

La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una *concurring opinion*

di Matteo Monti

Title: The US Supreme Court and the power of digital platforms: remarks on the privatization of censorship on the basis of a concurring opinion

Keywords: social networking platforms, private censorship, free speech.

1. – La sentenza *Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.* 593 U. S. _____ (2021), o meglio la *concurring opinion* del Justice Thomas (d'ora in poi *Thomas's concurring*), è l'ultimo tassello – cronologicamente parlando – di una delle questioni più problematiche dell'attuale fase evolutiva della Rete. La sentenza in esame conclude una saga giudiziale che aveva visto sia la corte federale distrettuale per il distretto sud di New York sia il Secondo Circuito confermare che il profilo Twitter privato dell'allora Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump, poteva essere considerato un foro pubblico e, quindi, assoggettato alle regole del Primo Emendamento. Su questo profilo Twitter, come rilevato dalla corte distrettuale e da quella di appello, avvenivano le comunicazioni politiche di un *public official* e si consumava anche la censura sistematica degli oppositori di Donald Trump che venivano *bannati* da parte dello staff dell'allora Presidente dal profilo, non potendo più interagirvi o vederlo, grazie all'apposita funzionalità di Twitter. La qualificazione dell'account come un canale controllato dal governo condusse le corti a ritenere che ogni forma di censura contenutistica sullo stesso concretizzasse una *viewpoint discrimination* da parte di un potere pubblico (il Presidente degli Stati Uniti) incompatibile con il Primo Emendamento. I giudici federali rigettarono in questo modo la tesi difensiva secondo cui l' «Account is not a space owned or controlled by the government. Rather, it is a platform for his own private speech and not one for the private expression of others. Because the Account is private, he

argues, First Amendment issues and forum analysis are not implicated. Although Twitter facilitates robust public debate on the Account, the President contends that it is simply the means through which he participates in a forum and not a public forum in and of itself» (*Knight First Amendment Inst at Columbia Univ v Trump* No 18-1691-cv (2nd Cir 2019), p. 16).

2. – La sentenza della Corte Suprema in esame si basa sul ricorso contro questa decisione: il caso è stato tuttavia dismissed a causa del venir meno della ragione del contendere a seguito dell'elezione di Joe Biden. Sulle cinque righe con cui la Corte Suprema chiude il contenzioso si innesta la *concurring opinion* del Justice Thomas, che spazia da varie considerazioni, anche esterne al caso in esame, e, in particolare, si concentra sul potere delle piattaforme e la loro qualificazione. La *concurring opinion* affronta il nodo della tutela della libertà di espressione nel mondo digitale (su come considerare Internet e le libertà che su esso prendono forma, la dottrina italiana è vastissima, si veda *ex pluribus* per alcune prospettive anche antitetiche: S. Rodotà, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014; T.E. Frosini, *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, 2015; M. Nisticò e P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014 e G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012. Negli anni, quello che si può rilevare è uno *shift* da una concezione libertaria e, per alcuni, “anarchica” delle libertà *della* e *sulla* Rete a un approccio più incentrato a uno scetticismo rispetto alle promesse di libertà della Rete), ossia il livello della sua protezione *sulle* e *contro* le piattaforme digitali (*hosting* e *caching providers* volendo usare la terminologia della direttiva *e-commerce* dell'UE).

Nel mondo digitale si assiste, in effetti, a un'evoluzione di Internet come “luogo” ormai controllato da pochi attori economici, o poteri privati, che gestiscono i principali spazi nei quali prende forma la vita online: è, infatti, del tutto superata quella promessa di coesistenza di una pluralità di piattaforme (motori di ricerca – social networks) che poteva condurre a una concorrenza fra le regole contenutistiche (e non solo) delle *Internet platforms* (D.R. Johnson, D. Post, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996). Questa particolare evoluzione della Rete può avere un forte impatto sul modo in cui la libertà di espressione si è originariamente concretizzata nel costituzionalismo occidentale.

3. – Nella tradizione giuridica occidentale, la libertà di espressione è stata infatti connaturata da un rapporto cittadini-Stato, malgrado sia stata molte volte invocata l'applicazione orizzontale di questo diritto (in Italia si pensi al dibattito in relazione ai media, alle c.d. formazioni sociali, etc. su cui: A. Pace, M. Manetti, *Articolo 21*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 13-28)*, Bologna-Roma,

2006). Questa tensione verso un'applicazione della libertà di espressione anche *contro* i soggetti privati ha caratterizzato altresì l'ordinamento statunitense, che aveva avuto modo di applicare orizzontalmente i diritti tutelati dal Primo Emendamento prevalentemente in presenza di soggetti che potessero essere qualificati come *state actors* (*leading case Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946)). In passato la Corte Suprema è, difatti, intervenuta per limitare il potere dei privati qualora lo stesso potesse soffocare il discorso pubblico, ossia: ove non vi fossero possibili vie alternative altrettanto efficaci per la diffusione del pensiero all'infrastruttura (architettonica) gestita dal privato; ove il soggetto privato avesse il potere e ponesse in essere una scelta contenutistica e discriminatoria dei contenuti di cui consentire la diffusione. L'efficacia orizzontale del *free speech* tutelato dal Primo Emendamento aveva avuto, tuttavia, un'applicazione che si potrebbe definire "puntiforme". La *doctrine* in esame trovava difatti attuazione solamente rispetto a specifiche situazioni in cui la vita materiale dei cittadini americani era assoggettata al potere censorio di attori privati: non è un caso che il suo esempio più fulgido e meno contestato si sia avuto in relazione alle c.d. *company towns*, ossia cittadine interamente di proprietà di soggetti privati che determinavano contenutisticamente come dovesse diffondersi il *public discourse* (proibendo, per esempio, la diffusione di materiale religioso all'interno della cittadina, caso *Marsh*). Occorre dunque fin da subito sottolineare come la Corte Suprema statunitense, per sviluppare questa *doctrine* ed escluderne l'applicazione in quei casi che non avessero le medesime caratteristiche, dovesse partire da considerazioni sociologiche e fattuali: erano le condizioni di fatto e materiali a fornire la base di legittimazione di un'applicazione orizzontale del Primo Emendamento, ossia fuori dalla tradizionale logica *dyadic* del binomio censura governativa - *free speech* dei cittadini.

4. – Nel solco di queste considerazioni, è opportuno sottolineare come nelle liberal democrazie occidentali, Stati Uniti *in primis*, l'evoluzione tecnologica di Internet e la "piattaformizzazione della sfera pubblica" (M. Sorice, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica, Quadrimestrale dell'Associazione Italiana di Comunicazione Politica*, 3, 2020) abbiano profondamente mutato il carattere bidimensionale della libertà di espressione (Stato-cittadini) aggiungendo, nel mondo online, un terzo attore nella regolazione del discorso pubblico: le piattaforme digitali. In questa prospettiva proprio dalla dottrina statunitense è giunta la "formalizzazione" di questa relazione trilaterale, nella fortunata espressione di Jack Balkin, "free speech is a triangle" (J.M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, in *Colum. L. Rev.*, 118, 2018). Negli Stati Uniti, in particolare, il dibattito è stato dapprima acceso dall'opera censoria fatta dall'allora presidente Trump sul suo profilo Twitter, la cui contestazione giudiziale è

all'origine della sentenza in esame, poi ravvivato dall'*Executive Order* con il quale Trump tentava di imporre un limite ai poteri censori delle piattaforme (G.F. Ferrari, *L'executive order sulla prevenzione della censura online: quali effetti sull'autonomia dei social network?*, in *DPCE Online*, 43, 2, 2020) e da ultimo infiammato dall'esclusione di Donald Trump dai principali social networks (su cui: M. Manetti, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 febbraio 2021). In questo contesto tecnologico, la dottrina, sia statunitense che italiana, da vari angoli visuali si è occupata della c.d. privatizzazione della censura o censura privata online (Negli Stati Uniti si veda per tutti: K. Klonick, *The New Governors*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018; T. Gillespie, *Custodians of the Internet*, New Haven, 2018. In Italia si veda: M. Bassini, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 25(2), 2019; 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), ossia della facoltà delle piattaforme di porre in essere forme di *content moderation*. Tale potere censorio esercitato dalle piattaforme digitali nell'ordinamento statunitense trova, in primo luogo, la sua legittimazione dal punto di vista costituzionale nell'attribuzione alle stesse piattaforme di un'autonoma libertà di espressione (una delle prime ricostruzioni – commissionata da Google – fu quella di E. Volokh, D. Falk, *First Amendment Protection for Search Engine Search Results*, in *UCLA School of Law Research Paper no 12– 22*, 2012), in linea con la sentenza *Citizens United* (*Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010)) e con la libertà di espressione dei soggetti collettivi e delle *corporations* (E. Stradella, *L'inserzione tra discorso commerciale e discorso politico: alcune questioni rilevanti*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2016; C. Caruso, *Il caso "Citizen United v. Federal Election Commission: money must talk*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2010). In secondo luogo, dal punto di vista della legislazione ordinaria questa libertà di censura è stata normativizzata nel disposto della famosa sezione 230 del *Communication Decency Act*, in particolare nella *Good Samaritan Clause* e nella sua interpretazione estensiva, che per alcuni finirebbe per generare, addirittura, un regime di protezione più favorevole di quello del Primo Emendamento (E. Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 95(1), 2019). Se la Sezione 230 CDA nacque per la volontà legislativa di schermare gli attori digitali da un inquadramento come *publishers* (e successivamente anche come *distributors*, a seguito dell'interpretazione dominante data dalla sentenza *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997)), essa ha finito per regolarizzare un'attività di *content moderation* che è andata molto al di là della rimozione dei contenuti osceni e della protezione dei minori online (per un'attenta ricostruzione si veda: M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019). Il disposto combinato di questi due elementi, autonoma libertà di

espressione e Sezione 230 CDA, ha così avallato la possibilità per le *Internet platforms* di “sovvertire” le regole del Primo Emendamento sulle proprie piattaforme, censurando, ad esempio, l'*hate speech*, altrimenti protetto nel discorso pubblico in base al Primo Emendamento (E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, Torino, 2008).

5. – In questo scenario tecnologico e legislativo si inserisce la *concurring opinion* del Justice Thomas. La *concurring* parte da una vicenda giudiziale precisa, quella della censura fatta da Trump sul suo account Twitter, ma spazia in considerazioni ben più ampie e affronta molte delle questioni che stanno da anni animando il dibattito sulla portata applicativa del Primo Emendamento online (M. Tushnet, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 56, 2015; T. Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, in *Mich. L. Rev.* 117, 2018; J.M Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *UC Davis Law Review*, 51, 2018; C. Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton, 2009; P.M. Napoli, *Social Media and the Public Interest*, New York, 2019). La *concurring opinion* si apre con una frase iconica che rappresenta l'acquieta percezione del notevole potere che le piattaforme hanno raggiunto nell'odierno mondo online: «[b]ut Mr. Trump, it turned out, had only limited control of the account; Twitter has permanently removed the account from the platform» (*Thomas's concurring*, p. 1). In questo senso è evidente che se il convenuto di pietra di quest'opinione è l'ex presidente Trump, l'elefante nella stanza è la qualificazione delle piattaforme digitali dal punto di vista delle *doctrines* del Primo Emendamento. Ed è proprio in relazione a questo aspetto che si esplicita la *vexata quaestio* di come e se applicare le regole del mondo analogico a quello digitale. Se le corti (O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, Oxford, 2021) sono state il principale artefice dell'imposizione di regole alla Rete, spesso attraverso interpretazioni estensive o analogiche, tuttavia l'utilizzo delle tradizionali categorie giuridiche risulta sempre più difficile: «applying old doctrines to new digital platforms is rarely straightforward» (*Thomas's concurring*, p. 2). Nell'affermare la problematicità di tale questione, sempre tenendo in considerazione l'esclusione di Trump, il convenuto di pietra (*Thomas's concurring*, p. 2), il Justice Thomas si concentra quindi su un aspetto ordinamentale, o meglio infrastrutturale, del mondo digitale: «[t]oday's digital platforms provide avenues for historically unprecedented amounts of speech, including speech by government actors. Also unprecedented, however, is the concentrated control of so much speech in the hands of a few private parties. We will soon have no choice but to address how our legal doctrines apply to highly concentrated, privately owned information infrastructure such as digital platforms» (*Thomas's concurring*, p. 2). L'elefante della stanza è così chiaramente indicato dalla *concurring opinion*, che fa anche emergere la

peculiarità del fenomeno: in passato se la necessità di far valere una concezione orizzontale della libertà di espressione era stata, come detto, “puntiforme”, oggi il problema si pone in maniera diffusa e lineare nel mondo digitale. Nell’opinione del Justice Thomas è, inoltre, evidente una sorta di continuità con quell’*obiter dictum* della sentenza *Packingham* che qualificava i social networks come «modern public square» (*Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017)): d’altronde l’intervento dei giudici della Corte Suprema statunitense in queste materie è sempre passato da un’analisi del dato fattuale e sociologico “a difesa” del Primo Emendamento, ieri con le *company towns* oggi forse con le *Internet platforms*. Il problema del *free speech* sulle piattaforme sembra dunque essere stato percepito dalla Corte, anche se una *doctrine* specifica non è ancora stata sviluppata. Le successive pagine della *concurring opinion*, con la lente di analisi dell’originalismo *thomasiano*, sono dedicate proprio a quest’ultimo aspetto, partendo dalla contestazione della qualificazione del canale Twitter di Trump come forum pubblico, in quanto il suo controllo effettivo sarebbe nelle mani di Twitter e non dell’ex Presidente. Il principale tema d’analisi della *concurring opinion* è infatti quello del potere delle compagnie private e delle *doctrines* ad esse applicabili. L’opinione sviscera, quindi, le possibili *doctrines* limitanti il c.d. *right to exclude* di un attore privato. La prima è quella relativa ai c.d. *common carriers* che obbligano le imprese così qualificate a non escludere nessuno dai propri servizi (come i telegrafi o le ferrovie). Gli esempi sviscerati a sostegno di questa ipotesi si focalizzano, non a caso, su quell’aspetto infrastrutturale che ha caratterizzato un originale metodo per lo studio del *free speech* digitale (negli Stati Uniti Balkin ha coniato l’espressione “New school speech regulation”: J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014. Quella delle infrastrutture appare una chiave di lettura anche utilizzata dalla dottrina italiana: G.L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c’è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 4, 2018 e cfr. M.R. Allegri, *Ubi Social, Ibi Ius*, Milano, 2018). In questa prospettiva, anche se le analogie usate da Thomas non sono sempre pienamente calzanti potrebbero anticipare un cambio di approccio alle sfide poste dalle nuove evoluzioni della Rete (Pollicino, cit., p. 51 parla della possibilità di analizzare l’approccio delle corti alle sfide di Internet in termini *hartiani*, attraverso un punto di vista esterno o interno. Certamente questa *concurring* contiene i germi di una possibile nuova visione da parte della Corte, financo mediata dagli approcci originalisti). La seconda *doctrine* esposta, molto meno analizzata rispetto alla prima, è, invece, quella della *public accommodation*, presentata come una sorta di corollario della precedente.

6. – La scelta di analogie, metafore e similitudini dal sapore “analogico” (ferrovie, telegrafi etc.) è sicuramente legata anche all’originalismo che

connatura l'interpretazione del Justice Thomas della Costituzione (cfr. J.K. Goldstein, *Calling Them as He Sees Them: The Disappearance of Originalism in Justice Thomas's Opinions on Race*, in *Md. L. Rev.*, 74, 2014), che si rende esplicito nel passaggio relativo all'applicazione di queste dottrine "antiche" al nuovo fenomeno delle *Internet platforms* e alla compressione della loro libertà di espressione: «Internet platforms of course have their own First Amendment interests, but regulations that might affect speech are valid if they would have been permissible at the time of the founding» (*Thomas's concurring*, p. 6). In questo senso, se l'opzione dei *common carriers* sembra tradizionalmente legata anche al ruolo monopolistico di alcuni attori privati, appare evidente che è da un dato sociologico e di mercato che parte l'*opinion* del Justice Thomas: la posizione dominante di Google e Facebook (*Thomas's concurring*, p. 7). Da questa prospettiva il Justice prende le mosse per affermare la possibilità di regolamentare queste piattaforme: «[m]uch like with a communications utility, this concentration gives some digital platforms enormous control over speech» (*Thomas's concurring*, p. 8). In questa visione è di nuovo, come nella sentenza *Marsh*, il dato sociologico della (non) viabilità di soluzioni alternative ad emergere: «[i]t changes nothing that these platforms are not the sole means for distributing speech or information. A person always could choose to avoid the toll bridge or train and instead swim the Charles River or hike the Oregon Trail. But in assessing whether a company exercises substantial market power, what matters is whether the alternatives are comparable. For many of today's digital platforms, nothing is» (*Thomas's concurring*, p. 8). Quest'ultima affermazione sottolinea con forza il ruolo *de facto* rivestito nel dibattito pubblico da queste piattaforme e più volte rilevato in dottrina. In questo contesto, appare interessante evidenziare la conversione sulla via di Damasco del Justice Thomas in quanto nella sentenza *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, No. 17-1702, 587 U.S. ____ (2019) il giudice conservatore non aveva preso una posizione sulle piattaforme come invece molti commentatori si aspettavano. Questo nuovo posizionamento potrebbe peraltro incrinare la stessa maggioranza della sentenza *Manhattan* che aveva dato un'interpretazione restrittiva della *state action doctrine* e, più in generale, dei poteri regolatori del governo rispetto agli operatori privati. È evidente tuttavia la volontà del Justice Thomas di discostarsi dal dibattito sulla *state action doctrine* (Klonick, cit.; *contra* : J.J. Peters, *The "Sovereigns of Cyberspace" and State Action: The First Amendment's Application (or Lack There of) to Third-Party Platforms*, in *Berkeley Technology Law Journal* 32, 2017) per arrivare a un inquadramento che abbia tuttavia *de facto* lo stesso risultato: la fine della privatizzazione della censura o del *right to exclude*. L'inquadramento delle piattaforme proposto da Thomas (*common carriers - public accommodation*) condurrebbe, infatti, alla loro individuazione come soggetti "da statuto" neutrali e, di conseguenza, renderebbe la qualifica come foro pubblico di un account gestito da un *public official* legittima. In

tal senso, il quadro che sembra ventilare Thomas è il seguente: l'impossibilità per le piattaforme di escludere soggetti dalle stesse; l'inattuabilità (probabilmente) di una *content moderation* diversa dalle regole contenutistiche sancite dal Primo Emendamento, determinandosi altrimenti *viewpoint discriminations* (questo tema non è affrontato, ma dal momento in cui si rendesse impossibile escludere una persona dall'accesso alle piattaforme potrebbe trovare anche applicazione, sempre in ragione del divieto di *viewpoint discriminations*, una protezione contro "sanzioni minori", come la rimozione di contenuti o la discriminazione algoritmica, che possono essere inquadrate come forme di censura indirette: Monti, cit., p. 38 e ss.); da ultimo, il divieto per i pubblici ufficiali di fare una *content moderation* "privata" o personalizzata sui propri canali *sulle* piattaforme. La *concurring opinion* si conclude, infine, con un necessario accenno alla Sezione 230 CDA, rispetto alla quale, secondo il giudice conservatore, si sarebbero dovute approntare garanzie contro le *viewpoint discriminations* (*Thomas's concurring*, p. 10). In questa prospettiva, pur sembrandosi riconoscere una posizione privilegiata per l'azione del legislatore, quello che però colpisce è il cambio di direzione rispetto all'inquadramento delle piattaforme digitali imposto dalla *concurring*: il Justice Thomas non parla della difesa della libertà di espressione *delle* piattaforme, ma di quella degli utenti. L'enfasi posta sulla posizione dominante delle piattaforme e sui "poteri senza responsabilità" garantiti dalla Sezione 230 CDA sembra infatti spostare l'attenzione di uno dei pilastri della corte, nonché suo decano, verso il tema della libertà *sulle e contro le* piattaforme. La *concurring opinion* appare, difatti, un lungo *obiter dictum* che esula in parte dal *petitum*, affrontando in qualche modo le questioni sottese alla decisione delle corti federali. Appare, in effetti, evidente che se il convenuto di pietra è Donald Trump e la sua esclusione dai *social networks*, l'elefante nella stanza è invece il potere privato degli ISP sul *free marketplace of ideas* e il *public discourse*: «[t]he Second Circuit feared that then-President Trump cutoff speech by using the features that Twitter made available to him. But if the aim is to ensure that speech is not smothered, then the more glaring concern must perforce be the dominant digital platforms themselves. As Twitter made clear, the right to cut off speech lies most powerfully in the hands of private digital platforms. The extent to which that power matters for purposes of the First Amendment and the extent to which that power could lawfully be modified raise interesting and important questions. This petition, unfortunately, affords us no opportunity to confront them» (*Thomas's concurring*, p. 12). Questa *querelle* giudiziaria è stata, tuttavia, la prima occasione per leggere un'*opinion* di un Justice della Corte su un caso di *content moderation*, anche se il contenzioso in materia è molto ampio nei circuiti federali. La *concurring* appare, dunque, poter anticipare nuove evoluzioni della giurisprudenza della Corte. Improbabili sono invece gli *anticipatory overruling* delle corti inferiori: rispetto alla suggestione di una

possibile applicazione orizzontale del Primo Emendamento da parte dei giudici federali non apicali, bisogna difatti registrare che, a oggi, il silenzio della Corte Suprema (V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999) ha lasciato spazio a un'interpretazione dominante nei circuiti e distretti federali che tende a escludere un'efficacia orizzontale della libertà di espressione online.

Matteo Monti
Dipartimento di Giurisprudenza – Unipi
matteo.monti.ius@gmail.com

