

L'executive order sulla prevenzione della censura online: quali effetti sull'autonomia dei social network?

di Giuseppe Franco Ferrari

Abstract: The executive order preventing online censorship: what effects upon social networks' autonomy? – The recent executive order by President Trump targeting sect. 230(c) of the Communications Decency Act recommends interpreting the clause restrictively, to exclude social networking platforms from benefitting of the so-called Good Samaritan clause. While unlikely to influence the judicial understanding of the scope of application of the provision, the order may nonetheless persuade law-makers to tackle the issue of free speech online in the near future by coordinating with the main stakeholders, i.e. the internet social networking platforms.

Keywords: free speech; good Samaritan clause; social networks; editorial responsibility; intermediary immunity.

1145

1. L'Executive Order 13925

Il 28 maggio 2020 il Presidente Trump ha adottato l'*Executive Order 13925*, pubblicato poi sul *Federal Register* del 2 giugno¹. Si tratta del venticinquesimo dell'anno, una media sinora di poco superiore a quella degli anni scorsi², il che si spiega di solito con l'incremento usuale delle fasi in cui il Presidente in carica non può giovare della maggioranza in entrambe le Camere, come accade nel corso del 116° Congresso. È l'oggetto di queste norme ad essere alquanto inusuale, riferendosi alla materia dei diritti di libertà ed in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero nel contesto delle piattaforme tecnologiche. È la prima volta che un Presidente americano interviene in questo ambito, con una misura che si muove tra retorica e incisività.

Nella prassi è abbastanza normale che gli *Orders*, pur essendo formulati in articoli, contengano parti motivazionali o illustrazioni degli antefatti del dato normativo. In questo caso, però, colpisce la ridondanza del supporto apologetico, o piuttosto ideologico, delle proposizioni normative, che sono peraltro spesso istruzioni agli uffici federali piuttosto che precetti a tutto campo. È noto, d'altronde, che, anche quando lo scopo degli *Executive Orders* è di indirizzare

¹ 85 FR 34079, Doc. No. 2020-12030.

² Cfr. G. F. Ferrari, *President Trump and the Congress*, in Id. (Ed.), *The American Presidency under Trump: The First Two Years*, The Hague, 2020, 11 ss.; sullo stesso tema, per la Presidenza Obama, G.F. Ferrari, *The Relationship between Presidency and Congress*, in Id. (Ed.), *The American Presidency after Barack Obama*, The Hague, 2018, 23.

l'interpretazione giudiziale, la giurisprudenza ne tiene scarsissimo conto, almeno a giudicare dalla frequenza delle citazioni nel case book dei giudici federali³. È quindi realistico, al di là della cornice “pedagogica”, sfruttare i margini di influenza presidenziale sulle articolazioni dell'Esecutivo per supplire ad iniziative legislative che con tutta probabilità non avrebbero molte chances di approvazione e dovrebbero poi passare il filtro del sindacato di costituzionalità.

L'intera *sect. 1* non è che una premessa motivazionale intrisa di retorica in difesa della fundamentalità della libertà di manifestazione del pensiero nel contesto contemporaneo. La pratica di una “manciata” di piattaforme on line di selezionare accuratamente il discorso che può avere accesso ad internet e di ammettervelo è definita senza mezzi termini non americana ed antidemocratica. Potenti società operanti nell'ambito dei media che fungono da censori esercitano un potere pericoloso, cessano di operare come albo o contenitore passivo, *public square* del XXI secolo, e si trasformano in creatori di contenuti, con la facoltà senza precedenti di decidere che cosa l'opinione pubblica possa vedere o meno. La censura selettiva si manifesta nella pratica dell'indicare dati contenuti come inappropriati (“flagging”) anche se non in violazione delle condizioni di servizio, o nell'effettuare improvvisi e inesplorati cambi di policy con l'effetto di sfavorire alcuni punti di vista, e persino nel cancellare contenuti ed interi siti senza preavviso, motivazione né possibilità di ricorso o nell'apportare avvisi su talune comunicazioni in chiara conseguenza di *political bias*. Il responsabile della integrità della piattaforma si spingerebbe a dichiarare le proprie idee nei suoi messaggi. E tutto ciò rispetto al pensiero manifestato da Americani, mentre per altri Paesi totalitari, e segnatamente per la Cina, vengono realizzati motori di ricerca in cui intere tematiche vengono espulse in quanto “blacklisted” o in cui si diffondono false informazioni filogovernative. L'intento dell'*Order* è quindi quello di promuovere il pluralismo nell'ambiente della comunicazione digitale, di garantire trasparenza, responsabilità, integrità e piena apertura discorsiva.

Seguono poi le concrete misure operative. Quella di maggiore impatto mediatico, ma di efficacia tutta da verificare nella casistica giurisprudenziale, consiste nel raccomandare una interpretazione restrittiva, con esclusione di applicazioni analogiche, della celebre *sect. 230(c)* del *Communication Decency Act*, 1996⁴, che garantisce l'esenzione da responsabilità sia al provider che all'utente di servizi computerizzati interattivi, escludendo che possano essere equiparati all'editore o all'autore di pensiero manifestato in altri contenitori di informazioni. Analogamente per la altrettanto nota *clause 230(c)(2)*, detta “del buon Samaritano”, che protegge con equivalente immunità il provider che in buona fede blocca “contenuti osceni, impudichi, lascivi, ripugnanti, eccessivamente violenti, molesti o altrimenti sgradevoli”, con l'intenzione di proteggere soggetti deboli con particolare riguardo ai minori.

L'idea della Casa bianca è che l'espressa non equiparazione del contenitore internet a quelli tradizionali sul piano delle responsabilità fosse pensata per farne

³ Cfr. ad es. E. Newland, *Executive Orders in the Court*, 124 *Yale L. J.* 2026-2099 (2015).

⁴ Più correttamente *Telecommunications Act*, Pub. L. 104-104, 47 U.S.C. §230(c)(1).

un foro di “reale diversità del discorso politico”, depurandolo peraltro di contenuti lesivi per i minori, e che pertanto l'esenzione debba presumersi non applicabile a gestori di dimensione titanica divenuti controllori di percorsi discorsivi fondamentali per la cultura nazionale e beneficiari di immunità totale (“Behemoths blanket immunity”) anche quando, lungi dall'operare in buona fede, intraprendano iniziative decettive o pretestuose.

In concreto, il Presidente ricorre alle seguenti misure: dipartimenti ed agenzie dovranno interpretare le norme in questione in termini restrittivi; il Segretario di Stato per il commercio entro 60 giorni, d'intesa con l'Attorney General, attraverso la National Telecommunications and Information Administration (NTIA), presentare alla Federal Communications Commissions (FCC) una richiesta di adozione di apposite *rules* per chiarire restrittivamente la portata dell'interazione tra le due disposizioni, il senso dell'elemento soggettivo della buona fede, in contrapposizione all'uso decettivo o pretestuoso del filtro, la congruità del preavviso e del successivo contraddittorio (sec. 2). Inoltre, i dipartimenti dell'Esecutivo e le agenzie indipendenti devono eseguire una ricognizione delle somme versate in pubblicità e marketing alle piattaforme online e riferire entro trenta giorni all'Office of Management and Budget; il Department of Justice verificherà se qualche piattaforma sia da considerare “veicolo problematico” per il *government speech* a seguito di discriminazioni dei punti di vista, decezione dei consumatori o altre *bad practices* (sec. 3). Gli oltre 16.000 casi censiti di lagnanze su approcci censori o indebitamente selettivi, raccolti dalla Presidenza nelle ultime settimane, verranno segnalati alla Federal Trade Commission perché ne valuti la rilevanza come pratiche scorrette o decettive in termini di concorrenza e comunque per la redazione di uno specifico rapporto (sec. 4). L'Attorney General istituirà un gruppo di lavoro per la elaborazione di un progetto di legge statale modello, da essere discusso con gli omologhi uffici statali, finalizzato alla protezione dei consumatori da pratiche scorrette o decettive, dall'uso di algoritmi inteso a sopprimere contenuti o selezionare utenti in base a linee politiche o ideologie, dal ricorso a politiche specificamente dedicate a governi o associazioni antidemocratiche, a cominciare dal Partito comunista cinese, dalla possibile selezione di contraenti su base ideologica, da usi commerciali delle piattaforme suscettibili di creare profitti pure su base ideologica (sec.5). Infine, l'Attorney General elaborerà una proposta di legge federale orientata al conseguimento dei predetti obiettivi (sec.6). Seguono le consuete disposizioni definitorie e di chiusura (secs. 7 e 8).

2. L'antefatto politico-mediatico

L'*Executive Order* 13925 non nasce all'improvviso, ma è stato preceduto da una sorta di tempesta mediatica in gran parte generata dallo stesso Presidente, che peraltro ha messo in luce e drammatizzato alcuni temi centrali del preesistente dibattito culturale e dottrinale sull'uso delle piattaforme telematiche, letteralmente infiammandolo.

La scintilla è stata scoccata dalla decisione di *Twitter*, a inizio maggio, di filtrare le comunicazioni in tema di Covid, per evitare la circolazione di notizie false o comunque distorte. Ma già dal giugno 2019 era stata annunciata una stretta sulle

affermazioni di *leaders* politici e in ottobre l'esclusione di pubblicità politiche. Nella rete di controllo è caduto il 26, ovvero solo due giorni prima della emanazione dell'Order, un *tweet* del Presidente, in cui si ipotizzavano frodi nel voto per posta, con particolare riferimento alla California: il provider, non è dato sapere se su base algoritmica, a quel punto ha aggiunto una riga in azzurro con invito a verificare i fatti sul tema, allegando un link che portava ad articoli di stampa e servizi televisivi. In un altro caso Trump ha postato *tweets* relativi alla morte di una stagista dell'ex deputato repubblicano Joe Scarborough, ora giornalista televisivo, in realtà deceduta per aritmia cardiaca mentre il politico era altrove: l'insinuazione di un coinvolgimento, respinta persino dal marito della signora, ha destato polemiche vivaci, ma *Twitter* ne ha rifiutato sia la cancellazione che il *flagging*.

In contemporanea, *Facebook* ed il suo storico capo, Mark Zuckerberg, hanno rifiutato di intervenire su un messaggio del Presidente in cui si minacciava di ricorrere alle armi contro i saccheggi, non ritenuto violento, a differenza che da *Twitter*, che lo ha collocato sotto un avviso lo dichiarava "glorifying violence": questa posizione ha scatenato uno sciopero dei dipendenti di *Facebook*.

I primi commenti giornalistici hanno evidenziato che l'Order, pur essendo privo di precettività al di fuori della struttura dell'Esecutivo, potrebbe essere comunque impugnato o portato in giudizio per la sua lesività nei confronti delle aspettative di *free speech* dei providers⁵. Per l'illegittimità si è pronunciata persino una dei membri del Board della FCC⁶. Molti tuttavia ritengono che i principali soggetti del mercato non vi abbiano interesse effettivo: l'imminenza della campagna elettorale presidenziale, che anzi è in realtà già in corso, sconsiglierebbe lo scatenamento di una vicenda giudiziaria, proprio quando i candidati si accingono a spendere decine di milioni di dollari per la propria propaganda, come già nel 2016. Ma altri leggono questo atteggiamento come una vittoria di Trump, che sarebbe comunque riuscito ad indurre i providers ad un atteggiamento di maggiore prudenza verso di lui. Vi è peraltro una percezione diffusa che l'intervento presidenziale abbia una fortissima componente meramente retorica, non immediatamente suscettibile di ricadute pratiche. Non manca chi, però, pensa che Trump potrebbe essersi danneggiato; ovvero che i veri destinatari dell'iniziativa siano *Facebook* e Zuckerberg, indirettamente minacciati affinché non mutino la loro politica di ospitalità non selettiva, che si ritiene abbia favorito l'attuale Presidente già nel 2016, quando la piattaforma non prese provvedimenti contro *fake news* come l'appoggio papale alla candidatura di Trump o la presunta vendita di armi a Paesi islamici da parte di Hillary Clinton⁷. Peraltro *Facebook* è stata vittima sia di scioperi dei propri dipendenti che di risoluzione di contratti pubblicitari da parte di imprese primarie, proprio a seguito dell'atteggiamento cauto, se non simpatico verso la Casa Bianca, della piattaforma.

⁵ Il *Center for Democracy & Technology* ha proceduto tempestivamente a impugnare l'*executive order* dinanzi alla District Court for the District of Columbia il 2 giugno scorso, sostenendo che esso viola la clausola del I emendamento che protegge la *freedom of speech*.

⁶ Jessica Rosenworcel, nominata dal Presidente Obama. Cfr. *The New York Times*, 28 maggio 2020.

⁷ Cfr. ad es. *The Atlantic*, 29 maggio 2020.

Le interpretazioni dietrologiche si sprecano sui media. Rimane il fatto che il Presidente, mentre l'onda del Covid non accenna a spegnersi e le proteste per le procedure delle polizie locali dilagano, è riuscito almeno in parte a spostare l'attenzione dell'opinione pubblica verso temi certamente importanti rispetto alla versione contemporanea delle teorie sulla libertà di pensiero, ma non proprio centrali rispetto alle problematiche economiche e sociali del momento. Tra l'altro, pare che il numero dei suoi *followers*, già vicino agli 80 milioni, sia ulteriormente salito.

Va comunque valutato, al di là delle contingenze, se, dopo un quarto di secolo dall'entrata in vigore del *Communications Decency Act* e della sua interpretazione giudiziale, la situazione attuale di internet possa dare luogo a ripensamenti circa l'immunità dei providers come detentori di contenitori neutrali e se l'applicazione di filtri, algoritmici o meno, ai messaggi postati sulle piattaforme debba essere lasciata alla libera gestione dei titolari o disciplinata per legge, ed in questo caso in quale forma⁸. Certo, il clima creato dall'*Executive Order* ha innescato polemiche vivacissime, rimarcando la forte contrapposizione ideologica attualmente presente nella politica americana, ulteriormente accentuata dalla stagione elettorale che promette di essere anche più accesa del solito.

Quando la polvere si sarà posata, è verosimile che il Congresso si sforzi di trovare il tempo per una riflessione meditata su di una possibile revisione della disciplina legislativa vigente, con l'auspicio, per la democrazia americana prima e più che per questo specifico ambito di materia. Con la consapevolezza, oltre tutto, che nel settore della IT, ancora più che in altri a marcata connotazione tecnologica, la normativa che verrà adottata dal Congresso finirà inevitabilmente con l'assorbirne ogni altra, con la possibile eccezione di misure limitative adottabili in ordinamenti totalitari. Di questa peculiare forma di "eccezionalismo" la classe politica statunitense è perfettamente consapevole, se non altro per le implicazioni economiche e fiscali della primazia in essere, di cui si auspica ovviamente il mantenimento ed anzi il consolidamento. Non possono essere casuali i moniti di recente rivolti da Trump all'Unione Europea ed a taluni suoi Paesi membri in relazione alle pressioni da essi esercitate sulle grandi società dell'IT per ottenerne ragionevoli compromessi fiscali, adeguati all'entità della loro presenza sul territorio. A riprova del fatto che la minaccia di limitarne l'immunità non va esente da misure di protezione sul terreno dei ricavi, e forse di vere contropartite.

3. Le premesse costituzionali

Di revisioni della *sect. 230(c)* si parla in realtà da molti anni, essenzialmente sulla base delle pronunce giudiziali di corti statali e federali distrettuali e di circuito, dato che la Corte Suprema non è mai entrata nel cuore del problema, limitandosi ad un paio di decisioni sul perimetro della gestione delle piattaforme sociali. In particolare, *Reno v. ACLU*⁹ risale addirittura al 1997, è quindi appena successiva all'emanazione

⁸ Cfr., a questo proposito, il dibattito sul confine fra il cd. *hosting attivo e passivo* dei contenuti da parte dei providers, su cui di recente, applicando l'*acquis* comunitario, si è pronunciata anche la Corte di cassazione italiana (Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708).

⁹ 521 U.S. 844 (1997), 138 L. Ed. 2d 874.

del CDA e si riferisce al limite dell'osceno: una maggioranza di sette guidata da Justice Stevens ha sostenuto in quell'occasione che l'inserimento di "materiale osceno o indecente, ..che dipinga o descriva in termini patentemente offensivi secondo standards comunitari contemporanei" non può essere vietato in quanto limitazione in bianco fondata sui contenuti, come tale incompatibile con la protezione del I Emendamento¹⁰. *Packingham v. North Carolina*¹¹, adottata più di recente a maggioranza di cinque a tre con *opinion* di Kennedy, è ancora più periferica, in quanto statuisce l'incostituzionalità di una legge statale che esclude dall'accesso ad internet l'autore di reati sessuali, ritenendo che esistano mezzi meno restrittivi per ottenere il risultato della prevenzione di nuovi crimini dello stesso tipo che non il divieto totale di avvalersi dello "spazio protetto" dal I Emendamento.

La giurisprudenza dei primi anni successivi all'entrata in vigore della legge ha evidenziato lo scopo originario dell'intervento del Congresso, ovvero quello di promuovere il valore della libertà di espressione a livello globale, coniugarlo con l'innovazione tecnologica, e dunque lasciare evolvere il mercato, senza escludere ragionevoli salvaguardie per gli utenti, ma tutelando il provider con la cosiddetta *intermediary immunity*. Qualche decisione giudiziale anteriore aveva in effetti già affermato che un contenuto diffamatorio inserito dal gestore senza sapere o aver ragione di sapere di esso non genera responsabilità¹², mentre essa scatta se la piattaforma si riserva il diritto di editare il contenuto e depurarlo di espressioni offensive¹³. Il legislatore federale ha sommato i due dispositivi ora richiamati, ricavandone la regola della *sect. 230(c)* ed introducendovi tre eccezioni soltanto: attuazione di legge penale federale, disciplina della proprietà intellettuale e normativa sulla privacy nelle comunicazioni elettroniche (*sect. 230(e)*). Il presupposto di questa disciplina è la definizione di "interactive computer service"¹⁴ come sistema che consente o fornisce accesso multiplo agli utenti, la prima al mondo in questo ambito destinato ad un enorme sviluppo immediato. L'immunità del provider viene integrata però dalla clausola¹⁵ che estende la protezione ai tentativi fatti in buona fede per restringere l'accesso o la disponibilità di materiali quando il gestore ravvisi gli estremi dell'osceno o violento, a prescindere dal fatto che si tratti di fattispecie a protezione costituzionale o meno. Per un periodo relativamente lungo le corti si sono scrupolosamente attenute ad un'interpretazione rispettosa dell'ampiezza dell'immunità garantita da quella che viene comunemente chiamata la "clausola del buon Samaritano"¹⁶. Quasi subito si

¹⁰ Cfr. ad es. K.L. Rappaport, *In the Wake of Reno v. ACLU: The Continued Struggle in Western Constitutional Democracies with Internet Censorship and Freedom of Speech Online*, 13 *Am. Un. Int. L. Rev.* 765 (1997) e J. Axelrod-Contrada, *Reno v. ACLU: Internet Censorship*, Torrytown, N.Y., 2007.

¹¹ 582 U.S. ___, 198 L. Ed. 2d 273 (2017).

¹² *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.* [1991] 776 F. Supp. 135 [S.D.N.Y.].

¹³ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, [1995] Index No. 31063/94 (N.Y. Sup. Ct.).

¹⁴ 47 U.S.C. §230(f)(2).

¹⁵ Della *sect. 230 (c)(2)*.

¹⁶ V. ad es. *Zeran v. America Online*, [1997] 129 F.3d 327 (4th Cir.), in cui un utente indica nome e contatti di terzo accusato di diffondere materiali relativi ad un recente attacco terroristico; *Blumenthal v. Drudge*, [1998] 992 F. Supp. 44 (D.D.C.), in cui l'attore veniva accusato di abusi domestici; *Batzel v. Smith*, [2003] 333 F.3d 1018 (9th Cir.), in cui il

forma altresì l'ulteriore garanzia per il provider secondo cui è irrilevante l'aver apportato minori variazioni in sede di *editing*, mantenendo però la forma essenziale del messaggio¹⁷. È verosimile che sia stato proprio questo robusto scudo protettivo a trasformare internet da uno strumento di uso inizialmente governativo ed accademico in una sorta di “public commons” a vocazione commerciale, in cui gli utenti si scambiano opinioni su fornitori di beni e servizi prima di procurarseli acquistandoli direttamente in rete, mentre i gestori si limitano neutralmente ad intermediare esternazioni più o meno accurate. Molta parte del discorso pubblico è venuto progressivamente dislocandosi sui social media, cambiando per molti aspetti in profondità le dinamiche stesse della democrazia e incidendo del pari sulla struttura del mercato¹⁸. A questi sviluppi ha contribuito anche il lavoro giurisprudenziale intorno ai limiti dell'immunità, che almeno fino al 2010 è stata via via rafforzata, ad esempio ritenendo irrilevante l'inserimento da parte del gestore di evidenziazioni di giudizi negativi¹⁹ oppure la conoscenza da parte sua dell'esistenza di illeciti nel testo pubblicato²⁰.

Qualche critica al sistema ha iniziato a levarsi in maniera consistente solo dopo il 2010, sia pur sulla base di considerazioni già note sin quasi da subito. Da un lato, vi sono state proteste vivacissime da parte delle vittime di “revenge pornography” e di cyberbullismo, pressoché impossibilitate a tutelarsi. Decine di Stati ed alla fine lo stesso Congresso federale hanno adottato misure legislative per contenere questo fenomeno²¹.

Un diverso filone di attacchi contro l'immunità è stato condotto da parenti di vittime di attacchi terroristici, secondo i quali le attività di reclutamento, finanziamento e propaganda, oltre che di materiale predisposizione delle azioni da parte di organizzazioni terroristiche sarebbero favorite dai social media²². Anche su questo versante la giurisprudenza ha tenuto la linea di piena difesa del provider²³, rendendo ulteriormente arduo azionare pretese alla luce dell'*Antiterrorism Act*

messaggio protetto si riferisce all'accusa di detenere materiali sottratti ad ebrei durante la guerra.

¹⁷ Cfr. *Batzel v. Smith*, cit. *supra*.

¹⁸ La letteratura su queste conseguenze della tutela del *provider* è immensa. Cfr. ad es. J. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, 36 *Pepperdine L. Rev.* 427 (2009); J. Kosseff, *Twenty Years of Intermediary Immunity: The U.S. Experience*, 14 *SPSCRIPTed* 5 (2017).

¹⁹ *Reit v. Yelp!*, [2010] 29 Misc. 3d 713 (N.Y. Sup. Ct.).

²⁰ Ad es. *Doe v. GTE Corp.*, 347 F.3d 655 (7th Cir. 2003).

²¹ Cfr. infatti l'*Intimate Privacy Protection Act* del 2016 (IPPA). Cfr. M.A. Franks, 'Revenge Porn' Reform: A View from the Front Lines, 69 *Fla. L. Rev.* 1251 (2017) e K.A. Mitchell, *The Privacy Hierarchy: A Comparative Analysis of the Intimate Privacy Protection Act vs. the Geolocation Privacy and Surveillance Act*, 73 *Miami L. Rev.* 569 (2019). V. anche M.A. Franks, *Unwilling Avatars: Idealism and Discrimination in Cyberspace*, 20 *Colum. J. Gender & L.* 224 (2011).

²² V. ad es. A. Tsesis, *Social Media Accountability for Terrorist Propaganda*, 86 *Fordham L. Rev.* 605 (2017) e N. Phe, *Social Media Terror: Revaluating Intermediary Liability under the Communication Decency Act*, 51 *Suff. U.L. Rev.* 99 (2018).

²³ Cfr. ad es. *Fields v. Twitter*, 217 F. Supp. 3d 1116 (N.D. Cal. 2016) e *Gonzalez v. Google, Inc.*, (Case No. 4:16-cv-3282 (DMR)(N.D. Cal. Nov. 06, 2016).

(ATA)²⁴, già ostacolato nella risarcibilità dalla difficoltà di individuare gli autori degli atti di terrorismo ed a maggior ragione di aggredirne i patrimoni.

Le pronunce che hanno interpretato restrittivamente le clausole della *sect. 230(c)* sono state ben poche. Si ricorda ad esempio *Fair Housing Council v. Roommates.com, LLC*²⁵, in cui il sito, destinato alla ricerca di compagni di appartamento, creando profili fondati su sesso, razza, religione ed altre condizioni sociali o culturali, favoriva la formazione di contenuti condizionati, non limitandosi ad editarli. Negli ultimi anni, tuttavia, rassegne a tappeto dell'uso della *sect. 230(c)*²⁶ documentano un numero crescente di pronunce orientate a restringere la portata dell'immunità, soprattutto laddove emergano forme di danno arrecabile online relativamente nuove.

Ad esempio, in un caso²⁷ la corte federale ha ricavato dal tenore dei posts l'impressione che il gestore del sito web non inducesse i terzi a credere di star citando o riproducendo contenuti altrui; in un altro, la corte federale di appello²⁸ ha ammesso ed accolto il ricorso di una aspirante modella contro un sito operante nel settore della moda sul presupposto che il gestore non ignorasse che le utenti erano a rischio di essere drogate, stuprate ed usate per registrare immagini pornografiche.

Tra le tante proposte di modificazione della *sect. 230(c)*, la più interessante, ma pur sempre non riuscita, è stata quella di introdurre lo stesso meccanismo previsto dal *Digital Millennium Copyright Act*²⁹, ossia la limitazione dell'immunità ai casi in cui la piattaforma abbia rimosso il messaggio in violazione dei diritti di proprietà intellettuale dietro segnalazione della parte lesa. Qualche autore ha avuto la sensibilità di guardare oltre oceano a sistemi che ammettono la rimozione, come il *Defamation Act* britannico del 1996 come modificato nel 2013³⁰, proponendo l'introduzione di clausole "takedown", subordinate almeno ad una *notice of complaint* da parte di chi si presume danneggiato.

Nel frattempo comunque molti providers hanno, anche per effetto della giurisprudenza più recente e del diffondersi di forme ulteriori di illegalità³¹, iniziato a sviluppare pratiche procedurali e tecnologiche idonee a moderare i contenuti immessi nei siti. *Google*, ad esempio, ha adottato una "User content and conduct policy"³² per limitare i danni da utenti che promuovano violenza su individui o gruppi su base di razza, religione, disabilità, sesso, età, nazionalità, orientamenti sessuali, o che comunque incitino all'odio. Gli utenti di *Facebook*

²⁴ 18 U.S.C. § 2333(a). v. anche J.D. Simon, *Lone Wolf Terrorism: Understanding the Growing Threat*, Buffalo (N.Y.), 2016.

²⁵ 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

²⁶ V. ad es. J. Kossef, *Twenty Years of Intermediary Immunity*, cit. 23 ss. E anche Id., *The Gradual Erosion of the Law that Shaped the Internet: Section 230's Evolution over Two Decades*, 18 *Col. Sc. & Tech. L. Rev.* 1 (2017).

²⁷ *Diamond Ranch Academy v. Filer*, [2016] Case No 2:14-cv-751-TC (D. Utah).

²⁸ *Doe v. Internet Brands, Inc.*, [2016] Case No. 12-56638 (9th Cir.).

²⁹ P.L. 15-304, codificato come 17 U.S.C. §§ 101, 104, 104A, 108, 114, 132, 512, 1201-1205.

³⁰ A. Bennis, *Realism about Remedies and the Need for a CDA Takedown: A Comparative Analysis of §230 of the CDA and the U.K. Defamation Act 2013*, 27 *Fla. J. Int'l L.* 297 (2015).

³¹ Ma buona parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene questo approccio incluso nella *ratio legis*: v. ad es. *Zeran v. America Online*, 129 F.3d 331.

³² Reperibile all'indirizzo www.google.com/intl/en-US/+policy/content.html.

possono segnalare la violazione dei *community standards*³³ indicandone il tipo e richiedendo un intervento. In vari casi il filtro è effettuato automaticamente grazie ad algoritmi per l'applicazione dei *community standards*, oppure si richiede all'utente di valutare la qualità di commenti scelti a caso, ovvero infine si limita la possibilità di inserire post anonimi.

Alcune piattaforme sono andate oltre l'obbligo previsto da norma federale di notificare ad un apposito centro l'eventuale uso del servizio per distribuire pornografia infantile, sviluppando tecnologie che consentono di accedere ai clouds o alle mail degli utenti per rilevare mediante scanner la presenza di tale materiale. In questi casi, però, l'elasticità della clausola del buon Samaritano si spinge in una sfera a sua volta riservata, operando *ex ante* bilanciamenti di valori che non si giustificano sulla sola esigenza di creare un ambiente *family-friendly*.

Insomma, l'*Order 13925* non arriva del tutto inatteso, al di là delle circostanze contingenti, e l'opportunità di una revisione del CDA potrebbe derivare dalla trasformazione di internet nel quarto di secolo dalla sua adozione³⁴.

4. La portata e le ricadute

Rimane tuttavia da chiedersi se l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sia davvero giunta al punto di consigliare un radicale ripensamento della *good Samaritan clause* o se invece solo contingenze politiche abbiano indotto la Presidenza ad un intervento così brusco e peraltro al tempo stesso limitato, in considerazione della difficoltà di una misura legislativa nello scorcio di mandato che rimane, nell'estate del 2020, in presenza di difficoltà prima pandemiche e poi economiche.

Le istruzioni fornite a dipartimenti direttamente dipendenti dalla Casa bianca potranno produrre qualche effetto. Che invece la FCC sia vincolata sia ad adottare *rules* che ad avviare procedimenti in forma di *adjudication* dietro richiesta della Presidenza è tutt'altro che scontato. Tanto più, è da escludere in fatto, oltre che in diritto, che il Giudiziario debba orientare la propria attività interpretativa ad una lettura restrittiva secondo le indicazioni presidenziali, dando applicazione ad un dato normativo più che ventennale, su cui, al di là di ovvi adattamenti al variare delle tipologie lesive, si è formato un corpo di pronunce consolidato. Mentre l'attenzione comparatistica verso realtà pur meritevoli di attenzione, come quella dell'Unione Europea e quella giapponese, è, come si è visto, decisamente rara, se non eccezionale.

Se si tratti di convulsioni preelettorali o di tensioni di medio periodo, destinate a sfociare in un profondo ripensamento normativo, è troppo presto per dire. Certo è difficile immaginare che lo stesso Trump, se rieletto, o Joe Biden possa affrontare il tema in Congresso senza un accordo con i grandi providers, che avrebbero in gioco il loro futuro come aziende e la loro stessa capitalizzazione. Al tempo stesso, ormai la democrazia americana è segnata dalle forme social del

³³ In www.facebook.com/communitystandards.

³⁴ V. una panoramica delle proposte di modificazione in J.R. Reidenberg & oth., *Section 230 of the Communication Decency Act: A Survey of the Literature and Reform Proposals*, New York (N.Y.), 2012.

discorso politico, con i vantaggi comunicativi acquisiti, ma anche con gli aspetti di imbarbarimento populistico da difetto di responsabilità dei gestori, al netto delle iniziative spontanee o semi-spontanee di autocontrollo non equivalente a intervento sui testi degli utenti. Cambiamenti radicali richiedono largo consenso di molti gruppi di interesse. Finora, il consenso si è formato sulla clausola del buon Samaritano, integrata dal lavoro del formante giurisprudenziale. Ricrearlo su nuovi equilibri e bilanciamenti sarà compito non facile né breve. Inoltre, l'eccezionalismo, concepito questa volta non negativamente come esenzione da regole globalmente condivise, ma addirittura in positivo come detenzione del controllo sugli operatori, in termini di proprietà, di fisco e se possibile di regole (salvi gli adattamenti ad esigenze di contesti illiberali o totalitari ove necessario), non è approccio che possa agevolare la ricerca di nuove soluzioni.

I mesi della pandemia, poi, hanno mostrato come sia divenuta incontenibile la circolazione di *fake news* attraverso i social media. Il *Wall Street Journal* è stato il primo a parlare di *Infodemic* per descrivere la diffusione di teorie prive di fondamento scientifico anche minimo, che pretendono di spiegare le cause del contagio e persino di indicare terapie. Il dilagare di queste false notizie è divenuto incontrollabile, mentre è appunto fuori gioco la responsabilità di chi le ospita. Questa volta la responsabilità non può essere attribuita a nemici esterni secondo teorie complottistiche che individuino autori russi, cinesi o islamici. La fonte è certamente interna al *discourse* americano. La tendenza, invalsa ormai già da un certo numero di anni, a favorire la riservatezza nella formazione di gruppi di amici e parenti, fondati su interessi sportivi, religiosi, culturali o anche solo personali, favorisce la diffusione incontrollabile delle *fake news* e soprattutto la loro credibilità. In più gli stessi social con i propri algoritmi indirizzano gli utenti verso gruppi già esistenti sulla base del censimento delle loro preferenze. Non si può neppure passare sotto silenzio il fatto che *Zoom*, con sede in California, abbia bloccato a fine maggio gli accounts di *leaders* delle proteste di piazza Tienanmen, residenti da molti anni negli Stati Uniti, che intendevano celebrarne l'anniversario con riunioni a distanza, come era accaduto già lo scorso anno con *LinkedIn*. In assenza di partecipanti dal territorio cinese, la mossa è apparsa come un mero atto di prudenza, se non di obbedienza, verso il Governo della Repubblica popolare cinese.

Il risultato sembra essere quello di una democrazia in cui l'opinione pubblica rischia di venire condizionata da uno dei più diffusi canali di comunicazione, se non il più diffuso in assoluto, a gestione totalmente privata e neppure in grado di controllare gli effetti dei propri algoritmi. I tempi di William Randolph Hearst e di Joseph Pulitzer paiono una stagione quasi invidiabile. Quelli di Ted Turner e di Rupert Murdoch sembrano già lontani. Il problema pare essere ben più grave del *flagging* di *Twitter*. Non occorre evocare il grande Tocqueville per credere che una partecipazione malata è il primo passo per il declino di una grande democrazia.

È comunque problematico immaginare percorsi costituzionalmente legittimi attraverso i quali pervenire a regolazioni di fonte pubblicistica dei social media. Nella giurisprudenza, inclusa quella sporadica della Corte Suprema, ed in dottrina

è pacifico che essi costituiscano “luoghi importanti per parlare ed ascoltare”, “per impegnarsi in un ampio raggio di attività protette dal I Emendamento”³⁵, vere piazze pubbliche digitali. In fatto, però, è altrettanto evidente che, oltre a selezionare gli accessi con criteri anche imperscrutabili, essi intervengono anche sui contenuti, non solo in ottemperanza agli obblighi imposti dal CDA, ma con interventi che spesso vanno al di là della buona fede per prevenire contenuti osceni o violenti, come consentito dalla stessa legge, e contribuiscono a dare vita a gruppi selezionati per affinità, formano regole comunitarie, ricevono ed ospitano annunci pubblicitari imponendoli in sostanza agli utenti finali e contribuiscono a formarne opinioni ed abitudini non solo commerciali. Non sorprende che qualche autore meno formalista li definisca “nuovi governatori” o “sovrani del cyberspazio”³⁶. Nondimeno, se le funzioni selettive e di controllo venissero affidate ad un soggetto pubblico o regolate da fonte federale, la difficoltà di ordine costituzionale sarebbe ovviamente quella della *State action*, vietata dal I Emendamento, come pure se i providers venissero parificati a una emittente televisiva o al direttore o proprietario di una testata giornalistica.

In almeno un caso, peraltro non recente³⁷, la Corte Suprema ha ammesso che un nucleo urbano interamente di proprietà di una società privata generi un interesse del pubblico al funzionamento della comunità in modo che i canali di comunicazione rimangano liberi e che quindi il governo di un soggetto privato non possa limitare libertà fondamentali. Ma, almeno dal 1976, non è più tornata su simili posizioni³⁸, richiedendo, per ammettere che un comportamento privato equivalga a *State action* limitativa di diritti protetti dal I Emendamento, una compenetrazione stretta o addirittura simbiotica³⁹ tra le istituzioni pubbliche e l'operatore privato in questione. Dalla Corte Rehnquist in poi, un cambiamento di rotta è sempre parso impossibile, perché la *State action doctrine* presidia la linea divisoria tra le sfere del pubblico e del privato: obliterarla significherebbe imprimere una forte componente democratica in un modello che vuole continuare a caratterizzarsi come liberale e soprattutto presupporrebbe un disegno di riforma socio-politica come quello preconizzato nella celebre *footnote 4* di *Carolene Products*⁴⁰ e attuato almeno in parte dalla Corte Warren. Non è un caso che le corti inferiori abbiano sistematicamente escluso di qualificare i social media come public forum, assimilabile ad una funzione pubblica, o comunque di riconoscerli caratterizzati dalla compenetrazione tra privato e pubblico necessaria secondo giurisprudenza consolidata per identificare uno *State actor*.

Perché un simile impianto di casi possa venire smontato o sostanzialmente corretto, occorrerebbe un vero rovesciamento di paradigmi, magari innescato da

³⁵ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ___, 137 S.Ct. 1730, 1735 (2017).

³⁶ V.ad es. J. Peters, *The “Sovereign of Cyberspace” and State Action: The First Amendment’s Application – or Lack Thereof- to Third Party Platforms*, 32 *Berkeley Tech. L. J.* 989 (2017); K. Klonik, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 *Harv. L. Rev.* 1598 (2018).

³⁷ *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

³⁸ Cfr. *Hudgens v. N.L.R.B.*, 424 U.S. 507 (1976).

³⁹ *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Ass’n*, 531 U.S. 288 (2001).

⁴⁰ 304 U.S. 144 (1938).

qualche evento di grande portata. Il paradosso è che di solito l'ampliamento del concetto di *State action* viene patrocinato da chi vuole estendere l'efficacia dei diritti fondamentali all'ambito privato, mentre in questa vicenda a promuovere forme di *regulation* sono invece i conservatori, almeno in questa fase di reazione a interventi selettivi dei gestori in politica interna e preclusivi o corrivi in politica estera.

Giuseppe Franco Ferrari
Dip.to di Studi giuridici
Università comm.le L. Bocconi
ferrari.giuseppe@uniboconi.it