagina qualora non si fosse adoperato, stante la natura illecita dei contenuti ivi pubblicati. L'ordinanza è tutta incentrata sulla valutazione della liceità della pagina riconducibile a Forza Nuova, mentre il ragionamento del giudice non si sofferma particolarmente sullo status di Facebook: lo si definisce un soggetto privato che svolge un'attività di indubbio rilievo sociale¹⁰⁸, il cui rapporto con gli utenti è regolato non soltanto dalle condizioni contrattuali ma anche dalla legge. La ricostruzione fattuale operata dal Tribunale, qualificando le attività compiute sulla pagina come illecite in base al quadro normativo richiamato¹⁰⁹, consente al Tribunale di dissociarsi dalla vicenda CasaPound e di ritenere corretto l'operato di Facebook, sia rispetto alle condizioni contrattuali sia rispetto all'ordinamento giuridico¹¹⁰.

Questa breve rassegna di decisioni giurisprudenziali conferma la tendenziale riluttanza delle corti italiane a sviluppare una riflessione di sistema sullo statuto costituzionale di Internet e dei social network e la preferenza per un approccio pragmatico legato anche all'apprezzamento casistico delle singole vicende. Non che questo tipo di riflessione possa dirsi agevole da percorrere, alla luce di un quadro normativo in materia ancora fermo – in Italia – al 2003 (che ha inevitabilmente causato fibrillazioni giurispruden-

¹⁰⁸ Così a p. 14, dove si parla di una “speciale posizione” di Facebook senza tuttavia – così almeno pare – che ciò sottenda alcun rilievo normativo.

¹⁰⁹ Un esito analogo si è avuto con l'ord. 22 gennaio 2021 del Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, in cui il collegio ha respinto le doglianze di due attivisti politici affiliati a CasaPound contro la rimozione dei rispettivi account Facebook occasionata dalla pubblicazione di contenuti incitanti all'odio. A giudizio del collegio, infatti, i post oggetto di condivisione da parte degli attivisti costituivano indubbiamente atti di incitamento all'odio, la cui natura illecita avrebbe potuto senz'altro essere riconosciuta a prescindere da un accertamento sulla legalità dell'associazione politica CasaPound. Proprio questa circostanza ha permesso al Tribunale di concludere che correttamente Facebook avesse provveduto alla rimozione in forza non soltanto delle disposizioni contrattuali ma anche di quelle di legge (che prevedono la responsabilità in caso di mancata rimozione di un contenuto manifestamente illecito di cui si abbia avuta conoscenza effettiva).

¹¹⁰ Nello stesso senso si era espresso, nel gennaio 2020, anche il Tribunale di Siena (Trib. Siena, ord. 19 gennaio 2020), a seguito dell'oscuramento del profilo Facebook di un soggetto riconducibile a CasaPound e della pagina da lui per via della pubblicazione di esternazioni di carattere discriminatorio. Il giudice ha riconosciuto il diritto di origine contrattuale di Facebook di procedere alla disattivazione della pagina e del profilo del ricorrente, a causa della pubblicazione di contenuti risultati in violazione delle condizioni di policy. Secondo il Tribunale, la predetta disattivazione non integra quindi una violazione contrattuale, né tantomeno Facebook può «seriamente essere paragonata a[d] un soggetto pubblico nel fornire un servizio, pur di indubbia rilevanza sociale e socialmente diffuso, comunque prettamente privatistico» (p. 4). L'ordinanza soggiunge, inoltre, che «la scelta di privare l'utente della piattaforma social rientra nel diritto di recesso, peraltro compiutamente regolamentato. Né ciò può realmente rappresentare una lesione ai diritti fondamentali e[d] inviolabili della persona garantiti a livello costituzionale, ovvero di autodeterminarsi (art. 2 Cost), di poter svolgere la propria attività politica in un contesto di uguaglianza e pari opportunità con gli altri esponenti di tutte le altre fazioni (art. 3 Cost.), di ambire (anche in forma professionale e remunerata) a cariche politico-istituzionali (art. 4, 49, e 51 Cost.), di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.). Invero, trattasi di diritti, questi, certamente liberamente esercitabili in contesti diversi, pubblici e, comunque, idonei alla più ampia espressione della propria personalità nell'ambito di una leale competizione politica con la possibilità di condividere con gli appartenenti a quella certa corrente la propria ideologia» (p. 5). A commento di questa pronuncia si v. anche P. Villaschi, *Facebook come la RAI?*, cit., 443 ss. Nello stesso senso, v. anche Trib. Trieste, ord. 27 novembre 2020, con nota di S. Thobani, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, in *Persona e mercato*, 2, 2021, 426 ss.

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

ziali¹¹¹). Forse, però, proprio la manifesta obsolescenza della disciplina presta il fianco a riflessioni di sistema che possono intercettare la distanza che si è venuta a creare tra lo *status quo* tecnologico esistente al momento del *drafting* legislativo e quello attuale, causa delle molte fibrillazioni che la giurisprudenza soprattutto statunitense ha captato e almeno in parte raccolto.

7. Conclusioni

I paragrafi che precedono costituiscono un tentativo di misurare la sensibilità sviluppata ai due lati dell’Atlantico rispetto a una nuova, possibile concettualizzazione del ruolo dei social network in rapporto all’esercizio della libertà di espressione degli individui. Si è cercato di cogliere, allo stesso tempo, il grado di fibrillazione causato da quello che si ritiene lo *status quo*, profondamente diverso da quello dei decenni scorsi, e “gli anticorpi” che ciascun ordinamento esprime in forma di resistenze rispetto ai possibili tentativi di ibridazione di una figura, quella dei social network, riconducibile al paradigma di soggetto privato.

Si è tentato, in particolare, di normativizzare o richiamare comunque all’esigenza di una concettualizzazione normativa di quella metafora ormai spesso utilizzata nel linguaggio comune ma anche di molti giuristi: quella che vede nei prestatori di servizi della società dell’informazione dei poteri privati. Occorre in altri termini tradurre nel dominio giuridico una metafora sicuramente accurata rispetto alla descrizione della rilevanza economica e anche sociale di questi attori, che ne coglie il coinvolgimento in un numero crescente di funzioni e di interazioni con gli individui secondo l’atteggiamento che è proprio dei pubblici poteri. Proprio questo mutato scenario, che ha fatto di Internet e dei social network strumenti in larga parte indefettibili per l’esercizio di una varietà di diritti e libertà, sollecita una risposta a queste tensioni.

Quale esito può partorire questo tentativo?

Un’ipotesi spesso dibattuta è quella di riconoscere nella missione propria delle piattaforme i connotati di un servizio pubblico¹¹². Questa opzione potrebbe forse giustificare una regolamentazione più stringente, e forse una riduzione di quel “differenziale” tra le condizioni di servizio e le norme dell’ordinamento giuridico, ma desta comunque criticità importanti.

In primo luogo, va osservato che se, da un punto di vista empirico i social network sono divenuti dei canali probabilmente essenziali per l’esercizio del diritto di parola, tale caratterizzazione non implica che si tratti di strumenti di accesso indispensabili e indefettibili senza i quali l’individuo sarebbe del tutto privato della possibilità di godere dei propri diritti costituzionalmente tutelati (sempre ammettendo che sia predicabile un “diritto all’utilizzo dei social network”). Si tratta forse di una giustificazione debole, che serve però a temperare un’esaltazione del mezzo come paradigma (quasi assoluto)

¹¹¹ Di cui è vivida testimonianza la già ricordata pronuncia Cass. civ., sez. I civ., n. 7708/2019.

¹¹² Per una diffusa trattazione della missione del servizio pubblico in era digitale, si v. G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell’età della rete*, Torino, 2018.

della libertà, talvolta foriera di una loro impropria assimilazione¹¹³.

Deve poi essere messo in evidenza come l'attrazione in questa categoria segnerebbe verosimilmente un allontanamento dalla caratterizzazione come intermediari propria dei prestatori di servizi e degli stessi servizi della società dell'informazione, da sempre estranei all'esercizio di una attività editoriale in senso stretto. Una emancipazione di cui nemmeno la proposta di regolamento nota come Digital Services Act sembra farsi portatrice, invero. Si tratta, infatti, di soggetti che, come ha ribadito la giurisprudenza, nel mettere a disposizione di terzi uno spazio virtuale per la condivisione di contenuti esercitano la loro libertà di impresa; non sono invece attori che intervengono in quanto titolari del diritto alla libertà di espressione, alla stregua di fornitori di contenuti.

In aggiunta, non si può trascurare che proprio questo assetto normativo ha permesso ai prestatori di servizi di ergersi a "volano" della libertà di espressione in rete, godendo di un regime giuridico di favore, soprattutto negli Stati Uniti, che ha permesso a ciascun individuo di poter contare su queste nuove agorà virtuali. Non vi sono evidenze che, se le norme giuridiche fossero state di diverso segno (nel senso di una maggiore e più stringente regolamentazione), si avrebbe avuto uno sviluppo della libertà di espressione più favorevole agli individui.

Da ultimo, occorre altresì fare i conti con le conseguenze che potrebbero discendere da una connotazione in senso pubblicistico dei servizi dei social network. Come si è evidenziato, il potere di moderazione delle piattaforme online si fonda sulla definizione di condizioni di servizio che potrebbero prevedere margini di intervento sui contenuti anche più ampi di quelli di quelli previsti da norme dell'ordinamento giuridico. Ma una qualificazione in senso pubblicistico non rischierebbe forse di eliminare questi margini, affrancando il potere di moderazione dei social network esclusivamente ai vincoli previsti dal diritto vigente? Si tratta di un tema non banale se si riflette all'attualità che presentano tuttora tematiche come il contrasto alla disinformazione, che interessano contenuti non necessariamente illeciti e rispetto ai quali i prestatori di servizi sono impegnati spesso in via di autoregolamentazione. Che ne sarebbe, in questo caso, se i social network diventassero dei *public forum*?

Le motivazioni che precedono consentono di ritenere condivisibili gli approdi giurisprudenziali che mantengono ferma la connotazione privatistica del rapporto tra utenti e social network. Gli stessi argomenti, peraltro, paiono ben attagliarsi anche allo scenario comparato, e in particolare statunitense. Dove, tuttavia, le vicende più recenti, e quella che ha da ultimo riguardato Donald Trump in particolare, sembrano suggerire la presenza di un problema che parrebbe non destinato a risolversi neppure facendo dei social media più importanti un *public forum* permanente: il rapporto conflittuale con il potere pubblico e la possibilità di mettere in atto una censura privata che inevitabilmente può risentire dei *bias* e dei preorientamenti ideologici della piattaforma di turno¹¹⁴. Ma questo è un problema rispetto al quale il vero rimedio potrebbe non essere

¹¹³ Naturalmente sul rapporto tra libertà e mezzi trasmissivi valgono le lungimiranti considerazioni espresse dalla più chiara dottrina in tempi non sospetti: A. Pace-M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21 Costituzione*, in G. Branca (a cura di), continuato da A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

¹¹⁴ A tacere, in questa sede, delle problematiche che possono riguardare la protezione dei dati personali, su cui v. G. Cerrina Feroni, *Libertà di espressione, Garante privacy: "Troppo potere alle big tech, ecco come intervenire"*,

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

legato alla riqualificazione giuridica dei prestatori ma nella fissazione di regole che garantiscano maggiore trasparenza e *accountability*¹¹⁵. Regole, forse, che l’Unione europea potrebbe per prima avanzare nel lungo andare che segnerà il percorso del Digital Services Act¹¹⁶. Da questo punto di vista, forse, proprio la recente decisione del Facebook Oversight Board sulla sospensione permanente dell’account di Donald Trump, con i suoi richiami all’esigenza di regole procedurali chiare e al principio di proporzionalità, sembrano suggerire la via per una “autolimitazione” del potere privato delle piattaforme digitali che non passi necessariamente tramite inopportune assimilazioni.

in *agendadigitale.eu*, 11 maggio 2021.

¹¹⁵ Rispetto alla specifica problematica del rapporto tra piattaforme online e figure politiche (e dunque tra “potere privato” e potere pubblico), nello stesso senso appare la prima proposta formulata da A. Palmieri, *Social è responsabilità*, cit., 64, che richiama l’adozione dei Principi di Santa Clara definiti nel 2018, auspicandone piena considerazione anche all’interno del Digital Services Act.

¹¹⁶ Spunti condivisibili nella stessa direzione sembrano emergere in V. Azzollini, *Chi ha paura della libertà di internet?*, in *IBL Focus*, 313, 13 dicembre 2019.