

Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione

di Giovanni De Gregorio

Abstract: The Law of Online Platforms: A Comparative Analysis of the US and European Approach to the Governance of Online Speech – This article aims to examine the transatlantic approaches to the platform governance of online speech. The primary objective is to highlight the constitutional reasons why the two Union and the United States have followed two divergent paths to address the role of platforms in moderating online content. The first part of this article describes the origins of the private government of online speech. The second part examines the consolidation of the rule of platforms. The third part provides the comparative analysis looking at how Europe and the United States addressing the challenges of the private governance of online speech.

Keywords: Freedom of expression; Digital constitutionalism; Constitutional law; Comparative law; Content moderation; Platform governance.

1. Introduzione

“Facebook should not make so many important decisions about free expression and safety on our own”, così Mark Zuckerberg, CEO di Facebook, definiva il suo progetto per un nuovo sistema di *governance* dei contenuti *online* nel 2018.¹ Tale espressione, che è stata poi alla base del lancio del Facebook Oversight Board,² costituisce un esempio paradigmatico di come le piattaforme digitali, e, in particolare, *i social media*, siano pienamente coinvolti nel governo dei contenuti *online*, e di conseguenza, della libertà di espressione.³ Attraverso l'adozione di regole interne e standard di tutela

¹ M. Zuckerberg, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*, Facebook, 5 maggio 2018.

² A. Jr Golia, *Beyond Oversight. Advancing Societal Constitutionalism in the Age of Surveillance Capitalism*, in *ICÓN Blog*, 5 marzo 2021; K. Klönick, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 2020, 2418 ss.; E. Douek, *Facebook's "Oversight Board": Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, 2019, 1 ss.

³ Kate Klönick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1598 ss.; M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019; M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 811 ss.; M. Betzu, *Libertà di espressione e poteri*

privati nonché l'istituzionalizzazione di meccanismi di aggiudicazione privata, tali attori contribuiscono a definire un sistema di *governance* che inevitabilmente tende a interagire con il modello di tutela dei diritti che caratterizza le democrazie costituzionali. Il caso della rimozione, o *deplatforming*, di Donald Trump,⁴ e la conseguente decisione del Facebook Oversight Board,⁵ costituiscono due esempi che mostrano come l'attività delle piattaforme sia rilevante non solo per ragioni legate alla tutela dei diritti ma anche più ampiamente per il sistema dei valori democratici.⁶

Si potrebbe quindi guardare a tale scenario come una competizione di modelli, dove il governo della libertà di espressione non è più soltanto prerogativa del potere pubblico ma diviene appannaggio di quello privato. Facendo riferimento a Balkin, si potrebbe osservare come la relazione verticale e duale tra libertà e potere sia influenzata dall'emersione di una dimensione triangolare e plurale,⁷ spostando sempre più l'attenzione dall'autorità pubblica al governo privato, portando quindi il principio di *rule of law* sempre più in competizione con l'espressione di quella che può essere definita *rule of platforms*.

Del resto, non deve stupire se la libertà di espressione quale caposaldo delle società democratiche è soggetta, al pari di altri diritti e libertà, a tensioni costituzionali, a causa di tendenze centrifughe del potere derivanti dallo sgretolamento del modello stato-centrico e il consolidamento di nuove aree di potere che operano su scala globale. Non è un caso se gli studiosi hanno iniziato a fare riferimento al consolidamento del "diritto globale",⁸ o un pluralismo giuridico globale,⁹ per definire un sistema meta-giuridico in cui diverse organizzazioni ed entità producono e modellano norme con implicazioni extraterritoriali.¹⁰

Proprio l'attività di moderazione dei contenuti *online* costituisce un caso al fine di analizzare come il diritto costituzionale sempre più si fronteggia con

privati nel cyberspazio, in *Diritto Costituzionale*, 2020, 117 ss.; M. Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2018, 39 ss. Si veda anche Marco Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1, 2021, 165.

⁴ M. Manetti, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 195 ss.; 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.

⁵ A. Gerosa, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 427 ss.; O. Pollicino, M. Bassini, G. De Gregorio, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *Verfassungsblog*, 11 maggio 2021.

⁶ Paul Nemitz, *Constitutional Democracy and Technology in the age of Artificial Intelligence* (2018) 376 Royal Society Philosophical Transactions A.

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

⁸ M. R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale* (Laterza 2012); Giuliana Ziccardi Capaldo, *Diritto globale*, Milano, 2010; Sabino Cassese, *Il diritto globale*, Torino, 2009.

⁹ Si veda, ad esempio, P. S. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*, Cambridge, 2012.

¹⁰ G. Teubner, *Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, London, 1997.

modelli che definiscono standard e principi su scala globale. Il governo privato della libertà di espressione spinge a domandarsi in che modo le democrazie costituzionali possano limitare la marginalizzazione della *rule of law* nello spazio digitale nonché, più ampiamente, il ruolo del diritto costituzionale in relazione alle tecnologie digitali¹¹ e all'esercizio del potere privato.¹² Se si guarda alla dimensione transatlantica, è possibile considerare come l'Unione e gli Stati Uniti abbiano intrapreso dei percorsi divergenti: nel primo caso, reagendo al consolidamento del potere delle piattaforme digitali, mentre, nel secondo, adottando un approccio omissivo, ancora saldo a una visione liberale della libertà di espressione.

In questo scenario, il presente contributo mira a esaminare le ragioni per cui le due sponde dell'Atlantico abbiano seguito due percorsi divergenti in merito al ruolo delle piattaforme nella moderazione dei contenuti *online*. La prima parte si concentra sul descrivere le origini del governo privato della libertà di espressione esaminando le ragioni che hanno portato all'emersione del potere delle piattaforme digitali. La seconda parte del contributo esamina le funzioni para-pubblicistiche che contribuiscono a definire il sistema di *governance* dei contenuti definito delle piattaforme. La terza parte fornisce l'analisi comparata analizzando come gli approcci dell'Europa e degli Stati Uniti definiscano due percorsi divergenti per arginare il governo privato della libertà di espressione.

2. L'origine del governo privato della libertà di espressione

Il consolidamento del governo privato della libertà di espressione, anziché conseguenza di un processo casuale, può essere considerato come il risultato di una tendenza ordo-liberale che ha connaturato le scelte delle democrazie costituzionali al termine dello scorso secolo. Seppur non esclusivamente, la posizione di potere di cui oggi godono le piattaforme digitali nel controllo delle informazioni in rete consegue a una politica del diritto che, sul finire dello scorso secolo, era ampiamente orientata verso obiettivi di matrice economica quali lo sviluppo dei servizi digitali, e, in particolare, nel contesto europeo, lo sviluppo del mercato interno.

Una tale fiducia di natura neoliberale sulla capacità del mercato di condurre autonomamente a fasi di crescita economica, e quindi benessere, ha spinto le democrazie costituzionali dinanzi a un bivio: da un lato, assicurare un

¹¹ M.R. Allegri, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018; P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *ConsultaOnline*, 4, 2014; P. Marsocci, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2011. G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2011, 367 ss.; S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3, 2010, 337 ss.;

¹² P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018; C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977; G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

ambiente aperto guidato da una fiducia nelle potenzialità di Internet come volano di crescita e amplificazione dei valori democratici; dall'altro, più cautamente, regolare la dimensione digitale per evitare di delegare funzioni para-pubblicistiche, allargando l'area di discrezionalità, o potere, del settore privato tale da interferire con quegli stessi diritti e libertà che Internet prometterebbe di arricchire e amplificare nell'era digitale.

Davanti a tale scelta, entrambe le sponde dell'Atlantico hanno scelto la strada liberale, guardando a Internet come motore di innovazione ed emancipazione delle libertà dal controllo pubblico.¹³ E proprio tale decisione ha contribuito al lento consolidamento del capitalismo dell'informazione,¹⁴ o della sorveglianza,¹⁵ basato sulla possibilità di ottenere un profitto dall'analisi di informazioni e dati in rete beneficiando dell'assenza di una cornice giuridica o comunque di una regolazione minima dello spazio digitale. Il contesto statunitense può essere considerato il luogo in cui si è maggiormente radicato questo approccio. Seppur in diverso modo, alla fine dello scorso secolo, il Communication Decency Act¹⁶ e il Digital Millennium Copyright Act¹⁷ introducevano un'esenzione di responsabilità basato su un sistema di *secondary liability*, definito *safe harbour*, che ancora considera gli intermediari estranei da responsabilità per le condotte illecite di terzi.¹⁸ In assenza di uno scudo giuridico tale da ridurre il rischio di responsabilità per condotte estranee all'intermediario, si sarebbe messo a rischio lo sviluppo di prodotti e servizi digitali, come già sembrava essere confermato da alcune decisioni che avevano sottolineato la pressoché impossibilità per gli intermediari di operare nello spazio digitale, senza incorrere in responsabilità.¹⁹

Ne consegue che la politica statunitense era orientata a incoraggiare la crescita e lo sviluppo degli intermediari *online* sotto la protezione del *safe harbour* e della *Good Samaritan clause*.²⁰ Non è un caso che la Section 230 del Communication Decency Act sia stata descritta come *'the twenty-six words that created the Internet'*.²¹ Queste parole hanno quindi aperto le porte all'evoluzione di settori che hanno offerto prodotti e servizi basati su nuovi

¹³ J. P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in *Electronic Frontier Foundation*, 8 febbraio 1996; D.R. Johnson-D.G. Post, *Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1367 ss. Si veda anche J.L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, 1199 ss.

¹⁴ Julie E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, New York, 2019.

¹⁵ Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2018.

¹⁶ Communication Decency Act, 47 U.S.C., Section 230

¹⁷ Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C., Section 512.

¹⁸ R. Petruso, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Torino, 2019; M. Taddeo, L. Floridi (eds), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Cham, 2017.

¹⁹ *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.* 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991); *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.* WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

²⁰ *Zeran v. Am. Online, Inc.* 129 F.3d 327, 330 (4th Cir. 1997).

²¹ Jeff Kosseff, *The Twenty-Six Words That Created the Internet*, New York, 2019.

modelli di *business*. Una tale impostazione costituisce, tuttora, il pilastro fondamentale che legittima le attività degli intermediari, e delle piattaforme,²² sottolineando la connessione,²³ e la centralità,²⁴ del Primo Emendamento nel costituzionalismo statunitense, come anche confermato dalla Corte Suprema in diverse occasioni, tra cui, in particolare, *Reno v. ACLU*.²⁵

Il modello statunitense ha quindi migrato verso la sponda orientale dell'Atlantico, come dimostrato dalla scelta allineata dell'Unione di esonerare da responsabilità gli intermediari *online* per le condotte illecite di terzi. Come previsto dalla direttiva sul commercio elettronico,²⁶ infatti, a certe condizioni, gli intermediari non sono responsabili delle informazioni o dei contenuti trasmessi archiviati dai propri utenti.²⁷ Anche nel contesto europeo, l'obiettivo dell'esenzione è duplice. In primo luogo, la direttiva sul commercio elettronico si concentra sulla promozione della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione. In secondo luogo, l'esenzione di responsabilità mira ad evitare di ritenere responsabili soggetti che non hanno un controllo effettivo sui contenuti trasmessi o ospitati poiché svolgono attività meramente neutre, automatiche e passive.

Per raggiungere questo scopo, la direttiva sul commercio elettronico non solo esonera gli intermediari online da responsabilità, ma stabilisce anche una norma generale che vieta agli Stati membri di introdurre o imporre misure tali da comportare un obbligo generale di sorveglianza.²⁸ Di conseguenza, gli intermediari online non possono essere obbligati a monitorare le informazioni trasmesse o conservate dagli utenti all'interno dei propri servizi, nonché a ricercare fatti o circostanze che rivelino attività illecite condotte dai propri utenti tramite il relativo servizio.²⁹ Un tale sistema mira ad evitare interferenze sproporzionate con le libertà economiche degli intermediari *online*, che, in presenza di un obbligo generale di monitoraggio, sarebbero tenuti a destinare risorse finanziarie e umane aggiuntive, di fatto, rendendo le loro attività non redditizie a causa della

²² Danielle K. Citron and Benjamin Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity*, in *Fordham Law Review*, 86, 2017, 401 ss.; Jeff Kosseff, *Defending Section 230: The Value of Intermediary Immunity*, in *Journal of Technology Law & Policy*, 15, 2010, 123 ss.; Jack M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in *Pepperdine Law Review*, 36, 2009, 427 ss.

²³ Si veda, in particolare, la posizione di 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.

²⁴ Si veda più ampiamente, Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, in *The Supreme Court Review*, 1961, 245 ss.

²⁵ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 885 (1997).

²⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

²⁷ *Ibid*, artt. 12-14.

²⁸ *Ibid*, art. 15.

²⁹ Caso C-18/18 *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited* (2019).

grande quantità di contenuti che trasmettono o ospitano. Allo stesso modo, il divieto di monitoraggio generale protegge anche gli utenti da interferenze provenienti da tali obblighi come anche sottolineato dalla Corte di giustizia nei casi *Scarlet* e *Netlog*.³⁰ Tuttavia, occorre sottolineare come tale divieto costituisca un obbligo soltanto per gli Stati membri, lasciando di conseguenza liberi gli intermediari *online* di predisporre misure volontarie per gestire i loro spazi digitali nei limiti della loro attività passiva di *service providers*, e non di *content providers*.

Il regime giuridico degli intermediari costituisce infatti una delle architetture sulla base della quale le piattaforme digitali hanno potuto beneficiare di uno spazio di tutela che rendeva profittabile non solo l'offerta di prodotti e servizi ma anche il controllo e la gestione delle informazioni *online*.³¹ Giova, peraltro, sottolineare, come una tale scelta di delegare a soggetti privati la gestione e il controllo delle informazioni in rete si spiega anche considerando la necessità dell'attore pubblico di attingere a risorse e tecnologie non sempre disponibili o comunque dispendiose da reperire. Ne consegue che l'*enforcement* delle politiche digitali è stato sempre più demandato agli intermediari *online*.³² Non è un caso che questi attori siano stati definiti *gatekeepers*,³³ ossia soggetti che svolgono un ruolo centrale nella gestione delle informazioni e come tali funzionali alla collaborazione con l'attore pubblico al fine di fornire servizi pubblici o anche per scopi di sorveglianza.³⁴ Se al tempo dell'introduzione di tale regime giuridico, una *transatlantic migration of constitutional ideas* poteva sembrare ragionevole, fintanto che gli intermediari online svolgevano principalmente attività passive, come fornire servizi di *access* o *hosting* di contenuti di terze parti, il sistema di esenzione è stato posto sotto pressione dall'emergere di nuovi modelli di *business* nell'ambiente digitale. Le piattaforme di *e-commerce*, i motori di ricerca e i *social network* che organizzano e moderano i contenuti attraverso tecnologie di intelligenza artificiale sono solo alcuni esempi che hanno messo in discussione il regime di (ir)responsabilità delle piattaforme. Se, da un lato, la scelta di esonerare dalla responsabilità gli intermediari è stata finalizzata a favorire lo sviluppo di nuovi servizi digitali, contribuendo così al mercato interno, d'altra parte, un tale approccio liberale ha portato alla nascita e al consolidamento di nuove aree di discrezionalità all'intersezione tra libertà e potere.

³⁰ Caso C-70/10 *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (2011); Caso C-360/10 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c Netlog NV* (2012).

³¹ Nick Srnicek, *Platform Capitalism*, Cambridge, 2016.

³² J. Reidenberg, *States and Internet enforcement*, in *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 1, 2004, 213 ss.

³³ E. Laidlaw, *Regulating Speech in Cyberspace: Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility*, Cambridge, 2015.

³⁴ M. D. Birnhack, N. Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, in *Virginia Journal of Law & Technology*, 8, 2003, 1.

Proprio una tale fiducia neoliberale nei confronti del mercato costituisce uno dei motivi principali che non ha spinto verso l'introduzione di garanzie sostanziali e procedurali che limitassero l'autonomia dell'attore privato nella gestione e moderazione delle informazioni *online*. Se nel campo della tutela dei dati personali in Europa era stata adottata maggiore cautela da questo punto di vista con l'introduzione della direttiva sul trattamento dei dati personali,³⁵ nell'ambito dei contenuti, l'esenzione di responsabilità ha posto le basi per la legittimazione, o delega indiretta, agli intermediari in merito alla gestione di propri spazi privati, che hanno sempre più rilevanza pubblicistica. Ne consegue che un tale sistema non solo esonera le piattaforme da responsabilità ma anche legittima l'attività di organizzazione e moderazione dei contenuti sulla base di logiche opache orientate a interessi economici. Con particolare riferimento al contesto europeo, l'obbligo di rimuovere i contenuti sulla base della consapevolezza, o controllo, sembra tenere parzialmente conto della natura privata di tali soggetti il cui fine è influenzato, seppur non esclusivamente, da interessi economici e di profitto. La natura privata delle piattaforme costituisce uno dei principali motivi per cui tali soggetti sono incoraggiati a minimizzare il rischio di essere ritenuti responsabili piuttosto che agire nell'interesse pubblico. In assenza di garanzie procedurali o obblighi di trasparenza, questo regime spinge le piattaforme verso quella che viene definita *collateral censorship*,³⁶ come anche ricordato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in *Delfi AS v. Estonia*.³⁷ Proprio al fine di gestire i propri spazi privati per fini di natura prevalentemente economica, non sorprende che le piattaforme abbiano cominciato a sviluppare un sistema di regole interne e contrattuali definite in *Terms of Services* e *community guidelines* che contribuiscono a definire il governo (privato) delle piattaforme digitali. Come si vedrà di seguito, un tale sistema di regolamentazione privata ha spinto le piattaforme a utilizzare (o abusare) le proprie libertà come strumento per consolidare aree di potere che riflettono l'esercizio di funzioni para-pubblicistiche.

3. Il consolidamento del diritto delle piattaforme

Il regime giuridico di responsabilità degli intermediari ha costituito un passaggio centrale nel favorire lo sviluppo di *business model* basato su contenuti prodotti da terzi e l'analisi dei dati. Se si guarda alle piattaforme di *social media* i cui profitti provengono principalmente da proventi pubblicitari, quali Facebook o Google, la *governance* dei contenuti costituisce un'attività centrale ai fini commerciali. Come precisato da Gillespie, "*moderation is not*

³⁵ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

³⁶ Jack M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 1995, 2295.

³⁷ *Delfi v. Estonia*, ric. 64569/09 (2015).

an ancillary aspect of what platforms do. It is essential, constitutional, definitional. Not only can platforms not survive without moderation, they are not platforms without it.³⁸ La moderazione dei contenuti è infatti un passaggio pressoché obbligatorio per le piattaforme non solo per gestire le richieste di rimozione provenienti da governi e utenti ma anche per evitare che gli spazi digitali che offrono si trasformino in ambienti ostili a causa della diffusione, ad esempio, di contenuti di incitamento all'odio che potrebbero spingere gli utenti a spostarsi verso altre piattaforme. In altre parole, i sistemi di *content moderation* mirano a creare un ambiente digitale in cui gli utenti si sentano liberi di condividere informazioni e dati che possano alimentare reti e canali commerciali e, soprattutto, attrarre profitti derivanti da introiti pubblicitari. I *social media* hanno un interesse nel massimizzare la quantità di tempo che gli utenti trascorrono nei loro spazi digitali per raccogliere dati e informazioni sostenendo quella che viene definita *attention economy*.³⁹ In altre parole, l'attività di *content moderation* è caratterizzata da un interesse economico che mira ad attrarre profitti pubblicitari tramite il mantenimento di una comunità pacifica e la tutela dell'immagine aziendale.

A tal fine, le piattaforme digitali ricorrono a un sistema di regole e procedure che costituiscono l'espressione di una potestà normativa privata la cui legittimità sembra derivare da accordi contrattuali. Definendo i criteri e gli strumenti procedurali per la moderazione dei contenuti, le piattaforme stabiliscono le regole che governano, in alcuni casi, miliardi di utenti. Non sono mancate comparazioni di tali standard come forme di regolamentazione,⁴⁰ o a documenti di natura costituzionale.⁴¹ In altre parole, l'insieme delle regole private di moderazione dei contenuti contribuisce a definire una *rule of platforms* che si pone in competizione con la *rule of law*. Queste determinazioni private possono essere considerate come il fondamento su cui le piattaforme organizzano o rimuovono i contenuti, esprimendo quindi un potere para-legislativo.

La capacità di determinare regole e standard di tutela non costituisce l'unica espressione di funzioni para-pubblicistiche da parte delle piattaforme. Tali attori infatti possono unilateralmente applicare le regole previste nei *Terms of Services* senza la necessità di fare affidamento su un meccanismo pubblico come l'ordine di un giudice o, più in generale, di un'autorità pubblica.⁴² Ad

³⁸ T. Gillespie, *Custodians of the Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*, New Haven-London, 2018

³⁹ T. Wu, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, New York 2016.

⁴⁰ L. Belli, J. Venturini, *Private Ordering and the Rise of Terms of Service as Cyber-Regulation*, in *Internet Policy Review*, 5(4), 2016.

⁴¹ T. Shadmy, *The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights*, in *Boston University International Law Journal*, 37, 2019, 307 ss; E. Celeste, *Terms of Service and Bills of Rights: New Mechanisms of Constitutionalisation in the Social Media Environment?*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33, 2018, 122.

⁴² M. Bassini, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 25, 2019; 182; M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà*

esempio, la rimozione dei contenuti *online* viene direttamente e discrezionalmente eseguita dalle piattaforme, spesso attraverso tecnologie algoritmiche, definendo, quindi, un'asimmetria tecnologica che costituisce la differenza fondamentale tra i *Terms of Services* e i tradizionali contratti *boilerplate*. Citando Lessig, si potrebbe qui osservare come l'architettura della rete può essere considerata uno strumento di regolazione.⁴³ Un tale potere, che non è delegato dalle autorità pubbliche ma deriva dalla stessa architettura della rete, è di particolare interesse dal punto di vista costituzionale poiché rappresenta una forma di auto-regolamentazione e disintermediazione del ruolo degli attori pubblici nel garantire il rispetto dei diritti e libertà. In questo caso, sono le piattaforme digitali ad applicare le regole di moderazione dei contenuti esprimendo quindi una funzione para-esecutiva. Insieme a queste funzioni para-pubblicistiche, i *social media* sembrerebbero esercitare anche un potere che riflettere l'attività di aggiudicazione. Le piattaforme hanno dimostrato di svolgere funzioni di para-giudiziarie rispecchiando il ruolo delle corti, anche costituzionali, se si guarda al bilanciamento dei diritti fondamentali nel caso della moderazione dei contenuti. Al fine di prendere una decisione se rimuovere un contenuto, come nel caso del diritto all'oblio *online*, le piattaforme valutano quali diritti o interessi fondamentali prevalgono nel caso in questione.⁴⁴ Similmente a quanto osservato per l'esercizio delle altre funzioni para-costituzionali, non vi è trasparenza su tali processi con la conseguenza che tale sistema non sembra riflettere le tradizionali garanzie del sistema giudiziario, tra cui, ad esempio, il *due process*.

Il quadro d'insieme risulta ancora più complesso se si tiene conto che l'attività di moderazione, e, di conseguenza, l'esercizio di tali poteri, viene spesso eseguita attraverso tecnologie di intelligenza artificiale che contribuiscono a definire e applicare autonomamente gli standard previsti dalle piattaforme,⁴⁵ spesso senza che sia possibile comprendere il loro allineamento non soltanto con le regole del diritto ma anche con i propri *standard* privati. Ciò risulta essere la conseguenza delle caratteristiche dei sistemi di decisione automatizzata che, da un lato, possono essere considerati come strumenti tecnici che facilitano le funzionalità della piattaforma, come l'organizzazione dei contenuti *online*, tuttavia, dall'altro, tali tecnologie possono costituire regole tecniche di natura opaca, sollevando inoltre

d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, 35 ss.

⁴³ L. Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace. Version 2.0*, New York, 2006.

⁴⁴ O. Pollicino, M. Bassini, *Reconciling right to be forgotten and freedom of information in the digital age. Past and future of personal data protection in the European Union*, in *DPCE*, 2014, 641 ss.; G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2014; T. E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 57 ss.

⁴⁵ R. Binns et al., *Like Trainer, Like Bot? Inheritance of Bias in Algorithmic Content Moderation*, in G. L. Ciampaglia, A. Mashhadi, T. Yasserli. *Social Informatics*, Cham, 2017, 405 ss.

interrogativi sull'impatto sui diritti fondamentali e i valori democratici.⁴⁶ Sebbene le piattaforme *online* siano ancora considerate fornitori di servizi, le conseguenze del loro ruolo di *gatekeeper* non possono essere trascurate. La possibilità di fissare autonomamente le regole secondo le quali l'informazione fluisce e viene elaborata su scala globale porta a un'estensione della discrezionalità delle piattaforme digitali e, di conseguenza, una crescita dell'influenza della *rule of platforms* sulla *rule of law*. Come ha osservato Pasquale, le piattaforme digitali "aspire to displace more government roles over time, replacing the logic of territorial sovereignty with functional sovereignty. In functional arenas from room-letting to transportation to commerce, persons will be increasingly subject to corporate, rather than democratic, control".⁴⁷ Queste espressioni funzionali del potere competono sempre più con l'autorità degli attori pubblici basata sull'esercizio di poteri sovrani su un determinato territorio. Da una prospettiva costituzionale transnazionale, guardando a Teubner, questo fenomeno può essere descritto come il sorgere di una forma di costituzione civile che riflette la costituzione di una società globale il cui fondamento non può derivare da uno sforzo unitario e istituzionalizzato, ma emerge dalla costituzionalizzazione di sottosistemi autonomi di quella società globale.⁴⁸ Il processo di costituzionalizzazione dell'attività delle piattaforme può essere considerato un esempio di tale processo che caratterizza il costituzionalismo sociale. Infatti, le sfide della moderazione dei contenuti non riguardano soltanto la capacità degli attori pubblici di regolamentare gli intermediari *online*, ma, soprattutto, come le democrazie costituzionali si relazionano con forme di pluralismo giuridico e possono intervenire al fine di evitare il consolidamento di poteri privati la cui natura astrae i tradizionali limiti territoriali.

4. Omissioni e reazioni costituzionali

Il consolidamento del potere privato delle piattaforme costituisce un'opportunità per le democrazie costituzionali ai fini di riflettere su come arginare la marginalizzazione della *rule of law* nell'ambiente digitale e, più in generale, incoraggia a interrogarsi sul ruolo del diritto costituzionale nella società algoritmica, con particolare attenzione alla tutela dei diritti fondamentali e ai limiti imposti all'esercizio del potere. Le costituzioni sono infatti una parte fondamentale del contratto sociale che limita i poteri di

⁴⁶ C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *DPCE*, 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; D.K. Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, 1 ss.

⁴⁷ F. Pasquale, *From Territorial to Functional Sovereignty: The Case of Amazon. Law and Political Economy*, in *LPE*, 6 dicembre 2017.

⁴⁸ G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford 2014.

governo e garantisce le libertà individuali dall'ingerenza dei poteri esercitati dall'autorità pubblica. Nella società algoritmica, invece, la sfida primaria per il diritto costituzionale, e le democrazie costituzionali, non sembra provenire più esclusivamente dall'esercizio del potere pubblico, ma principalmente dall'esercizio di funzioni para-costituzionali da parte di attori che formalmente sono privati, ma esercitano funzioni tradizionalmente attribuite alle autorità pubbliche. Il caso della libertà di espressione è un esempio paradigmatico del nuovo disquilibrio tra poteri, che sposta l'attenzione del diritto costituzionale dalla prospettiva verticale a quella orizzontale.

Tuttavia, il ruolo delle piattaforme digitali nella società algoritmica viene affrontato in diverso modo dalle due sponde dell'Atlantico. Mentre per gli Stati Uniti le piattaforme digitali costituiscono *engines of democracy*, come sottolineato nel caso *Packingham v. North Carolina*,⁴⁹ in Europa, l'approccio all'esercizio di tali poteri privati sembra invece portare verso una nuova stagione di regolamentazione come mezzo per rendere le piattaforme più trasparenti e responsabili nell'attività di moderazione dei contenuti, di conseguenza, limitando la loro discrezionalità nel governo della libertà di espressione *online*.

Un tale differente approccio, come si vedrà di seguito, ha portato, da un lato, a una omissione e dall'altro a una reazione, quale risultato di premesse costituzionali differenti che contraddistinguono rispettivamente il costituzionalismo europeo e statunitense. Mentre quest'ultimo sembra concepire la libertà di espressione come un bene da tutelare in modo quasi assoluto, promuovendo ancora un approccio negativo e verticale, il primo non sembra tollerare invece gli abusi di diritti e libertà, specialmente tali pratiche contribuiscono a consolidare forme di potere che riflettono l'esercizio di funzioni para-pubblicistiche tali da ledere principi costituzionali quali la dignità e il rispetto dei valori democratici. In altre parole, tali modelli considerano la questione del governo privato della libertà di espressione in modo divergente, rendendo quindi il campo della *content moderation*, un modello importante per studiare non solo l'emersione di regole determinate da soggetti privati ma anche come le democrazie costituzionali non sempre condividano visioni allineate per affrontare le medesime sfide.

4.1 L'approccio reattivo europeo

Dal primo periodo di convergenza normativa basata su posizioni neoliberali, come testimoniato dal comune approccio in merito al regime giuridico degli intermediari *online*, gli Stati Uniti e l'Unione hanno intrapreso strade diverse. Mentre, alla fine del secolo scorso, quella migrazione di idee costituzionali aveva condotto l'Unione a indirizzare le proprie politiche di sviluppo dei servizi digitali principalmente guardando alla crescita del mercato interno,

⁴⁹ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ____ (2017), "It is cyberspace – the "vast democratic forums of the Internet" in general, and social media in particular".

tale approccio è stato integrato (o addirittura ribaltato) da una strategia orientata alla tutela dei diritti fondamentali e dei valori democratici. Una tale svolta in Europa non è solo il frutto del consolidamento del ruolo delle piattaforme digitali nella società dell'algoritmo, ma anche della costituzionalizzazione dello spazio europeo che, specialmente all'indomani del Trattato di Lisbona, ha consolidato il proprio percorso di lenta emancipazione dall'*imprinting* economico caratterizzante il mercato unico, portando, quindi all'emersione di una dimensione costituzionale multilivello che sembra sempre più guidare le politiche digitali dell'Unione nella nuova stagione del costituzionalismo digitale.⁵⁰

In un tale percorso, un esempio del cambio di approccio alle sfide poste dall'ambiente digitale può infatti notare già dall'attivismo della Corte di giustizia, come dimostrato da casi quali *Google Spain*⁵¹ o *Schrems*,⁵² che ha innescato così una nuova fase costituzionale europea verso l'introduzione di nuovi obblighi e procedure al fine di tutelare i diritti fondamentali e i valori democratici. Già nel 2015, a seguito del lancio della strategia del Mercato Unico Digitale,⁵³ l'Unione aveva dimostrato di voler cambiare rotta fornendo un nuovo quadro giuridico di responsabilità delle piattaforme digitali.⁵⁴ La Commissione sottolineava infatti la necessità di garantire che le piattaforme tutelino i valori fondamentali puntando sulla trasparenza e l'equità per mantenere la fiducia degli utenti e salvaguardare l'innovazione. Ciò è dovuto principalmente al ruolo centrale delle piattaforme nel dare accesso a informazioni e contenuti e, di conseguenza, all'impatto di tale sistema di governo privato sui diritti fondamentali degli utenti, richiedendo, secondo la Commissione, una responsabilità più ampia. L'adozione del regolamento generale sulla protezione dei dati è stata una pietra miliare nella costituzionalizzazione della protezione dei dati personali.⁵⁵ Allo stesso modo, la proposta per la legge sui servizi digitali è un altro esempio che mostra il cambiamento di paradigma nell'Unione verso una maggiore responsabilità

⁵⁰ G. De Gregorio, *The Rise of European Digital Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 1, 2021, 41 ss.

⁵¹ Caso C-131/12 *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González* (2014).

⁵² Caso C-362/14 *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner* (2015).

⁵³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa, COM(2015) 192 final.

⁵⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa, COM(2016) 288 final.

⁵⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016.

delle piattaforme *online* per proteggere i valori democratici.⁵⁶ Anche a livello nazionale, alcuni stati membri hanno fornito alcune risposte anche anticipando l'approccio europeo, come nel caso di Germania e Francia.⁵⁷

Un tale approccio ha quindi condotto a una nuova ondata di strumenti di *soft* e *hard law* il cui obiettivo mirava a, *inter alia*, regolamentare le attività delle piattaforme digitali. Al fine di rendere tali attori maggiormente responsabili, la Commissione ha introdotto nuovi obblighi procedurali, come risulta evidente dalla direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale,⁵⁸ dalle modifiche alla direttiva sui servizi di media audiovisivi⁵⁹ e dal regolamento sui contenuti terroristici.⁶⁰ Inoltre, l'Unione ha anche fatto ricorso a strumenti di *soft law* al fine di cooperare con le piattaforme nella lotta contro contenuti quali l'incitamento all'odio o la disinformazione.⁶¹ Queste misure hanno soltanto anticipato l'adozione della proposta di regolamento sui servizi digitali, o Digital Services Act, il cui obiettivo non è solo fornire un nuovo quadro giuridico di responsabilità delle piattaforme attraverso nuovi obblighi procedurali, ma anche mitigare le sfide costituzionali sollevate dal governo privato della libertà di espressione.

Questa nuova fase costituzionalmente orientata, innescata dalla reazione dell'Unione al consolidamento del potere delle piattaforme digitali sembra sottolineare non solo una dimensione della libertà di espressione passiva e positiva,⁶² ma anche l'incompatibilità di un approccio neoliberale rispetto al paradigma costituzionale europeo la cui matrice dignitaria sembra reagire al consolidamento di aree di potere che competano con le garanzie fornite dall'attore pubblico. In altre parole, l'irresponsabilità del potere privato

⁵⁶ 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, COM(2020) 825 final. M. Bassini, *L'Unione europea al grande passo: verso una regolazione di mercati e servizi digitali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 224 ss; G.M. Ruotolo, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *DPCE online*, 4, 2020, 5419 ss. O. Pollicino, M. Bassini, G. De Gregorio, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive*, in *MediaLaws*, 23 novembre 2020.

⁵⁷ Nel caso tedesco, si veda *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, 1 settembre 2017. Nel caso francese, si veda *Loi organique et loi ordinaire du 22 décembre 2018 relatives à la manipulation de l'information*, 22 dicembre 2018.

⁵⁸ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE

⁵⁹ Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato

⁶⁰ Regolamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021 relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici online

⁶¹ G. Pitruzzella, O. Pollicino, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Milano, 2020; O. Pollicino, G. De Gregorio, *Hate Speech: Una prospettiva di diritto comparato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2019, 421 ss.

⁶² G. De Gregorio, *Democratizing Online Content Moderation: A Constitutional Framework*, in *Computer Law and Security Review*, 36, 2020.

rispetto alle garanzie costituzionali e ai diritti costituisce una minaccia intollerabile per il costituzionalismo europeo che ha reagito promuovendo, prima, l'attivismo giudiziale della Corte di giustizia, e poi una nuova stagione di regolamentazione al fine di limitare l'esercizio dei poteri delle piattaforme sui diritti e valori democratici. In questo quadro, il costituzionalismo digitale europeo non dovrebbe essere visto solo come una mera reazione, ma una strategia a lungo termine per evitare che i valori costituzionali non vengano messi da parte da interessi economici privati al di fuori di qualsiasi scrutinio democratico.

4.2 L'approccio omissivo statunitense

Simili osservazioni non sembrano potersi estendere quando si osserva la sponda occidentale dell'Atlantico. Mentre l'Unione sembra essere in prima linea nel proporre un nuovo regime giuridico al fine di affrontare le sfide sollevate dall'esercizio dei poteri privati nell'ambiente digitale, gli Stati Uniti non hanno mostrato la stessa preoccupazione costituzionale, seguendo un percorso diverso, o meglio omissivo. Il Communication Decency Act continua a fornire un sistema di immunità per le piattaforme digitali nella moderazione dei contenuti. Si tratta soltanto di un esempio che mostra come l'approccio è ancora ancorato a una visione liberale digitale che considera il Primo emendamento come il faro principale che guida l'approccio statunitense che sembra rimanere saldo a una visione verticale e negativa della tutela della libertà di espressione *online*.

Una tale impostazione sembra essere confermata non solo dai numerosi tentativi di riforma proposti per modificare il sistema di immunità delle piattaforme, ma anche dalla giurisprudenza della Corte Suprema che ha mantenuto, se non rafforzato, il suo approccio liberale alla libertà di espressione nell'era digitale.⁶³ Nonostante gli anni trascorsi dal caso *Reno v. ACLU*, non sembra essere cambiato l'approccio di fiducia rispetto agli intermediari online come strumenti di amplificazione della libertà di espressione, come anche menzionato in *Packingham v North Carolina*. In un tale contesto, il Primo Emendamento può essere considerato la legittimazione costituzionale all'attività delle piattaforme *online* e, allo stesso tempo, un ostacolo all'intervento normativo.⁶⁴ La crescente rilevanza del

⁶³ O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights Online: A Road toward Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021.

⁶⁴ Sembra utile menzionare il tentativo dello Stato della Florida di introdurre lo "Stop Social Media Censorship Act" (Senate Bill 7072) nel maggio 2021 al fine di reagire alla rimozione discrezionali di account appartenenti a politici e candidati. La proposta è stata già largamente criticata per via del suo contrasto non solo con il Primo Emendamento ma anche con l'immunità di cui godono le piattaforme digitali come previsto dal Communication Decency Act. Non sorprende che tale proposta sia già stata portata all'attenzione delle corti e, in particolare, nel luglio 2021, la sua entrata in vigore è stata sospesa da parte della United States District Court for the Northern District of Florida. Si veda David McCabe, *Judge Blocks Florida Law Regulating Social Media Companies*, in *New York Times*, 30 giugno 2021.

Primo Emendamento ha portato alla deriva la maggior parte dei tentativi di reazione alle sfide sollevate dalle piattaforme digitali, compreso il tentativo di Donald Trump di reagire al governo privato della libertà di espressione attraverso l'introduzione di un'*executive order* che, in un tale contesto, si è rivelato un paradosso costituzionale.⁶⁵ In altre parole, più che una reazione, l'approccio statunitense può essere considerato omissivo.

La sempre maggiore distanza rispetto all'approccio europeo sembra quindi dovuta a una visione verticale e negativa delle libertà di espressione ancora interpretata come un limite al potere coercitivo esclusivamente di natura pubblicistica. In *Civil Rights Cases*,⁶⁶ la Corte suprema ha sottolineato che il XIV emendamento limita la *state action*⁶⁷ e non le interferenze private riguardo ai diritti individuali, ribadendo quindi il ruolo del diritto costituzionale quale limite al potere pubblico. Ne consegue che, mentre è possibile fare affidamento sul Primo Emendamento in caso di censura da parte dell'attore pubblico, ciò non si estende alla libertà, o potere, di cui le piattaforme godono nel prendere decisioni sulla libertà di espressione come nel caso della rimozione dei contenuti. La rigida distinzione tra attori pubblici e privati è stata evidente in un recente caso che ha coinvolto l'account Twitter di Donald Trump. In *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*,⁶⁸ la Corte Suprema ha affrontato il blocco degli utenti da Trump, o dal suo staff, rispetto alla possibilità di commentare i tweet dell'account @realDonaldTrump. In questo caso, la corte ha riconosciuto che "*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*". Questa decisione è coerente con l'idea del potere pubblico, che si estende, peraltro, non solo al Presidente, ma anche a chi gestisce i suoi *social media account*.

Con tutta probabilità, l'esito del caso sarebbe stato opposto se fosse stato Twitter a impedire agli utenti di pubblicare commenti sull'account presidenziale. Il caso del *deplatforming* di Donald Trump ha sottointeso proprio questo aspetto, ribadendo la rigidità della distinzione tra pubblico e privato negli Stati Uniti. Anche senza considerare l'immunità prevista dal Communication Decency Act, la piattaforma, quale attore privato, non è vincolata al rispetto degli obblighi costituzionali. Solo lo spazio gestito dal Presidente è considerato un *public forum* la cui censura da parte dell'attore

⁶⁵ Executive Order 13925, Preventing Online Censorship, 28 maggio 2020. Sul punto si veda G. De Gregorio, R. Radu, *Trump's Executive Order: Another Tile in the Mosaic of Governing Online Speech*, in *MediaLaws*, 6 giugno 2020.

⁶⁶ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

⁶⁷ Si veda, in particolare, S. Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 102, 2003, 387 ss.

⁶⁸ *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump* - 928 F.3d 226 (2d Cir. 2019)

pubblico trova il suo limite nelle garanzie costituzionali.⁶⁹ Come osservato dalla Corte Suprema, il coinvolgimento di una figura appartenente al potere pubblico trasforma uno spazio privato in uno di natura pubblica.

Questa decisione non rappresenta un'eccezione, ma dovrebbe essere considerata all'interno di una giurisprudenza sempre più consolidata sulla natura privata delle piattaforme. Non sorprende infatti se i tentativi degli utenti di lamentare dinanzi alle corti la violazione costituzionale della libertà di espressione da parte delle piattaforme digitali non siano mai stati accolti.⁷⁰ Non solo, infatti, la Corte suprema ma anche le corti degli stati federati hanno sottolineato in diverse decisioni che i *social media* non esercitano funzioni pubbliche né possono essere considerati *state actors*.⁷¹ Il principio di base ribadito dalla giurisprudenza statunitense si basa sulla natura privata delle piattaforme digitali che, in quanto tali, non sono soggette al Primo Emendamento. Il fatto che le piattaforme *online* consentano l'uso dei propri spazi digitali al pubblico non è sufficiente per estendere la dottrina del *public forum*, e, quindi, sottoporle alle garanzie costituzionali. Pertanto, in mancanza di una regolamentazione che traduca i diritti costituzionali in norme statutarie, le piattaforme *online* non possono essere tenute a rispettare le garanzie del Primo Emendamento, beneficiando, inoltre di una immunità da responsabilità per i contenuti pubblicati dagli utenti.

Una tale architettura costituzionale sembra essere stata confermata più di recente nel caso *Manhattan Community Access Corp. v Halleck*.⁷² Nella sua sentenza ideologica 5-4, la corte ha stabilito che una società senza scopo di lucro designata da New York City per gestire una rete televisiva ad accesso pubblico non può essere considerata un attore pubblico. Nonostante questo caso riguardasse i canali di accesso pubblico, la Corte suprema non ha ritenuto configurarsi un'attività di *state action* che dovrebbe consistere in un potere tradizionalmente ed esclusivamente esercitato dall'attore pubblico. Anche alcuni precedenti sembrerebbero essere indirizzati nel senso di limitare l'applicazione della *state action doctrine* proprio al fine di evitare di sottoporre gli attori privati ai limiti del Primo Emendamento ogni qual volta questi mettono a disposizione spazi privati per l'esercizio di diritti o liberà quali, ad esempio, la libertà di espressione.⁷³

Tuttavia, non sono mancati casi, in passato, dove la Corte ha invece esteso

⁶⁹ Sul concetto di public forum, si veda *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897). Per quanto riguarda l'applicazione ai social media, D.C. Nunziato, *From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital*, in *B.U. Journal of Science & Technology Law*, 25, 2019; L. Barnett Lidsky, *Public Forum 2.0*, in *B. U. Law Review*, 91, 2011, 1975.

⁷⁰ D. Keller, *Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech*, Hoover Institution, Aegis Series Paper No. 1902, 2019.

⁷¹ Si veda, in particolare, *Prager University v. Google LLC*, No. 18-15712, 2020.

⁷² *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, No. 17-1702, 587 U.S. ____ (2019). 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.

⁷³ *Hudgens v. NLRB* 424 U.S. 507 (1976)

l'ambito della dottrina della *state action*. Nel caso *Marsh v Alabama*,⁷⁴ la Corte ha applicato le garanzie del Primo Emendamento a una società privata che impediva la distribuzione di materiale religioso sul marciapiede di una città anche se tale area faceva parte di un'azienda cittadina di proprietà privata. Come osservato da Justice Black, “[t]he more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it”.⁷⁵ Se applicate al caso *Manhattan Community Access Corp. v Halleck*, tali parole sembrano estendersi ben oltre la prospettiva interpretativa della Corte suprema guardando all'effetto sostanziale, o funzionale, piuttosto che ad argomentazioni formali.⁷⁶ Il caso in questione mostra quindi non solo la complessità nell'estendere il rispetto degli obblighi costituzionali ai *social media* nel caso di rimozione discrezionali dei contenuti in quanto decisioni che, seppur derivanti da un soggetto privato, hanno un effetto su spazi dove si esercita la libertà di espressione, ma anche la tensione tra l'applicazione verticale e orizzontale dei diritti fondamentali nel diritto costituzionale statunitense.

Il quadro d'insieme, quindi, mostra come l'approccio degli Stati Uniti al governo della libertà di espressione sia radicato in un paradigma rigido e verticale che guarda al settore privato come una sfera che può essere perturbata soltanto dall'azione dell'attore pubblico. Anche se si discute sull'opportunità di fare ricorso alla figura dei *common carrier* o, in alternativa ai *places of public accommodation*, specialmente all'indomani della *concurring opinion* di Justice Thomas nel caso, già menzionato, riguardante il blocco di alcuni follower su Twitter da parte di Donald Trump,⁷⁷ queste soluzioni sembrano lontane in un sistema che sembra escludere qualsiasi intervento tale da ridurre le libertà delle piattaforme digitali. Sebbene la distinzione tra pubblico e privato costituisca un caposaldo per le democrazie costituzionali al fine di evitare che i soggetti privati siano assoggettati a obblighi definiti per i soggetti pubblici mentre quest'ultimi possano sfuggire alle proprie responsabilità beneficiando delle libertà del settore privato, ciò non permette di trovare un meccanismo intermedio che miri a contenere l'emersione di poteri che, seppur privati, sono sempre più *de facto* pubblici. Un approccio rigido alla distinzione tra pubblico e privato caratterizza l'approccio statunitense rendendo il sistema statico e non recettivo a potenziali turbamenti dell'equilibrio costituzionale.

⁷⁴ *Marsh v. Alabama* 326 U.S. 501 (1946).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ J. Peters, *The “Sovereigns of Cyberspace” and State Action: The First Amendment’s Application (or Lack Thereof) to Third-Party Platforms*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 32, 2017, 989 ss.); P.S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to ‘Private’ Regulation*, in *University of Colorado Law Review*, 71, 2000, 1263 ss

⁷⁷ Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, 593 U.S. ____ (2021). Si veda, ad esempio, M. Feeney, *Are Social Media Companies Common Carriers?*, in *Cato*, 24 maggio 2021; E. Goldman, *Are Social Media Services “State Actors” or “Common Carriers”?*, in *Technology & Marketing Law Blog*, 12 febbraio 2021.

5. Conclusioni

Il consolidamento della società dell'informazione ha spinto verso un'evoluzione nel paradigma di tutela della libertà di espressione dalla fine del secolo scorso. L'ascesa delle piattaforme digitali non solo ha messo in discussione il regime giuridico degli intermediari basato su un ruolo passivo, ma ha anche svelato la dimensione costituzionale della moderazione dei contenuti. La libertà di determinare e organizzare il flusso di informazioni *online* ha permesso a tali attori di costruire un'architettura di *governance* della libertà di espressione basate su standard e regole in competizione con norme e valori pubblici. In altre parole, le piattaforme sembrano sempre più esercitare funzioni pubblicistiche che tendono a consolidare il governo privato della libertà di espressione *online*.

Dinanzi a tale sfida, le due sponde dell'Atlantico hanno reagito in modo diametralmente opposto. Mentre negli Stati Uniti, una tale trasformazione non ha spinto verso una reazione costituzionale, l'Unione ha iniziato a spianare la strada verso la regolamentazione della moderazione dei contenuti come limite al potere delle piattaforme. A differenza della sponda occidentale dell'Atlantico ferma al caposaldo verticale del *First Amendment* e al *public-private divide*, i nuovi passi verso il Digital Services Act sono solo un esempio dell'approccio reattivo dell'Unione. L'introduzione di obblighi procedurali relativi alla rimozione dei contenuti o i sistemi di valutazione di rischio richiesti alle piattaforme considerate "*very large*" contribuiscono a limitare il governo privato della libertà di espressione. Ciò definisce quindi un cambiamento di rotta dell'Unione verso un costituzionalismo digitale intollerante rispetto agli approcci neoliberali o autoritari.

La reazione europea al governo privato della libertà di espressione si pone inoltre come uno standard globale per il contrasto del potere delle piattaforme. Tuttavia, l'estensione dell'approccio europeo in diversi ordinamenti giuridici necessita di tenere conto dell'impianto costituzionale di riferimento. Le reazioni e le omissioni costituzionali al governo privato della libertà di espressione mostrano come, nonostante la condivisione dei principi e capisaldi di un sistema democratico, l'Unione e gli Stati Uniti abbiano intrapreso strade sempre più divergenti. Le diverse premesse costituzionali alla base della tutela della libertà di espressione hanno spinto verso l'emersione di due modelli in relazione al potere delle piattaforme digitali che vedono sempre più le due sponde dell'Atlantico esprimere due diverse espressioni del costituzionalismo digitale e confrontarsi sul terreno della sovranità digitale.

Giovanni De Gregorio
Centre for Socio-Legal Studies
University of Oxford
giovanni.degregorio@csls.ox.ac.uk