

Articoli e saggi

Il dibattito sull'*online speech*: alla ricerca di un fondamento ideologico solido e coerente, tra libertà di espressione, "*economic speech*" e libertà di iniziativa economica*

Riccardo de Caria

SOMMARIO: 1. Introduzione: un dibattito quasi a senso unico e una diversa prospettiva. – 2. Quanto è speciale l'*online speech*? – 3. I diversi approcci alla regolazione della materia in prospettiva comparata. – 3.1. *User-generated content*. – 3.2. *Hate speech* e disinformazione. – 4. Le attuali prospettive di evoluzione normativa e giurisprudenziale, alla luce delle principali posizioni nel dibattito *mainstream*. – 5. Libertà di espressione online: le ragioni per un approccio coerente e ideologicamente solido (e risposta alle possibili obiezioni). – 6. Conclusione: tra libertà di espressione, "*economic speech*" e libertà contrattuale e d'impresa.

Impelled by the notions that science is oppression and criticism is violence, the central regulation of debate and inquiry is returning to respectability – this time in a humanitarian disguise. In America, in France, in Austria, and Australia and elsewhere, the old principle of the Inquisition is being revived: people who hold wrong and hurtful opinions should be punished for the good of society. If they cannot be put in jail, then they should lose their jobs, be subjected to organized campaigns of vilification, be made to apologize, be pressed to recant. If government cannot do the punishing, then private institutions and pressure groups – thought vigilantes, in effect – should do it».

Jonathan Rauch
Kindly Inquisitors: The New Attacks on Free Thought
(University of Chicago Press, Chicago, 1993, 6)

* L'autore desidera ringraziare IREF per il generoso sostegno nelle ricerche necessarie a questo articolo, Carlo Lottieri per il prezioso confronto a distanza su un tema di grande importanza per il medesimo, Giovanni Boggero per alcuni preziosi suggerimenti relativi ad una precedente versione, nonché Marco Giraud e Massimiliano Trovato per alcuni utili consigli di lettura, e tutti i partecipanti al workshop IREF 2022, svoltosi a Napoli l'8 ottobre 2022, per gli ottimi spunti. Il presente lavoro costituisce un ampliamento nonché un aggiornamento delle ricerche avviate per un precedente mio lavoro pubblicato da IREF, *Offers they can't refuse: a (negative) assessment of the impact on business and society at-large of the recent fortune of anti-discrimination laws and policies* (IREF Working Paper NO. 2021-04, July 2021, disponibile su https://enirefeurope.b-cdn.net/wp-content/uploads/sites/3/2021/07/de_caria_202104.pdf), successivamente ripreso in R. de Caria, *Offerte che non si possono rifiutare. Una valutazione (negativa) dell'impatto sulle imprese e sulla società nel suo complesso della recente nuova fortuna di leggi e politiche antidiscriminatorie*, in *O.D.C.C.*, 2022, 479.

1. *Introduzione: un dibattito quasi a senso unico e una diversa prospettiva*

Sulla libertà di manifestazione del pensiero online esiste ormai una letteratura vastissima¹. La maggioranza di tale letteratura, però, anche da premesse ideologiche apparentemente molto distanti, sembra accomunata dall'idea della necessità di maggiori restrizioni, volte a contrastare di volta in volta i discorsi d'odio, le cosiddette *fake news*, o lo strapotere delle piattaforme². In questo scritto, vorrei proporre un punto di vista diverso, sostenendo l'opportunità di riconsiderare le ragioni di un classico approccio "*civil libertarian*" alla libertà di espressione, nonostante alcune serie obiezioni mosse all'interno della stessa prospettiva libertaria.

In quest'ottica, considererò prima le specificità dell'*online speech*, ovvero dei casi, sempre più preponderanti, in cui le espressioni del pensiero vengono manifestate tramite internet, vuoi nelle sezioni di commento in qualsivoglia sito web, vuoi negli onnipervasivi *social media* (§ 2). Successivamente, prenderò in esame in primo luogo lo stato dell'arte della tutela della libertà di espressione online a livello comparato (§ 3), per poi ricostruire le opposte prospettive maggiormente diffuse nel dibattito pubblico e scientifico, che, come detto, invocano l'introduzione di nuovi limiti alla protezione di un diritto che storicamente in Occidente, e in modo particolare negli Stati Uniti, ha tradizionalmente goduto di una tutela molto forte (§ 4). Infine, esporrò le ragioni, che ritengo preponderanti, per un approccio coerentemente non-interventista alla questione (§ 5), per poi, nel para-

¹ Esula dagli obiettivi di questo lavoro tentare di fornire una versione sintetica, ed inevitabilmente incompleta, di una bibliografia ormai immensa e per di più in continua crescita, che include, oltre alle monografie e alle riviste scientifiche (peraltro anch'esse in aumento, si pensi alla recentissima nascita del *Journal of Free Speech Law*, sul cui primo numero si segnala in particolare J.M. Balkin, *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*, 71-96; dello stesso autore, v. anche, tra i molti, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79(1) *NYU L. Rev.* 2004, 1), anche pubblicazioni di carattere divulgativo, ricerche di *think tank* e gruppi di interesse, studi delle istituzioni, articoli di quotidiani e riviste e così via. Naturalmente, darò puntualmente conto nel prosieguo dei principali lavori con cui mi sono misurato per affrontare gli specifici temi trattati, senza alcuna pretesa di esaustività dell'enorme panorama editoriale esistente in argomento. Vorrei altresì precisare che non mi occuperò in questa sede di temi connessi all'*online speech* ma che esulano dall'argomento qui specificamente considerato, come ad esempio le questioni relative alle conseguenze in ambito scolastico o lavorativo di manifestazioni di pensiero espresse su internet, oggetto ad es. della decisione della Corte Suprema Usa nel caso *Mahanoy Area School District v. B.L.*, 594 U.S. (2021).

² In questo panorama, si segnalano per originalità la proposta, pur dichiaratamente iscritta nel solco del liberalismo classico, di adattare alla libertà di espressione dei "modelli regolatori decentralizzati" sviluppati in settori come le emissioni inquinanti: M. Giraudo, *Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le "esternalità costituzionali"*, *mediaLAWS. Rivista di diritto dei media*, 3/2021, 108-123; nonché quella di B.M. Frischmann e S. Benesch di adottare dei voluti rallentamenti all'altrimenti inarrestabile flusso di opinioni espresse negli ambienti digitali: B.M. Frischmann, S. Benesch, *Friction-In-Design Regulation as 21st Century Time, Place and Manner Restriction* (1° agosto 2022), disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4178647>. Di B.M. Frischmann si segnala altresì in argomento il più risalente *Speech, Spillovers, and the First Amendment*, vol. 2008(1) *Univ. Chig. Legal Forum*, 2008, 301.

grafo conclusivo, tirare le fila dell'analisi svolta, con uno sguardo ai diversi possibili scenari di regolazione che si prospettano per il prossimo futuro (§ 6).

2. Quanto è speciale l'online speech?

Come anticipato, la premessa necessaria alla presente analisi consiste nel chiedersi se sussistano delle ragioni che, al di là dell'autoevidente rilevanza quantitativa del fenomeno delle manifestazioni di pensiero online, inducano a ravvisare sul piano qualitativo delle peculiarità tali da giustificare una considerazione prima, e una regolamentazione poi, a sé stanti.

In effetti, ritengo debba sempre valere la premessa per cui è sempre preferibile resistere alla tentazione di invocare nuove leggi per tener testa alle incessanti innovazioni tecnologiche³. D'altro canto, è stato correttamente osservato che, per certi versi, la possibilità che i *social media* danno a chiunque di esprimere la propria opinione su ogni cosa, in teoria anche nella forma più virulenta, ha delle sorprendenti analogie con una fase assai risalente della stampa, quando la pubblicazione di libelli e – diremmo con termine diffusosi in seguito – *samizdat*⁴ era a disposizione di tutti coloro che avessero accesso ad una “*printing press*”⁵, qualcosa di assai più diffuso di quanto non si immagini⁶. Come riconosciuto da una celebre sentenza della Corte Suprema degli Usa del 1997, *Reno v. ACLU*, «*Through the use of chat rooms, any person with a phone line can become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox. Through the use of Web pages, mail exploders, and newsgroups, the same individual can become a pamphleteer*»⁷.

La disintermediazione offerta dalle piattaforme (rispetto ai media tradizionali) ha dunque un significativo antecedente storico proprio all'indomani dell'invenzione della stampa, ciò che oggi viene invece posto in contrapposizione proprio con le nuove tecnologie, che ne starebbero causando la rapida obsolescenza e secondo molti a breve il superamento⁸.

³ R. de Caria, *Old is Sometimes Better: The Case for Using Existing Law to Face the Challenges of the Digital Age*, *Cambridge L. Rev.*, 4(2), 68. In argomento, cfr. diversi saggi contenuti in S. J. Brison, K. Gelber (eds.), *Free Speech in the Digital Age*, Oxford, 2019.

⁴ Si tratta di espressione quanto mai appropriata: l'etimologia di questo termine russo richiama infatti proprio l'autopubblicazione.

⁵ Devo questa idea a Michele Graziadei; l'ho espressa anche in *The European common constitutional traditions on freedom of expression. A comparative assessment*, *Riv. trim.dir. pubbl.*, 2022, 72(2), 391.

⁶ Cfr. M-C. Felton, *Maîtres De Leurs Ouvrages: L'édition À Compte D'auteur À Paris Au XVIIIe Siècle*, Oxford University Studies in the Enlightenment, Oxford, Voltaire Foundation, 2014. In prospettiva storica, si segnala anche di recente Jacob Mchangama, *Free Speech: A History from Socrates to Social Media*, New York, 2022.

⁷ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 870.

⁸ Cfr. l'interessante riflessione a più voci promossa dal quotidiano online Politico, *Is the Media Doomed?*, 21 gennaio 2022, disponibile su <https://www.politico.com/news/magazine/2022/01/21/media-journalism-future-527294>.

Tuttavia, è pur vero che il fatto di essere espresse online comporta per le manifestazioni del pensiero alcune novità e differenze fondamentali rispetto ai canali che veicolavano le opinioni quasi in esclusiva fino all'avvento delle nuove tecnologie, ovvero essenzialmente i media tradizionali.

Un primo dato di cui tenere conto è certamente l'enorme capacità di diffusione dei messaggi affidati ad internet, con la caratteristica di travalicare i confini nazionali degli stati sovrani. Se la stampa, ma anche la tv e la radio, scontavano i limiti fisici e logistici legati alla distribuzione e al numero finito delle frequenze, oggi, secondo un meccanismo molto noto⁹, un contenuto digitale si può diffondere in modo cosiddetto virale, ovvero in maniera molto ampia e in tempo molto breve, potenzialmente in ogni parte del mondo. Come riconosciuto sempre in *Reno*, nel passaggio immediatamente precedente a quello sopra citato, «*unlike the conditions that prevailed when Congress first authorized regulation of the broadcast spectrum, the Internet can hardly be considered a "scarce" expressive commodity. It provides relatively unlimited, low cost capacity for communication of all kinds. The Government estimates that "[a]s many as 40 million people use the Internet today, and that figure is expected to grow to 200 million by 1999."* This dynamic, multifaceted category of communication includes not only traditional print and news services, but also audio, video, and still images, as well as interactive, real time dialogue»¹⁰ (questo è indubbiamente ancor più vero oggi che il numero di utenti di internet è cresciuto di 125 volte¹¹ e continua ad aumentare).

Dal punto di vista giuridico, questo solleva importanti questioni di diritto internazionale privato, ovvero quale sia la giurisdizione competente e quale la legge applicabile, come ben noto fin dal *leading-case LICRA v. Yahoo!*¹², forse il primo o comunque il più noto ad aver affrontato la questione dell'extraterritorialità dell'ap-

⁹ Gli studi in argomento sono molteplici: un punto di riferimento, benché ormai già risalente, è J. Berger, K.L. Milkman, *What Makes Online Content Viral?*, *Journal of Marketing Research*, 2012, 49(2), 192.

¹⁰ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 870.

¹¹ Secondo i dati di Statista, ad aprile 2022 la popolazione digitale globale era infatti di 5 miliardi di persone; di questi, il 93%, ovvero 4,65 miliardi, risultano essere utenti dei *social media*: *Global digital population as of April 2022*, <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/>. Cfr. anche le cifre citate da G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, 157-8: «*More than two billion users are today governed by Facebook's community guidelines, and YouTube decides how to host and distribute billions of hours of video each week*»; il capitolo 5, *Digital Constitutionalism and Freedom of Expression*, è una miniera di informazioni bibliografiche in argomento. Tra i molti, si segnala anche il recente E. Celeste, A. Heldt, C.I. Keller (eds.), *Constitutionalising Social Media*, New York, 2022; v. anche, sempre di E. Celeste, *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bills of Rights*, London, 2022.

¹² *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (LICRA c. Yahoo!)*, Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 maggio 2000. Cfr. anche, molto più di recente, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, Corte di Giustizia dell'Ue, C-18/18, 3 ottobre 2019, sull'extraterritorialità del diritto all'oblio (right to be forgotten), nonché la causa promossa da un miliardario canadese contro Twitter in Canada per una serie di tweet da lui ritenuti diffamatori: cfr. J. Proctor, *Twitter loses Appeal Court bid to toss wealthy B.C. businessman's defamation suit*, in CBC, 10 dicembre 2021, disponibile su <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/twitter-giustra-defamation-lawsuit-1.6281590>.

plicazione delle regole nazionali con riferimento ad internet. Si tratta di un tema ormai classico e ampiamente affrontato a livello legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, e su di esso appaiono esistere già soluzioni sufficientemente consolidate¹³.

Ma soprattutto, l'elemento di maggiore innovazione, che appare giustificare una riflessione specifica degli studiosi sull'*online speech*, consiste nel progressivo superamento del tradizionale ruolo di intermediazione degli editori, o meglio nella loro sostituzione con soggetti diversi, dagli *internet service providers* ai gestori di siti internet e app di comunicazione, su tutti le piattaforme.

Ciò determina una differenza sostanziale rispetto al passato, che si riflette poi sul piano del diritto, come dirò nel paragrafo successivo: l'editore di un quotidiano, un libro o altro prodotto cartaceo, ma per molti versi anche di un programma tv o radio, aveva la possibilità tecnica di controllare il contenuto dei messaggi veicolati tramite il proprio mezzo di comunicazione, anche in via preventiva rispetto alla diffusione degli stessi. Viceversa, con i siti internet e i *social media* questo tipo di controllo in molti casi non avviene più: è ciò che accade là dove i contenuti siano trasmessi su un sito internet gestito direttamente dall'autore dei medesimi: tecnicamente, l'intermediazione avviene ad opera dei fornitori dell'accesso ad internet, ma si tratta di un mero supporto tecnico, che non considera normalmente il contenuto (o meglio, il loro coinvolgimento può avvenire più tipicamente per il controllo sulla trasmissione di opere protette da diritto d'autore, ma assai molto meno agevolmente per la verifica dei contenuti pubblicati su siti internet e *social media*).

Nella maggior parte dei casi, il controllo, se non impossibile dal punto di vista tecnico, diventa comunque molto più difficile, stante la mole esorbitante di contenuti prodotti e trasmessi ogni secondo. Il monitoraggio e la repressione di eventuali contenuti contrari alla legge o comunque ai diritti di altri può essere efficacemente effettuato soltanto a posteriori, mentre un controllo preventivo può essere effettuato solo tramite meccanismi di intelligenza artificiale, per il momento lungi dall'es-

¹³ Cfr. ad es., già molti anni fa, J.L. Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, 5(2), 475. In argomento, si segnala la pronuncia della Corte Suprema della British Columbia in Canada, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063, che stabilì un obbligo in capo a Google di rimuovere dei risultati di ricerca (per violazione di proprietà intellettuale) in tutte le giurisdizioni (non solo in quella canadese, cui si era limitata l'azione di rimozione da parte di Mountain View); questa vicenda ebbe poi un importante seguito alla Corte Suprema del Canada nel caso *Google Inc v. Equustek Solutions Inc. (Equustek I)*, 2017 SCC 34, poi ancora presso la *U.S. District Court for Northern California, Google LLC v. Equustek Solutions Inc. (Equustek II)*, No. 5:17-cv-04207-EJD, e poi nuovamente presso la Corte Suprema della British Columbia, *Equustek Solutions Inc. v. Jack (Equustek III)*, 2018 BCSC 610. Sul tema della riconducibilità dei risultati di ricerca di Google ad una "*constitutionally protected activity*" (l'espressione è contenuta in un *order* della *Superior Court of California, County of San Francisco, S. Louis Martin vs. Google, Inc.*, CGC-14-539972), e in particolare alla manifestazione del pensiero protetta dal Primo Emendamento, si segnala il noto paper scritto per Google da E. Volokh, D. M. Falk, *First Amendment Protection for Search Engine Search Results*, 20 aprile 2012, disponibile su <http://www.volokh.com/wp-content/uploads/2012/05/SearchEngineFirstAmendment.pdf>.

sere perfetti, come emerso in diversi casi anche di cronaca¹⁴. In altri termini, per gli autori di contenuti su internet, dal più seguito degli *influencer* al più semplice degli utenti, non esiste più un editore che verifichi, filtri e approvi o respinga i loro contenuti, ma questi vengono immediatamente trasmessi da colui che li produce a coloro che li ricevono (e ciò sia nel caso di video, sia nel caso di testi scritti). A sua volta, anche questa fondamentale innovazione ha delle inevitabili ripercussioni sul piano giuridico, come sarà più ampiamente discusso al prossimo paragrafo.

3. *I diversi approcci alla regolazione della materia in prospettiva comparata*

Fermo restando quanto descritto al paragrafo precedente sul piano analitico, e concentrandosi sul panorama occidentale dove internet è tuttora maggiormente libero in prospettiva comparata¹⁵, i diversi ordinamenti si trovano davanti alla scelta se equiparare i nuovi intermediari ai vecchi editori sul piano delle responsabilità per i contenuti generati dagli utenti, o se invece stabilire un regime diverso; e in parallelo hanno fatto scelte piuttosto diverse anche con riguardo a *hate speech* e disinformazione.

3.1. User-generated content

Sin qui, gli Stati Uniti hanno seguito una strada molto chiara, contraria a tale equiparazione. La famosissima *Section 230*¹⁶, infatti (contenuta all'interno dello stesso atto normativo oggetto di scrutinio in *Reno*, ma rimasta intatta dopo quel caso), stabilisce infatti una fondamentale esenzione da responsabilità civile per i fornitori di servizi internet con riferimento allo *user-generated content*.

¹⁴ Cfr. ad es. K. Hao, *AI still sucks at moderating hate speech*, in *MIT Technology Review*, 4 giugno 2021, disponibile su <https://www.technologyreview.com/2021/06/04/1025742/ai-hate-speech-moderation/>; R. Gorka, R. Binns, C. Katzenbach, *Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance*, *Big Data & Society*, 2020, 7(1); Y. Nahmias, M. Perel, *The Oversight of Content Moderation by AI: Impact Assessments and Their Limitations*, *Harvard Journal on Legislation*, 2021, 58(1), 145. Cfr. anche il report della European Union Agency for Fundamental Rights, *Bias in algorithms - Artificial intelligence and discrimination* (2022), in particolare 49-75; Elena Falletti, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2022.

¹⁵ Per un approfondimento di natura comparatistica, v. A. Rochefort, *Regulating Social Media Platforms: A Comparative Policy Analysis*, *Communication Law and Policy*, 2020, 25(2), 225. V. anche A. Vranaki, *Regulating Social Network Sites. Data Protection, Copyright and Power*, Cheltenham, 2022; A. Koltay, *New Media and Freedom of Expression: Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, London, 2021; v. ancora le iniziative di Yale Law School e di University of Oxford, Faculty of Law, descritte rispettivamente in *Can We Fix What's Wrong with Social Media?* (3 agosto 2022) e in *Freedom of Expression on Social Media*.

¹⁶ 47 U.S.C. § 230 - *Protection for private blocking and screening of offensive material*.

Molti osservatori hanno ravvisato in questa scelta normativa una delle primarie ragioni che spiegano perché l'avvento delle piattaforme oggi dominanti a livello di *user-generated content* (dalla galassia *Meta* a *Twitter* a *YouTube* a *TrippAdvisor*) sia avvenuto proprio negli Stati Uniti¹⁷, dove tali società hanno potuto svilupparsi al riparo da cause giudiziarie potenzialmente letali¹⁸.

Non a caso, tale disposizione è stata appropriatamente definita “il Primo Emendamento di internet”¹⁹, proprio per via del profondissimo impatto che ha avuto sul modo in cui internet si è evoluta, anche se, come dirò nel paragrafo seguente, non sono mancate critiche serrate provenienti da opposte premesse ideologiche ma accomunate dalla convinzione che l'impostazione attuale vada superata.

L'ordinamento americano ha quindi mantenuto sino ad ora la distinzione tra operatori tradizionali e operatori di internet per quanto riguarda i contenuti da essi veicolati.

Solo di recente era stata introdotta in via amministrativa una restrizione all'ampia operatività di tale disposizione, per effetto di un *Executive Order* dell'allora Presidente Trump che aveva impartito alle agenzie federali l'ordine di non applicare la *Section 230* nei casi in cui le piattaforme scegliessero di interferire con i contenuti pubblicati dagli utenti²⁰. Come ha potuto constatare qualunque loro utente, tale intervento si è fatto sempre più frequente nel corso degli ultimi anni, sia per quanto attiene alla diffusione di informazioni sull'epidemia da Covid-19 e sulle campagne di vaccinazione volte a contrastarla (su cui tornerò al § 3.2.), sia proprio in relazione alle affermazioni di alcuni personaggi politici, su tutti proprio l'ex Presidente Trump. Questi coltivò quindi un risentimento personale contro *Twitter* e *Facebook* (che sfocerà nella sua messa al bando da entrambe le piattaforme dopo gli eventi del 6 gennaio 2021) e, dopo aver invocato più volte invano (anche sugli stessi *Twitter* e *Facebook*!) l'intervento del Congresso per abrogare la *Section 230*, ha ripiegato sull'unico intervento che rientrava nelle sue prerogative costituzionali, ovvero appunto un *Executive Order*, inevitabil-

¹⁷ Cfr., tra i moltissimi, J. Kosseff, *The Twenty-Six Words That Created the Internet*, Ithaca, New York, 2019.

¹⁸ Si pensi ad es. alla vicenda *Bollea v. Gawker*, che ha portato alla bancarotta il popolarissimo sito di gossip: in argomento, v. *First Amendment Watch at New York University, Hulk Hogan v. Gawker: Invasion of Privacy & Free Speech in a Digital World*, disponibile su <https://firstamendmentwatch.org/deep-dive/hulk-hogan-v-gawker-invasion-of-privacy-free-speech-in-a-digital-world/>.

¹⁹ Ho rinvenuto questa espressione in E. N. Brown, *Section 230 Is the Internet's First Amendment. Now Both Republicans and Democrats Want To Take It Away, Reason*, 29 July 2019, disponibile su <https://reason.com/2019/07/29/section-230-is-the-internets-first-amendment-now-both-republicans-and-democrats-want-to-take-it-away/>; nonché in K. Fruge Corry, *Section 230: Should the Interactive Computer Service Provider Shield Be Repealed?*, *Louisiana Law Review*, disponibile su <https://lawreview.law.lsu.edu/2021/03/12/section-230-should-the-interactive-computer-service-provider-shield-be-repealed>. Cfr. anche la Note *Section 230 as First Amendment Rule*, *Harv. L. Rev.*, 2018, 131, 2027. La prima cita a propria volta E. Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, *Notre Dame L. Rev.*, 2019, 95(1), 33.

²⁰ President Donald Trump, *Executive Order 13925 - Preventing Online Censorship*, 28 maggio 2020.

mente limitato nell'ambito di operatività per ragioni appunto costituzionali. In ogni caso, tale *Executive Order* è stato abrogato dal nuovo Presidente Biden nel primo giorno del suo mandato, per cui ad oggi il diritto positivo negli Stati Uniti rimane quello consolidato dal 1996, salva appunto soltanto la breve parentesi legata all'*Executive Order* di Trump²¹.

Diverso appare il quadro in Europa, dove né gli ordinamenti nazionali, né quello dell'Unione europea hanno mai conosciuto una disposizione analoga alla *Section 230*. In Europa sembra invece essersi affermata per certi versi una prospettiva opposta almeno nel tanto celebre quanto controverso caso *Delfi AS v. Estonia*²², relativo ad una condanna inflitta dalle autorità giudiziarie estoni nei confronti dell'editore di un quotidiano, che era stato ritenuto responsabile di una serie di commenti diffamatori o minacciosi nei confronti di un imprenditore, nonostante li avesse rimossi subito dopo che questi glielo aveva chiesto (ma l'imprenditore invocava anche un risarcimento economico).

Con una decisione 15 a 2, la *Grand Chamber* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ritenne che la condanna inflitta all'editore non violasse la libertà di espressione, e ciò ebbe significative conseguenze, inducendo molti editori e gestori di siti internet, specialmente quelli più piccoli, a inibire la sezione dei commenti o a introdurre – là dove ne avessero le risorse – meccanismi di moderazione preventiva.

Delfi non ha un riflesso diretto sulle piattaforme e sullo *user-generated comment* nei *social media*, ma indubbiamente è indice di un diverso approccio, meno assolutista nella protezione della libertà di espressione e più disposto a contemperarla in un'ottica di proporzionalità con altre esigenze²³. Tale approccio è stato confermato più di recente dalla sentenza *Sanchez v. Francia*²⁴, in cui sempre la Corte EDU ha ritenuto conforme alla Convenzione la condanna di un politico per non aver previsto meccanismi per la rimozione tempestiva di messaggi d'odio sulla sua bacheca di Facebook. Il caso è attualmente oggetto di rinvio di fronte alla *Grand Chamber*.

²¹ Esistono comunque varie proposte, con consenso trasversale, in ambito sia politico sia scientifico, di abrogazione o almeno modifica della disposizione in questione o di altre ad essa collegate: cfr. lo *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report* (2019); P.M. Barrett, *Regulating Social Media: The Fight Over Section 230 - and Beyond* (NYU Stern Center for Business and Human Rights, 2020). Ad entrambi si fa riferimento in E. Bazelon, *The First Amendment in the age of disinformation*, *The New York Times Magazine*, 13 ottobre 2020. Cfr. anche D. Byers, *Zuckerberg calls for changes to tech's Section 230 protections*, NBC News, 24 marzo 2021.

²² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Delfi AS c. Estonia*, 16 giugno 2015, 64569/09.

²³ A proposito dei contorni della responsabilità degli *hosting providers*, con particolare riferimento al tipo di intervento che esercitano sullo *user-generated content*, cfr. l'importante caso *RTT v. Yahoo!*, deciso dalla Corte di Cassazione italiana con la sentenza 19 marzo 2019, n. 7708; in argomento, v. O. Pollicino, M. Bassini, G. De Gregorio, *Fundamentals of Internet Law*, Milano, 2021, 90-1.

²⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Sanchez c. Francia*, 2 settembre 2021, 45581/15. Segnalo inoltre sul tema la sentenza del Tribunale di Milano del 2 marzo 2023, in cui Meta è stata condannata per la tardiva rimozione di alcuni contenuti diffamatori di una società (senza che sia stato ritenuto necessario che la natura diffamatoria fosse stata previamente accertata in sede giurisdizionale).

Va segnalato però che il quadro americano potrebbe cambiare per effetto di due casi di cui – mentre scrivo – è attesa prossimamente la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, nei quali gli attori (familiari di vittime del terrorismo ISIS) cercano di restringere la protezione garantita alle piattaforme dalla *Section 230*. Il primo (*Gonzalez v. Google LLC*) deriva dall'accusa a *YouTube* di aver contribuito con il suo algoritmo alla radicalizzazione degli autori degli attentati di Parigi del 2015, tramite la raccomandazione personalizzata di nuovi video sempre dello stesso tenore di quelli originariamente cercati dai terroristi. Il secondo (*Twitter, Inc. v. Taamneh*) consiste nell'accusa a *Twitter*, *Facebook* e *Google* di aver parimenti contribuito ad un attentato terroristico semplicemente consentendo ai terroristi dell'ISIS di utilizzare le rispettive piattaforme. Il potenziale impatto di queste decisioni è immenso, pertanto andranno seguite con molta attenzione.

3.2. Hate speech e disinformazione

Come testimoniato dagli esempi appena citati, la differenza tracciata al paragrafo precedente risulta simile anche con riferimento all'approccio seguito nei due contesti in relazione ai discorsi d'odio e alle cosiddette *fake news*. Nell'ordinamento americano rimane ad oggi ferma la storica centralità della libertà di espressione garantita dal Primo Emendamento alla Costituzione (e non solo²⁵). La forza con cui il *free speech* è protetto nella *constitutional jurisprudence* americana è tale da aver incluso nel novero delle espressioni costituzionalmente protette tutte quelle riconducibili a manifestazioni d'odio, come affermato in alcuni celebri casi dalla Corte Suprema americana²⁶, che da allora sbarrano la strada ai tentativi da parte del legislatore federale e di quelli dei singoli Stati di introdurre restrizioni in questo ambito.

Per quanto riguarda le *fake news*, il discorso è simile. In tempi recentissimi, il 27 aprile 2022, l'amministrazione Biden ha annunciato la volontà di istituire il *Disinformation Governance Board*, un organo consultivo che avrebbe dovuto fornire alle agenzie governative dipendenti il *Department of Homeland Security* federale un'indicazione sulla verità o meno di informazioni considerate rilevanti ai fini della sicurezza nazionale. Tuttavia, questa iniziativa è naufragata nel giro di meno di un mese, proprio per via della difficoltà a riconciliarla con la tradizione di fortissima protezione della libertà di parola e di stampa presente in quell'ordinamento²⁷.

²⁵ Genevieve Lakier, *The Non-First Amendment Law of Freedom of Speech*, *Harv. L. Rev.*, 2021, 134, 2299. Cfr. anche l'intervista di questa studiosa a Sean Illing su *Vox*, *The First Amendment has a Facebook problem* (5 maggio 2021).

²⁶ Su tutti *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 US 377 (1992); *Virginia v. Black* 538 US 343 (2003); *Snyder v. Phelps*, 562 US 443 (2011).

²⁷ Cfr. l'editoriale *The Disinformation Governance Board's collapse showcases the problem* dell'Editorial Board del *Washington Post*, 23 maggio 2022, disponibile su <https://www.washingtonpost.com/opin->

In Europa, lo scenario è significativamente diverso. L'*hate speech* gode tradizionalmente di assai minor protezione a livello di singoli ordinamenti nazionali e del Consiglio d'Europa²⁸, ed è stato uno dei primi ambiti in cui Commissione europea è intervenuta per regolare il comportamento delle piattaforme, anche se sin qui ha esitato a farlo con atti vincolanti, preferendo coinvolgere, almeno inizialmente, le principali aziende del settore (inizialmente *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* e *YouTube*, poi anche *Instagram*, *Snapchat*, *Dailymotion*, *Jeuxvideo.com*, *TikTok*, *LinkedIn*, Rakuten Viber e *Twitch*) nell'adozione di un codice di condotta condiviso²⁹, all'insegna della cosiddetta auto-regolamentazione³⁰.

D'altro canto, si sono però registrate altre iniziative di cosiddetta co-regolamentazione, come nel caso della riforma della direttiva sui servizi audiovisivi³¹, fino alla adozione di un approccio più interventista di *hard regulation* con il *Digital Services Act*³², che introduce – per quanto più direttamente di interesse in questa sede – la possibilità di ottenere coattivamente da parte degli utenti e delle autorità nazionali la rimozione di determinati contenuti illegali, tra cui quelli ascrivibili all'*hate speech*, tramite un meccanismo di ricorso contro le decisioni di moderazione dei contenuti, nonché un sistema di collaborazione con dei “*trusted flaggers*” sempre per il controllo dei contenuti e ancora obblighi di prevenzione in capo alle grandi piattaforme³³. Ciò conferma una chiara direzione di rotta

ions/2022/05/23/disinformation-governance-boards-collapse-showcases-problem/.

²⁸ A dispetto di alcuni casi parzialmente non in linea, come *Perinçek v. Switzerland*, European Court of Human Rights, Grand Chamber, 15 ottobre 2015, 27510/08. Cfr. in argomento J. Mchangama, N. Alkiviadou, *Hate Speech and the European Court of Human Rights: Whatever Happened to the Right to Offend, Shock or Disturb?*, *Human Rights Law Review*, 2021, 21(4), 1008.

²⁹ Cfr. la scheda sul sito della Commissione, *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online. The robust response provided by the European Union*, disponibile su https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en. Ad esso hanno fatto seguito la Comunicazione della Commissione su *Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms*, COM(2017) 555 final, 28 settembre 2017, e la *Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online*, C/2018/1177, OJ L 63, 6.3.2018, 50-61.

³⁰ Cfr. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 63, 48-82.

³¹ Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (cfr. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale*, cit.).

³² Proposto dalla Commissione a dicembre 2020: *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, 2020/0361(COD), 15 dicembre 2020.

³³ In verità, la Commissione presenta l'iniziativa come volta a promuovere un “*co-regulatory framework*”, ma in quanto tale il DSA appare il risultato di una regolamentazione tradizionale *top down*. Il DSA si combina a sua volta con il *Digital Markets Act*, anch'esso attualmente in via di approvazione finale, che è rivolto specificamente a contrastare la posizione di forza delle grandi piattaforme, nonché con il *Regolamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2021, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici online*, recentemente entrato in vigore. A loro volta, le iniziative europee si accostano poi a quelle nazionali, come

verso sempre più stringenti restrizioni ai discorsi d'odio online, evidente anche nell'*Online Safety Bill*³⁴ di cui si attende nel giro dei prossimi mesi l'approvazione finale da parte del Parlamento britannico.

Per quanto riguarda la disinformazione, si registrano in Europa ancor più iniziative a livello sia nazionale sia eurounitario volte a contrastarla. Merita ricordare a questo proposito la *Loi contre la manipulation de l'information* in Francia³⁵, l'*Online Safety Bill* – appena sopra menzionato – nel Regno Unito, nonché il *Code of Practice on Disinformation*, approvato in una prima versione nel 2018 e in una seconda versione rafforzata nel giugno 2022 dalla Commissione europea e da alcuni dei principali *stakeholder*, anche in questo caso all'insegna del superamento della *self-regulation* per il perseguimento di meccanismi di co-regolamentazione³⁶.

il *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG*, in inglese *Network Enforcement Act*) tedesco, anche noto come *Facebook-Gesetz*, in inglese *Facebook Act*, entrato in vigore nel 2018 e modificato nel 2021. Con riferimento al DSA, si segnalano tra i moltissimi i seguenti scritti, particolarmente rilevanti per i temi trattati dal presente lavoro: G. Frosio, C. Geiger, *Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act's Platform Liability Regime*, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747756; M.C. Buiten, *The Digital Services Act. From Intermediary Liability to Platform Regulation*, 12(5) *Jipitec*, 2021, 361; J. Morais Carvalho, F. Arga e Lima, M. Farinha, *Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection*, *Revista de Direito e Tecnologia*, 2021, 3(1), 71; A. Mazgal, *Back to the Future? The Digital Services Act and Regulating Online Platforms Built on Community-Led Moderation*, in A. Baratsits (ed.), *Building a European Digital Public Space: Strategies for taking back control from Big Tech platforms*, iRights media, Berlin, 2021; A. Savin, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, *Journal of Internet Law*, 2021; Brussels Report, *The EU's Digital Services Act is undermining free speech*, 25 aprile 2022, disponibile su <https://www.brusselsreport.eu/2022/04/25/the-eus-digital-services-act-is-undermining-free-speech/>.

³⁴ A Bill to make provision for and in connection with the regulation by OFCOM of certain internet services; for and in connection with communications offences; and for connected purposes.

³⁵ *Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*.

³⁶ Spiega Oreste Pollicino, che ha agito da *honest broker* su mandato della Commissione europea per il raggiungimento di questo accordo di aggiornamento della precedente versione: «*[the] members of the EU Commission's high level expert group on disinformation [...] took the view that the issue of fake news needs to be addressed by a self-regulation mechanism only. I was part of that group but I had (and still have) another view [...]. [The] new Code [...] after the entry into force of the Digital Services Act, will introduce a co-regulatory mechanism and not only a self-regulatory one. [...] The new Code is just a starting point of a new season of co-regulation in the field of disinformation*» (O. Pollicino, *The Road Towards a Strengthened Code Against Disinformation: About Metaphors in Free Speech and the Need to Handle Them Carefully*, European Law Institute, Newsletter 3 of 2022, May-June, disponibile su https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Newsletter/2022/Newsletter_May-Jun_2022.pdf, 3-4). Esula dagli ordinamenti qui considerati, ma si segnala per rilevanza l'interventismo del Brasile in materia di *fake news*: dapprima con una decisione della polizia federale di aumentare il proprio controllo in materia durante la campagna elettorale del 2018, e di recente, in occasione della nuova tornata del 2022, con la decisione del Tribunale Elettorale Superiore di attribuire al capo del procedimento elettorale il potere di rimuovere contenuti online da lui ritenuti fonte di disinformazione (decisione ritenuta legittima prima da un giudice federale e poi dal Tribunale Federale Supremo). Sempre in Brasile vi era stata tra il 2019 e il 2021 un'importante vicenda relativa ad un'inchiesta penale ordinata dal Presidente della Corte Suprema Federale per contrastare la diffusione di *fake news* sulla Corte stessa: cfr. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-case-of-the-brazil-fake-news-inquiry/>. Cfr. anche un breve ma utile quadro della situazione nel sud-est asiatico: L. Schuldt, *Truth vs. Free Speech. How Southeast Asia's war on fake news unfolds*, Verfassungsblog, 7 dicembre 2019.

4. *Le attuali prospettive di evoluzione normativa e giurisprudenziale, alla luce delle principali posizioni nel dibattito mainstream*

Nel paragrafo precedente ho menzionato alcune innovazioni normative, a cavallo tra la *soft-law* e la *hard regulation*, in parte già entrate in vigore, come la legge francese sulla disinformazione, in parte sostanzialmente approvate ma in via di perfezionamento dell'*iter* legislativo, come il *Digital Services Act*, in parte ancora in fase di discussione, per quanto avanzata, come l'*Online Safety Bill*, in parte invece attualmente abortite o comunque sospese, come il *Disinformation Governance Board* americano.

Questo quadro, se pur sommario e parziale, mostra come sia cospicuo e incessante lo sforzo dei legislatori e dei *policy-makers* in tutti gli ordinamenti considerati per acquisire un maggior controllo sul comportamento delle piattaforme e sulle manifestazioni di pensiero *online*. Può apparire che si tratti già di interventi piuttosto ampi, ma in verità da molte parti si invocano misure ben più restrittive, che cambierebbero in profondità tanto il livello di tutela della libertà di espressione, quanto il quadro della libertà di internet, come siamo abituati a conoscerli e considerarli assodati da molto tempo. A questo proposito, si ravvisa una singolare convergenza di opinioni tra progressisti e conservatori, tanto nel dibattito americano quanto in quello europeo, in merito alla necessità di limitare da un lato lo strapotere delle piattaforme, autentici “leviatani”³⁷ o “sovrani del cibernazio”³⁸ o “*cloud empires*”³⁹ o “*gamemakers*”⁴⁰ anche solo “nuovi governatori”⁴¹ del mondo (sempre più) digitale, come sono state definite con efficaci espressioni, dall’altro lato lo scenario di tradizionale forte libertà risultante da una elevata protezione della libertà di espressione (certamente negli Usa, ma anche – se pur meno – in Europa⁴²) e da una tutto sommato limitata regolazione di internet, con il risultato che la libertà di espressione online è stata per molto tempo l’ambito della libertà di espressione in cui le opinioni potevano essere espresse nella maniera più libera, così come una delle aree di internet meno regolate, a paragone ad esempio con ambiti come quelli legati alla proprietà intellettuale, o ad attività economiche ritenute illegali.

³⁷ C. D’Cunha, “*A State in the disguise of a Merchant*”: *Tech Leviathans and the rule of law*, 27(1-3) *Eur. Law J.* 2021, 1.

³⁸ J. Peters, “*The ‘Sovereigns of Cyberspace’ and State Action: The First Amendment’s Application (or Lack Thereof) to Third-Party Platforms*”, *Berkeley Tech. L.J.*, 2018, 32, 988.

³⁹ V. Lehdonvirta, *Cloud Empires: How Digital Platforms Are Overtaking the State and How We Can Regain Control*, Cambridge, 2022.

⁴⁰ V. il Capitolo 8 di M.E. Stucke, A. Ezrachi, *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, New York, 2020.

⁴¹ K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 *Harv. L. Rev.* 2018, 1598.

⁴² Cfr. il quadro che risulta dal mio *The European common constitutional traditions*, cit.

Così, ad esempio, nel contesto statunitense destra e sinistra si trovano apparentemente concordi sulla necessità di superare la *Section 230*, anche se finora è mancata la volontà politica di passare ai fatti⁴³. I progressisti ritengono solitamente che le piattaforme intervengano troppo poco per contrastare discorsi d'odio e pretesa disinformazione, e che pertanto occorra introdurre meccanismi per superare il loro esonero da responsabilità per lo *user-generated content* da essi ospitato e diffuso. Come si è visto, in questa direzione si sono mosse le istituzioni europee con il *Digital Services Act*, in un'ottica di coinvolgimento diretto delle piattaforme nell'esercizio dei loro poteri censori, in modo da spingerle sempre di più ad assumere un approccio interventista.

È pur vero che, rispetto al passato, le piattaforme hanno incrementato moltissimo la loro interferenza con i contenuti che ospitano, e ciò, secondo la tesi che appare preferibile, per effetto di una precisa spinta da parte dei governi⁴⁴. In effetti, considerazioni di base di *law and economics* inducono a ritenere che, in assenza di restrizioni, le piattaforme avrebbero un incentivo economico a massimizzare gli spazi di manifestazione del pensiero, "censurando"⁴⁵ il meno possibile, e anzi favorendo la circolazione di opinioni e contenuti particolarmente forti, atte a generare maggiori interazioni e dunque in definitiva ad incrementare il tempo speso dagli utenti sulle piattaforme stesse e così come conseguenza diretta i possibili ricavi pubblicitari⁴⁶.

⁴³ Cfr. tra i molti D. Sanchez, L. McCollum, *Big Tech and Free Speech: How Both the Left and the Right Are Wrong*, in *Fee.org*, 5 aprile 2022, disponibile su <https://fee.org/articles/big-tech-and-free-speech-how-both-the-left-and-the-right-are-wrong/>.

⁴⁴ Cfr. le puntuali riflessioni in argomento di M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aprilia, 2019, 237.

⁴⁵ Appare d'obbligo precisare che, in senso proprio, di censura si può parlare solo con riferimento ad un'azione da parte delle autorità di governo: cfr. quanto ho avuto modo di precisare in *The European common constitutional traditions*, cit.

⁴⁶ Tali interazioni tendono ad avvenire con altre persone di opinioni simili, rafforzandone reciprocamente il convincimento, e isolandoli progressivamente dai contatti con terzi di diversa opinione: cfr. M. Cinelli, G. De Francisci Morales, A. Galeazzi, W. Quattrociochi, M. Starnini, *The echo chamber effect on social media*, *PNAS*, 2021, 9, 118. La considerazione dell'incentivo per le piattaforme a massimizzare, a fini pubblicitari, il tempo trascorso su di esse dagli utenti è effettuata con riferimento alla disinformazione politica e ai suoi possibili effetti sul processo democratico da K. Jones, *Online Disinformation and Political Discourse. Applying a Human Rights Framework*, Research Paper, Chatham House, November 2019, disponibile su <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/2019-11-05-Online-Disinformation-Human-Rights.pdf>. Se sono estremamente diffusi gli allarmi da parte progressista su come la disinformazione online avrebbe favorito dei successi conservatori, su tutti la vittoria di Trump nel 2016, si registrano anche più recenti inchieste di segno esattamente contrario: cfr. M. Hemingway, *Rigged: How the Media, Big Tech, and the Democrats Seized Our Elections*, Washington, D.C., 2021 (v. anche le recentissime affermazioni di Zuckerberg sul coinvolgimento dell'FBI nella gestione da parte di Facebook della misteriosa vicenda del notebook di Hunter Biden: B. Golding, *Zuckerberg says Facebook censored The Post's Hunter Biden stories because FBI warned of Russian misinfo 'dump'*, *New York Post*, 26 agosto 2022, disponibile su <https://nypost.com/2022/08/26/zuckerberg-blames-fbi-for-censoring-the-posts-hunter-biden-scoop/>). In argomento, cfr., tra i molti, anche due tra gli ultimi libri di C.R. Sunstein, *Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*, Oxford, 2021; *#republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton e Oxford, 2017; nonché due articoli di J. Haidt usciti per *The Atlantic: Why the Past*

Se ciò non avviene, o avviene sempre meno, è difficile spiegarlo soltanto con una scelta per così dire all'insegna dei principi ESG di queste compagnie, ma è presumibilmente il frutto di un "nudging" più profondo da parte delle autorità, anche se non così immediatamente percepibile. Un esempio di questo approccio si riscontra, in materia di *hate speech*, quando si considera la espressa preferenza delle autorità europee per l'*over-enforcement*, rispetto all'*under-enforcement* delle misure di contrasto ai contenuti di odio⁴⁷.

Eppure, ciò non viene ritenuto sufficiente da prospettiva *liberal*⁴⁸, significativamente passata dall'essere storicamente strenua protettrice della libertà di espressione e di stampa in un'ottica di baluardo contro le possibili derive autoritarie dei governi, ad essere campionessa delle restrizioni alla libertà di parola, all'insegna del pensiero *woke* e dell'ideologia del *politicalmente corretto* oggi dominanti⁴⁹.

D'altro canto, questo approccio non sembra essere esente da contraddizioni e, come ho avuto modo di definirli in altra sede, "cortocircuiti logici"⁵⁰. A me pare estremamente significativo a questo proposito un caso italiano che ha opposto *Facebook*, ora *Meta*, ad alcuni gruppi dichiaratamente neofascisti, che erano stati banditi da tale piattaforma⁵¹. Nel procedimento intentato da questi ultimi per riottenere l'accesso, i giudici italiani (specialmente in sede di reclamo) hanno preso le mosse da un'affermazione di principio tipicamente *liberal*, ovvero la superiorità della libertà di espressione e di associazione sulla libertà economica (di *Facebook*), ricavandone però la conseguenza paradossale di ordinare a *Facebook* di riammettere i gruppi neofascisti, così ridando loro spazio e agibilità politica. In altri termini, dalla restrizione della libertà di espressione e imprenditoriale (dell'*economic speech*), come propongo ora di definire i casi di intersezione appunto tra l'una e l'altra) di *Facebook* si ricava un vantaggio per gruppi che certamente i progressisti non vorrebbero favorire.

Ma un simile paradosso si ricava anche dalla lettura del fondamentale caso *Packingham*⁵², in cui la Corte Suprema americana ha dichiarato illegittima la leg-

10 Years of American Life Have Been Uniquely Stupid and *Yes, Social Media Really Is Undermining Democracy*, rispettivamente 11 aprile 2022 e 28 luglio 2022, disponibili su <https://www.theatlantic.com/>.

⁴⁷ M. Husovec, *Why There Is No Due Process Online?*, in *Balkanization*, 7 giugno 2019, disponibile su <https://balkin.blogspot.com/2019/06/why-there-is-no-due-process-online.html>.

⁴⁸ Qui e di seguito s'intende il termine *liberal* nell'accezione che ha nel dibattito politico americano, ovvero come sinonimo di progressista.

⁴⁹ Per una prospettiva molto critica di questa evoluzione, v. S. R. Soukup, *The Dictatorship of Woke Capital: How Political Correctness Captured Big Business*, New York, 2021.

⁵⁰ R. de Caria, *Offerte che non si possono rifiutare*, cit., 514 ss. Cfr. anche quanto osservato da Z.B. Wolf, *American free speech enters uncharted territory*, CNN Politics, *What matters*, 14 maggio 2022, il quale a sua volta riporta osservazioni di M.R. Papandrea nonché l'editoriale del *New York Times* del 18 marzo 2022, *America Has a Free Speech Problem*.

⁵¹ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, Ordinanza 12 dicembre 2019; Tribunale di Roma, ordinanza 29 aprile 2020.

⁵² *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

ge dello stato della *North Carolina* che vietava *tout-court* l'accesso ai *social media* alle persone condannate per reati sessuali. In questo caso il paradosso consiste nel far derivare un vantaggio per persone autori di crimini così odiosi da una premessa tipicamente progressista, affermata nell'opinione di maggioranza dello *swing vote* Kennedy e sottoscritta da tutti e 4 gli allora giudici di orientamento *liberal* (ma i tre giudici conservatori coinvolti⁵³, ovvero Alito, il Chief Justice Roberts e perfino Thomas, hanno comunque condiviso la decisione, firmando un *concurrency* dai toni simili sul punto).

Alla luce di questa affermazione, sorge la domanda su quale margine di azione sussista tuttora in capo alle piattaforme per determinare liberamente le proprie *policy* in merito all'ammissione o meno di determinati utenti: una regola in tutto analoga, ma non imposta dallo Stato della *North Carolina*, bensì spontaneamente adottata da *Facebook/Meta*, sarebbe ancora legittima? Astrattamente dovrebbe esserlo in quanto espressione della libertà d'iniziativa economica e contrattuale di *Facebook*.

Tuttavia, la tendenza sembra essere quella di affermare anche negli Stati Uniti un principio generale di applicazione orizzontale, ovvero nei rapporti tra privati, dei diritti fondamentali⁵⁴. Lo stesso ultra conservatore Thomas ha lasciato intravedere sorprendentemente questa prospettiva in una successiva opinione nel caso *Biden v. Knight First Amendment Institute*⁵⁵, in cui ha tracciato una analogia tra le odierne piattaforme e i tradizionali *carriers*, e sembrando così aprire almeno astrattamente alla possibilità di imporre (per di più in via interpretativa) anche alle piattaforme i pervasivi obblighi antidiscriminatori previsti per tutti gli operatori di trasporto (e i gestori di *public accommodation*)⁵⁶: si tratta in effetti di una delle possibili prospettive elaborate dai giuristi americani per superare il forte vincolo della *state action doctrine*, ovvero il principio per cui i diritti contenuti nel *Bill of Rights* (tra cui quindi il Primo Emendamento, che qui viene in rilievo) offrono protezione solo nei confronti di azioni compiute dai pubblici poteri (*state actors*, appunto), e non nei confronti dei privati⁵⁷. Per tentare di applicare invece

⁵³ Gorsuch non ha partecipato alla decisione del caso.

⁵⁴ Sull'applicazione ai rapporti interprivatistici dei diritti fondamentali, all'insegna della cosiddetta teoria della *Drittwirkung*, mi sono soffermato più ampiamente in *Offerte che non si possono rifiutare*, cit.

⁵⁵ 593 U.S. ___ (2021) Thomas, J., *concurring*.

⁵⁶ «In many ways, digital platforms that hold themselves out to the public resemble traditional common carriers. Though digital instead of physical, they are at bottom communications networks, and they "carry" information from one user to another. A traditional telephone company laid physical wires to create a network connecting people. Digital platforms lay information infrastructure that can be controlled in much the same way. And unlike newspapers, digital platforms hold themselves out as organizations that focus on distributing the speech of the broader public. [...] The analogy to common carriers is even clearer for digital platforms that have dominant market share. Similar to utilities, today's dominant digital platforms derive much of their value from network size»: *ibidem*, 6-7 della slip opinion.

⁵⁷ Mi limito qui a citare la voce enciclopedica di S. Jaggi, *State Action Doctrine*, in R. Grote, F. Lachenmann, R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* (last updated October 2017), disponibile su <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/lawmpeccol/law-mpeccol-e473?rskey=XgQG-Sk&result=1&prd=MPECCOL>, nonché lo studio classico di M. Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal*

il Primo Emendamento anche a soggetti formalmente privati, è stata ad es. prospettata⁵⁸ l'ipotesi di considerarli vuoi come «*company towns*»⁵⁹, vuoi come «*broadcasters or cable providers*»⁶⁰, vuoi come «*editors*»⁶¹.

Effect in Comparative Constitutional Law, International Journal of Constitutional Law, 2003, 1(1), 79. Con riguardo ai molti lavori che hanno riflettuto sull'operatività di questa dottrina nel mondo digitale, segnalo in particolare, oltre a J. Peters, *The "Sovereigns of Cyberspace" and State Action*, cit., già in epoca piuttosto risalente, P. S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, *U. Colo. L. Rev.*, 2000, 71, 1263; più di recente, D. Rudofsky, *Modern State Action Doctrine in the Age of Big Data*, *NYU Annual Survey of Amer. L.*, 2017, 71, 741; G. De Gregorio, *From Constitutional Freedoms to the Power of Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, *Eur. J. Leg. Stud.*, 2019, 11(2), 65; M. Patty, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action Once Again*, *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, 2019, 40(1), 99; M. Zalnieriute, *From Human Rights Aspirations to Enforceable Obligations by Non-State Actors in the Digital Age: The Case of Internet Governance and ICANN*, *Yale J.L. & Tech.*, 2019, 21, 278; O. Pollicino, *Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions*, 2021, disponibile su https://eclr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Pollicino_Rule_of_Law_ENG.pdf; v. ancora, nella letteratura italiana, P. Stanzone, *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022; G. Vigevari, O. Pollicino, C. Melzi d'Eril, M. Cuniberti, M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2022; Cfr. anche F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022; S. Sassi, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli, 2021; I. Spadaro, *Il contrasto allo Hate Speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020; O. Pollicino, G. Romeo (a cura di), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London-New York, 2016. Segnalo ancora soltanto che, in tempi ormai risalenti, Posner aveva avanzato alcune considerazioni di *law and economics* contro la necessità di assoggettare perfino i gestori di "public facilities" all'obbligo di metterle a disposizione, in quanto "public forum", di tutti coloro che ne volessero fare uso per manifestare il proprio pensiero: R.A. Posner, *Free Speech in an Economic Perspective*, *Suffolk University Law Review*, 1986, 1, 52. Anche se da prospettive diverse, la dottrina del "public forum" è stata altresì criticata, tra gli altri, da D.A. Farber, *Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment*, *Harv. L. Rev.*, 1991, 105(2), 554 e J.M. Balkin, *Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment*, *Duke L. J.*, 1990, 3, 375.

⁵⁸ V. C. Brannon, *Free Speech and the Regulation of Social Media Content*, CRS Report R45650 (2019), disponibile su <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45650>.

⁵⁹ Il caso su cui si basa questa analogia è *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), che affermò che una città, anche se proprietà privata di una società, era comunque un luogo pubblico dove quindi si applicava il diritto, garantito dal Primo Emendamento, di distribuire volantini di propaganda politica.

⁶⁰ In questo caso i riferimenti sono in particolare a *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), in cui fu ritenuta compatibile con il Primo Emendamento una "fairness doctrine" che imponeva ai network di garantire spazio di risposta a dei candidati ad elezioni politiche, sulla base di una preminenza dei diritti degli utenti rispetto a quelli dei *broadcasters*; nonché a *Turner Broadcasting Systems v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994) e *Turner Broadcasting v. Federal Communications Commission (II)*, 520 U.S. 180 (1997), una vicenda relativa ad un obbligo per degli operatori di tv via cavo di riservare alcuni canali a delle tv locali, ritenuto in definitiva legittimo, nonostante la premessa per cui non vi è quella scarsità fisica di risorse che c'è invece caratterizza la tv tradizionale. Oltre a questi casi, va poi segnalato il caso *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. (2019), in cui la Corte Suprema esclude la natura di *state actor* in capo ad un operatore di una rete televisiva privata ad accesso pubblico, che dunque aveva diritto di escludere chi voleva dal proprio palinsesto (nonostante le forti attese, però, la Corte di *Halleck* non affrontò le possibili implicazioni del principio da essa ivi affermato in relazione ai *social media*).

⁶¹ Qui in verità la Corte Suprema si è pronunciata in senso contrario in *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 24 (1974), dichiarando incostituzionale una legge della Florida che alcuni stabiliva obblighi di parità di trattamento per candidati politici, sulla base della quale un politico aveva chiesto a un giornale di poter replicare ad un editoriale sul suo conto, ricevendo però un rifiuto. Il principio è stato esteso anche ai *public broadcaster* in *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998) e ad una società elettrica nella pubblicazione della sua newsletter mensile (*Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission*, 475 U.S. 1 (1986)). Tuttavia, altri casi successivi ne hanno ridimensionato la portata, escludendo l'applicazione

In effetti, muovendo a considerare il lato opposto dello spettro ideologico *mainstream*, si riscontrano in campo conservatore analoghi paradossi e analogo slittamento rispetto alle posizioni storicamente sostenute o comunque che sarebbe comprensibile attendersi da questa prospettiva. Oltre a quanto testé ricordato con riguardo alle posizioni del giudice Thomas, in generale la contraddizione, specularmente a quella progressista, in cui sembrano cadere molti, anche insospettabili, *opinion leader* di quest'area muove dalla premessa opposta, ovvero che le piattaforme, lungi dall'esercitare troppo poco controllo, siano invece impegnate in una censura a senso unico.

Questa posizione rinverdisce la polemica classica della destra americana nei confronti dei cosiddetti *liberal media*, e ritiene le nuove imprese della *Silicon Valley* portatrici di analogo pregiudizio anti-conservatore. Da qui nascono sia la strenua opposizione di Trump alla *Section 230*, culminata nell'*Executive Order* che ho ricordato sopra, sia molteplici iniziative giudiziarie di opinion-leader e gruppi conservatori volte a contrastare esclusioni o penalizzazioni da parte di piattaforme come *Facebook/Meta* e *YouTube*⁶² (analoghe a parallele iniziative contro media tradizionali⁶³), sia iniziative normative volte a vietare alle imprese in questione di discriminare, con l'obiettivo di contrastare in questo modo l'asserito pregiudizio anti-conservatore ed assicurare un *level playing field*⁶⁴.

Vorrei soffermarmi ora su queste ultime⁶⁵, oggetto di alcune vicende giudiziarie di grande rilievo tuttora in pieno svolgimento, che hanno coinvolto anche la Corte Suprema in una recentissima decisione.

del precedente *Tornillo* ad es. con riferimento ad un centro commerciale (*PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980) o ad una associazione di *law school* che voleva poter negare senza conseguenze (nella fattispecie, la perdita di fondi federali) (*Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc. (FAIR)*), 547 U.S. 47 (2006), l'accesso agli incaricati dell'esercito di promuovere il reclutamento presso le loro sedi (ma la Corte Suprema ritenne invece sussistere un obbligo di consentire tale propaganda per non perdere i fondi statali).

⁶² Su tutte si segnalano le iniziative di *Prager University* contro *YouTube* e *Freedom Watch* contro *Google*.

⁶³ *Comcast v. National Association of African-American-Owned Media*, 589 U.S. (2020).

⁶⁴ A mio parere è invece diversa la valutazione da dare all'iniziativa degli *Attorney General* repubblicani di *Missouri* e *Louisiana* di citare in giudizio degli alti funzionari dell'amministrazione Biden per aver asseritamente cospirato con *Facebook* e *Twitter* per orientarne le politiche di restrizione dei contenuti in una serie di materie importanti, tra cui le informazioni sulla pandemia da Covid-19: in questo caso, infatti, i destinatari dell'azione giudiziaria sono dei soggetti pubblici, e l'obiettivo appare essere quello di appurare il grado di interferenza e pressione da essi esercitato sulle piattaforme stesse (mentre scrivo, il caso, *State of Missouri ex rel. Schmitt, et al. v. Joseph R. Biden, Jr., et al.*, è tuttora aperto). Tale criterio può essere a mio avviso adottato anche per distinguere tra i diversi ambiti oggetto delle rivelazioni dei cosiddetti *Twitter Files*: là dove sono coinvolti attivamente esponenti delle istituzioni, un'esigenza in primo luogo di trasparenza e poi di rendiconto appaiono sacrosante.

⁶⁵ Limito l'analisi a quelle approvate, ma va segnalato anche l'*Ending Support for Internet Censorship Act* proposto nel 2019, ma sin qui senza successo, dal senatore repubblicano Josh Hawley: per una critica, cfr. L.A. Coad, *Compelling Code: A First Amendment Argument Against Requiring Political Neutrality in Online Content Moderation*, *Cornell L. Rev.*, 2021, 106, 457. A titolo informativo, segnalo che iniziativa analoga è stata presa anche dalla maggioranza di destra in Polonia, pur senza essere ancora stata effettivamente trasformata in legge: cfr. Notes from Poland, *Law to protect Poles from social media "censorship" added to government agenda*, 5 ottobre 2021, disponibile su <https://notesfrompoland.com/2021/10/05/law-to-protect-poles-from-social-media-cen->

Mi riferisco alle cosiddette *de-platforming laws* approvate dagli Stati a maggioranza repubblicana Texas e Florida. Tali leggi sono volte a vietare alle grandi piattaforme di discriminare i contenuti pubblicati sui loro siti e app dagli utenti sulla base delle opinioni di questi ultimi, così restringendo significativamente – e qui sta il paradosso conservatore – la libertà d’impresa delle piattaforme, così come la libertà di espressione che esse stesse hanno, anche se spesso ciò viene dimenticato: se oggi i conservatori hanno abbracciato la causa della libertà di espressione, facendone un cavallo di battaglia del proprio programma e promuovendo una lettura assolutista della medesima, manifestatasi in sentenze come *Citizens United* in materia di finanziamento elettorale⁶⁶, così come normalmente difendono la libertà economica, quando esse si combinano in capo alle piattaforme i conservatori sembrano inclini a giustificare restrizioni al loro “*economic speech*”, rischiando di sacrificare alcuni principi cardine sull’altare della *Realpolitik* e della volontà di guadagnare posizioni in battaglie politico-ideologiche di breve periodo.

Tanto la legge della Florida quanto quella del Texas, che erano state giustificate anche sulla base dell’equiparazione fatta *obiter* da Thomas tra piattaforme e tradizionali *common carriers* sopra ricordata⁶⁷, sono state impugnate, con esiti sin qui in parte contrastanti. In Florida, il caso *NetChoice, LLC v. Attorney General, State of Florida* ha visto la *trial court* sospendere il 30 giugno 2021⁶⁸ l’efficacia della legge, ravvisando una probabile incostituzionalità, per quanto qui viene in rilievo, delle disposizioni che limitavano la libertà editoriale delle piattaforme, per contrasto con una consolidata giurisprudenza sulla ampia discrezionalità dei media tradizionali⁶⁹; successivamente, il 23 maggio 2022, la Corte dell’*Eleventh Circuit* ha mantenuto ferma questa conclusione (pur salvando invece altre disposizioni che imponevano alle piattaforme di rendere disponibile agli utenti l’accesso ai dati sul numero di visualizzazioni dei loro contenuti)⁷⁰. Il 21 settembre la Florida ha chiesto alla Corte Suprema federale di accettare il caso e rivedere la decisione in questione.

Quanto al Texas, anche nell’analogo caso *NetChoice, LLC v. Paxton* la *trial court* federale (il 1 dicembre 2021) ha ravvisato la probabile incostituzionalità della *de-platforming law* locale, sospendendone l’applicazione⁷¹. Ma in questo

sorship-added-to-government-agenda/, nonché in Ungheria: cfr. N. Đorđević, *Poland and Hungary are gunning for the social media giants*, *Emerging Europe*, 4 marzo 2021.

⁶⁶ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

⁶⁷ J. Brodtkin, *Texas looks to a Clarence Thomas opinion to defend its social media law*, in *ArsTechnica*, 19 maggio 2022, disponibile su <https://arstechnica.com/tech-policy/2022/05/texas-looks-to-a-clarence-thomas-opinion-to-defend-its-social-media-law/>. In argomento, cfr. tra i molti Christopher S. Yoo, *The First Amendment, Common Carriers, and Public Accommodations: Net Neutrality, Digital Platforms, and Privacy*, 1 *J. Free Speech L.* 2021, 463, 480-2.

⁶⁸ *United States District Court for the Northern District of Florida, Case 4:21-cv-00220-RH-MAF*.

⁶⁹ Su tutti *Tornillo*, citato poco sopra alla nota 61 nonché ripreso oltre nel testo.

⁷⁰ *United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Case: 21-12355*.

⁷¹ *United States District Court for the Western District of Texas, Austin Division, Case 1:21-cv-00840-RP*.

caso la Corte d'Appello del *Fifth Circuit*, l'11 maggio 2022, sospese a propria volta la *preliminary injunction* del primo grado (così permettendo alla legge texana di entrare in vigore), pur senza motivare⁷², ma lasciando indubbiamente intendere una convinzione della legittimità dell'equiparazione degli obblighi delle piattaforme a quelli dei *common carriers*⁷³. A distanza di poche settimane, però, il 31 maggio 2022, la Corte Suprema federale ha ribaltato nuovamente l'esito, annullando l'*order* del *Fifth Circuit* e così ristabilendo la *preliminary injunction* che aveva sospeso la legge.

A plateale conferma dei “cortocircuiti logici” e paradossi ideologici di cui dicevo, questa decisione è stata presa (senza motivazione espressa) da una maggioranza di 5 giudici non allineati secondo le tradizionali divisioni ideologiche: si è trattato infatti dei giudici di tendenza *liberal* Breyer e Sotomayor, da un lato, e dei conservatori Barrett, Kavanaugh e Roberts, dall'altro. Correlativamente, in minoranza si è trovata la *liberal* Kagan, insieme a tre conservatori doc come Alito, Gorsuch e Thomas⁷⁴. Gorsuch e Thomas si sono uniti all'opinione dissenziente scritta dal primo, nella quale vengono fatte alcune affermazioni piuttosto significative.

Alito parte dalla premessa della novità della questione, elemento che lo induce a dubitare sia possibile avere certezze particolarmente forti sul futuro esito della controversia. Anche i precedenti della stessa Corte Suprema, che peraltro, osserva Alito, sono stati emessi in un'epoca anteriore all'avvento di internet, appaiono non tali da indurre a conclusioni definitive⁷⁵. Da un lato, infatti, ve ne sono alcuni che hanno «*recognized the right of organizations to refuse to host the speech of others*»: si tratta in primo luogo di *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*⁷⁶, in cui fu sancito all'unanimità il diritto di un

⁷² *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, Case: 21-51178.*

⁷³ V. C. Brannon, *Free Speech Challenges to Florida and Texas Social Media Laws*, CRS Report LSB10748 (2022), disponibile su <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10748>, 5.

⁷⁴ Se la posizione di Thomas non sorprende, se si considerano alcune delle sue opinioni sopra richiamate, in particolare quella nel caso *Knight First Amendment Institute*, non a caso citata da Alito, più difficile da decifrare è il voto di Gorsuch (il quale aveva invece ad es. firmato la *majority opinion* di *Comcast*, citato poco sopra alla nota 63): appare verosimile che la sua posizione possa essere in linea con quella espressa nel recente importante caso *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. (2020), in cui ha firmato l'opinione di maggioranza insieme al Chief Justice Roberts e ai giudici di orientamento *liberal* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan, in cui la Corte ha sorprendentemente riconosciuto che il divieto di discriminazioni sessuali nelle relazioni di lavoro va interpretato come comprensivo anche del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. La ragione profonda per la decisione di Gorsuch appare a mio avviso da ricercarsi in una profonda *judicial deference* nei confronti di quella che ha ritenuto essere una scelta molto precisa del legislatore.

⁷⁵ Per un'analisi più approfondita, lo stesso Alito cita il fondamentale E. Volokh, *Treating Social Media Platforms Like Common Carriers?*, *J. Free Speech Law*, 2021, 1, 377. Sul tema della novità delle questioni affrontate, v. quanto osservato sopra, al § 2, nonché il seguente passaggio della sentenza *Brown v. Ent. Merchs. Ass'n*, 564 U.S. 786, 790 (2011): «*whatever the challenges of applying the Constitution to ever-advancing technology, the basic principles of freedom of speech and the press, like the First Amendment's command, do not vary when a new and different medium for communication appears*».

⁷⁶ 515 U.S. 557 (1995).

gruppo privato che organizzava la Parata del giorno di San Patrizio (con l'autorizzazione e indirettamente per conto della Città di Boston, che autorizzava l'uso del logo e forniva anche dei finanziamenti) di escludere dalla manifestazione un gruppo omosessuale; l'altro caso richiamato, il già citato *Tornillo*, è ancor più rilevante, perché, come si è visto, ha stabilito (sempre all'unanimità) che un quotidiano ha diritto di rifiutare la richiesta di pubblicazione di una replica ad un editoriale da parte di un candidato alle elezioni che era stato criticato da quell'articolo, così garantendo ampia protezione alla discrezionalità degli editori⁷⁷.

Tuttavia, osserva Alito, occorre tener parimenti conto del già ricordato *PruneYard Shopping Center*⁷⁸, in cui la Corte ritenne, anche stavolta all'unanimità, che la Costituzione della California potesse legittimamente equiparare un centro commerciale di proprietà privata ad un luogo pubblico, e conseguentemente assoggettarne i gestori ad obblighi di consentire, a chi lo voglia fare in modo ragionevole, la distribuzione di materiale politico ed invitare i clienti a firmare una petizione. Ma un altro precedente che Alito ravvisa a sostegno della legittimità delle *de-platforming laws* è *Turner Broadcasting I* che, come si è ricordato sopra, insieme a *Turner Broadcasting II* ha visto la Corte, questa volta con una maggioranza di 5 a 4 trasversale agli schieramenti ideologici, affermare la costituzionalità di alcuni obblighi imposti dall'agenzia federale di regolazione delle telecomunicazioni in capo agli operatori di tv via cavo di riservare alcuni canali alle tv locali, così ritenendo che l'interesse pubblico al pluralismo dovesse prevalere sulla discrezionalità editoriale delle imprese coinvolte.

Dopo la decisione della Corte Suprema, tuttavia, la Corte del *Fifth Circuit* ha nuovamente confermato formalmente la legge del Texas sul *deplatforming*, rimandando il caso alla corte inferiore (nel frattempo, la legge rimarrà in sospenso fino all'invio di istruzioni alla corte distrettuale, in attesa poi del ricorso alla Corte Suprema). I due casi della Florida e del Texas hanno quindi dato origine a un *circuit split*: bisognerà seguire da vicino come la Corte Suprema deciderà in merito. Mentre scrivo, l'ultimo aggiornamento risale al 23 gennaio 2023, quando la Corte Suprema ha assunto una decisione interlocutoria, senza ancora garantire o negare *certiorari*.

⁷⁷ Si noti la contraddizione con il sopra richiamato *Red Lion*.

⁷⁸ *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

5. *Libertà di espressione online: le ragioni per un approccio coerente e ideologicamente solido (e risposta alle possibili obiezioni)*

L'analisi sin qui condotta ha messo in luce a mio avviso alcune eclatanti contraddizioni in cui sembrano incorrere entrambe le prospettive attualmente dominanti nel dibattito pubblico. Io credo che ciò generi inevitabilmente una certa insoddisfazione per lo stato dell'arte di tale dibattito, ed induce ad andare alla ricerca di un approccio diverso, più internamente coerente e meno esposto alle aporie e contraddizioni appena evidenziate.

Tale approccio guarda molto semplicemente con grande favore alla tradizionale costituzionale americana di fortissima tutela della libertà di espressione e ritiene necessario mantenere la barra dritta e salvaguardarne la lezione anche là dove ciò vada a scapito di battaglie politiche di breve periodo o comunque di vantaggi, per quanto desiderabili, di breve termine. Appaiono cioè tuttora pienamente valide e insuperate tutti gli argomenti a sostegno di una strenua difesa della libertà di parola, e ciò sia sul piano ideologico caro ai conservatori (la libertà di espressione va tutelata quali che ne siano gli abusi e per quanto odiosi essi siano⁷⁹), sia in ottica utilitaristica più propria dei *liberal* (in un "mercato delle idee" funzionante, à la Oliver Wendell Holmes, quale è quello proprio di una *tolerant society*⁸⁰, le idee cattive verranno progressivamente eliminate, ed è preferibile che ciò avvenga in modo spontaneo e non coattivo, il che non farebbe altro che involontariamente rafforzarle).

D'altro canto, non possono essere sottovalutate le ragioni della libertà di espressione e della libertà economica delle piattaforme. Dopo tutto, si tratta fino a prova contraria di soggetti privati che come tali devono poter godere della più ampia discrezionalità editoriale, così come riconosciuto a favore dei media tradizionali. Da questo punto di vista, non appare in alcun modo uno scandalo la progressiva privatizzazione della "censura" operata dalle piattaforme⁸¹, e resa manifesta nell'istituzione dell'*Oversight Board* da parte di *Facebook/Meta*, con il compi-

⁷⁹ Cfr W.E. Bloch, *Defending the Undefendable*, Auburn, 2018 [1976], capitolo III, *Free Speech*, 39-72.

⁸⁰ Come nel titolo del celeberrimo lavoro di L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Cambridge, 1986. Di questo stesso Autore, si segnala la recentissima uscita di un nuovo volume scritto con G.R. Stone, *Social Media, Freedom of Speech, and the Future of our Democracy*, New York, 2022. Di recente, alcuni argomenti sono stati riproposti da J. Zimmerman, *Free Speech: And Why You Should Give a Damn*, Buffalo, 2021; cfr. anche Id., 'Why we must allow hate speech', *Pittsburgh Post-Gazette*, 17 agosto 2022, disponibile su <https://www.post-gazette.com/opinion/Op-Ed/2022/08/17/rushdie-matar-fatwa-censorship-speech-codes/stories/202208170022>.

⁸¹ Cfr. le riflessioni in argomento di C. Arun, *Making Choices: Social Media Platforms and Freedom of Expression Norms*, in L.C. Bollinger, A. Callamard (eds.), *Regardless of Frontiers. Global Freedom of Expression in a Troubled World*, New York, 2021, capitolo 12.

to di fungere da organo privato e indipendente d'appello rispetto alle decisioni di rimozione di contenuti e blocco di profili operate dal *social network*.

Se questo è vero, non appaiono esservi validi motivi per sacrificare questi sacri principi in nome vuoi del pur apprezzabile obiettivo di lottare contro tutte le forme di odio, vuoi all'opposto di combattere contro una discriminazione ideologico-culturale che indubbiamente danneggia chi la subisce e sicuramente non è del tutto frutto di una spontanea evoluzione del "mercato delle idee".

Da questo punto di vista, l'unica vera obiezione possibile appare essere quella che definirei "l'obiezione dell'oligarca", e che mi è stata mossa da Carlo Lottieri in un seminario di presentazione del mio precedente scritto in argomento⁸². In maniera solo apparentemente provocatoria, Lottieri avanzava l'ipotesi che l'enorme potere acquisito dalle piattaforme possa essere spiegato non solo come il risultato di una dinamica di mercato⁸³, ma anche sulla base della loro vicinanza al potere costituito, da cui avrebbero, se non attivamente cercato, quanto meno ricevuto favori – in termini ad es. di barriere normative all'ingresso di concorrenti – che ne avrebbero accresciuto la posizione di dominanza, a discapito di *competitor* più deboli o semplicemente più giovani, non diversamente da quello che accade in certi ordinamenti autoritari a taluni imprenditori (gli oligarchi, appunto) che accumulano ricchezza in quanto organici al potere, fino al punto da consentire di avanzare l'ipotesi che essi debbano essere ricondotti *de facto* alla sfera pubblica, non rilevando più la loro natura formalmente privatistica⁸⁴.

In prospettiva libertaria, l'obiezione di Lottieri appare indubbiamente molto seria e meritevole di adeguata considerazione, tanto più alla luce delle (per nulla) sorprendenti rivelazioni dei già menzionati *Twitter Files*, che hanno svelato per volontà del nuovo proprietario Elon Musk la notevole "*partisanship*" di alcune decisioni prese dai top manager di questo social network in alcune vicende politicamente molto sensibili. Tale obiezione può essere ricondotta alla questione se anche la proprietà privata dei *crony capitalists* o dei *rent-seekers* o addirittura dei criminali sia meritevole dello stesso grado di protezione di cui deve godere quella di chiunque altro l'abbia acquisita senza violare il principio di non aggressione e gli altri cardini di una società libera⁸⁵.

⁸² Quello sopra ricordato, *Offerte che non si possono rifiutare*, cit. Il seminario IREF in cui fu presentato in versione inglese in forma di *working paper* si è svolto il 15 ottobre 2021 a Bendern, Liechtenstein.

⁸³ Per una riflessione già molto precoce sulla disciplina di internet da una prospettiva di libero mercato, v. il numero 20.1 della rivista *Economic Affairs*, a cura di J. Morris, *Markets and the Internet*, marzo 2000.

⁸⁴ Lottieri equiparava tale meccanismo perfino a quello di taluni gruppi criminali che acquisiscono enormi ricchezze grazie ad appalti e altre procedure non trasparenti, anche se non necessariamente illegali in modo plateale, ma più per effetto di favori formalmente legali.

⁸⁵ Il tema si collega ad uno particolarmente attuale oggi, ovvero la necessità di contemperare le esigenze di tutela della *rule of law* con quelle di perseguimento degli obiettivi di politica estera, con riferimento alle sanzioni irrogate agli oligarchi russi all'indomani dell'invasione russa dell'Ucraina: cfr. in argomento L. Shackleton,

La prima considerazione da fare è se effettivamente le grandi piattaforme siano riconducibili alla categoria degli oligarchi, come nella tesi sostenuta da Lottieri anche in un suo recente scritto in materia di riflessi della pandemia di Covid-19 sul diritto, un evento che ha visto aumentare in modo estremamente marcato il controllo sui contenuti da parte delle piattaforme, con un *fact-checking* e una restrizione dei contenuti davvero capillari ed esiti anche contraddittori e paradossali⁸⁶.

Questa la tesi di Lottieri: «c'è da chiedersi cosa resti di «privato» nella società contemporanea, caratterizzata da una crescente invasione della politica nell'economia e nella vita culturale. [...] Grandi imprese come Facebook, Amazon oppure Google sono aziende private, ma possono ottenere enormi vantaggi dal potere politico. Per questo, esse sono portate ad agire in maniera opportunistica nei riguardi della politica e a investire molti soldi in iniziative lobbistiche. Per giunta, si tratta di imprese che possono essere cancellate oppure penalizzate in vario modo: da norme riguardanti il fisco, la concorrenza, i contratti di lavoro, la privacy e via dicendo. Alla luce di tutto ciò, è impossibile ritenere legittimo il comportamento di Zuckerberg, Bezos oppure Dorsey quando chiudono la bocca a chi interpreta posizioni che essi non apprezzano. C'è soprattutto da chiedersi se le loro aziende – attive entro questo quadro altamente politicizzato – siano ancora autenticamente private, dato che operano in totale sintonia con quanti dispongono della sovranità, oppure se non siano gli ultimi tentacoli di un potere politico assai più complesso e impenetrabile di quanto non fosse nei decenni scorsi»⁸⁷.

Benché vi siano effettivamente evidenze di *rent-seeking* da parte delle piattaforme, a me pare che vi siano tre elementi da considerare. In primo luogo, il modo in cui esse hanno assunto una posizione di dominanza nei rispettivi mercati appare irriducibilmente diversa dal modo in cui gli oligarchi assumono le proprie ricchezze. Se in questi ultimi vi è un evidente vizio d'origine, le piattaforme sembrano essere al più vittime del proprio successo, conseguito però in larga misura in linea con i requisiti fondamentali tratteggiati da Mises: un imprendito-

Yes, let's be "tough on Russia" – but not by overriding the rule of law, IEA, 10 marzo 2022, disponibile su <https://iea.org.uk/yes-lets-be-tough-on-russia-but-not-by-overriding-the-rule-of-law/>.

⁸⁶ È il caso della causa promossa dal giornalista John Stossel contro Meta per un *fact-checking* a suo dire diffamatorio a corredo di un suo post, nella quale Meta ha obiettato che quel *fact-checking*, che presenta appunto come un'affermazione di fatto certamente vera, era da ritenersi senza dubbio legittimo in quanto espressione di un'opinione: cfr. J. Stossel, *Here's where the 'facts' about me lie - Facebook bizarrely claims its 'fact-checks' are 'opinion'*, in *New York Post*, 13 dicembre 2021.

⁸⁷ C. Lottieri, *Introduzione: Gli oligarchi, i renitenti e gli altri*, in Id. (a cura di), *Leviatano sanitario e crisi del diritto. Cultura, società e istituzioni al tempo del Covid-19*, Macerata, 2022, 25-6, corsivo aggiunto. In qualche modo, questa prospettiva è stata paradossalmente corroborata proprio da Mark Zuckerberg, in una sua affermazione spesso ripresa, ovvero «*In a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company. We have this large community of people, and more than other technology companies we're really setting policies*» (la riporta ad es. F. Foer, *Facebook's war on free will*, *The Guardian*, 19 settembre 2017).

re «does not reign over conquered territory, independent of the market, independent of his customers. [...] This 'king' must stay in the good graces of his subjects, the consumers; he loses his 'kingdom' as soon as he is no longer in a position to give his customers better service and provide it at lower cost than others with whom he must compete»⁸⁸.

In secondo luogo, la pervasività sempre crescente del controllo sull'operato delle piattaforme da parte delle pubbliche autorità è tale da sollevare dubbi sull'effettiva assimilazione *de facto* delle piattaforme all'enorme *corpus* della burocrazia statale. Da un lato, si segnalano molteplici iniziative legislative volte ad orientare le condotte delle imprese che gestiscono i più grandi *social media*⁸⁹, o addirittura ad imporre loro la censura di determinati contenuti (un obbligo contro il quale hanno reagito in sede giudiziaria)⁹⁰.

Dall'altro, lo scrutinio è particolarmente forte in materia di diritto della concorrenza: sono infatti ben note le molteplici iniziative nei più diversi ordinamenti contro piattaforme in asserito regime di oligopolio, se non addirittura monopoliste dei rispettivi segmenti di mercato⁹¹, che risultano tanto più insidiose quanto più si combinano con la prospettiva della menzionata equiparazione delle medesime piattaforme a editori tradizionali, con le connesse responsabilità. Appare molto difficile contestualizzare queste iniziative all'interno di uno scenario di commistione stretta tra piattaforme e pubblici poteri, a meno di postulare l'esistenza di un preciso accordo tra le prime e i secondi, in base al quale tutto avviene secondo una logica, e anche le pesanti sanzioni *antitrust* sarebbero felicemente tollerate da queste compagnie, perché parte di una logica più ampia in cui i benefici superano gli svantaggi: una tesi suggestiva che, però, richiede una dimostrazione⁹².

⁸⁸ L. von Mises, *Economic Policy: Thoughts for Today and Tomorrow*, Auburn, 2006, 3rd edn [1979], 1.

⁸⁹ Cfr. C.M. DucFollow, M. Bobrowsky, *Social-Media Firms Would Have to Consider Children's Health Under Bill Passed by California Legislature*, in *The Wall Street Journal*, 30 agosto 2022, disponibile su <https://www.wsj.com/articles/social-media-firms-would-have-to-consider-childrens-health-under-bill-passed-by-california-legislature-11661901669?st=cgh2d865qbr4ldi>.

⁹⁰ Cfr. R. Chandran, *Twitter battles India for control of social media content*, Thomson Reuters Foundation News, 6 luglio 2022, disponibile su <https://news.trust.org/item/20220706152542-4jkzy>.

⁹¹ Tra i molti, cfr. in argomento N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy. The M oligopoly Scenario*, Oxford, 2020.

⁹² Scrive ancora C. Lottieri, *Introduzione*, cit., 26: «quantı parlano di *deep State* intendono evocare proprio il rapporto corrotto che collega le élite politiche, i nuovi e vecchi protagonisti dell'industria e della finanza, gli alti burocrati, i principali media e le correnti intellettuali egemoni. Non abbiamo quindi la classica «cattura del regolatore» che ha luogo quando un gruppo d'interesse orienta a proprio favore le decisioni politiche, ma invece un *reciproco appropriarsi*, così che non è facile capire, anche in virtù della netta convergenza ideologico-culturale, chi giochi nella posizione del dominante e chi del dominato».

Un esempio eclatante di questo "reciproco appropriarsi" appare essere effettivamente quanto si è verificato in materia di controllo delle informazioni sul Covid-19, come sta emergendo all'esito dell'iniziativa sopra ricordata di Missouri e Louisiana (v. nota 64) e come è emerso anche in altri ordinamenti come l'India (cfr. K. Lyons, *Twitter censored tweets critical of India's handling of the pandemic at its government's request*, *The Verge*, 24 aprile 2021, disponibile su <https://www.theverge.com/2021/4/24/22400976/twitter-removed-tweets-critical-india-censor-coronavirus>). Eppure, se la condotta dei pubblici funzionari è stata effettivamente di pressione indebita, ciò appare di per sé contro la legge; ma nella misura in cui le piattaforme hanno consenzientemente

Da ultimo, appare davvero arduo mantenersi entro un quadro coerente se si vuole prendere alla lettera la tesi dell'*illegittimità* della “censura” privata o del *fact checking* da parte delle piattaforme. Infatti, perché si concretizzi la possibilità di rivolgersi ad un giudice per far valere tale illegittimità, occorre fondarsi su un'inevitabile premessa, ovvero ricondurre le piattaforme alla nozione di infrastruttura essenziale⁹³, o comunque di esercente un servizio pubblico. Solo equiparando le piattaforme digitali alle reti fisiche tradizionali come quella elettrica o quella ferroviaria, è possibile sostenere un loro obbligo giuridico di consentire l'accesso a chiunque, così come i gestori dei servizi di rete e in generale i concessionari di pubblico servizio non possono negare liberamente l'accesso a chi voglia avvalersi dei loro servizi.

Così facendo, però, si estenderebbe a dismisura la portata degli obblighi antitrust: considerare le piattaforme come una *essential facility* (a dispetto dell'assenza di restrizioni e contingentamenti di tipo fisico che caratterizza per definizione il mondo digitale) comporterebbe inevitabilmente il loro assoggettamento a tutta una serie di obblighi tipici di tutte le infrastrutture non duplicabili, che

accolto questa forte spinta del governo, la tesi qui sostenuta appare ancora valida, poiché si tratterebbe – in questo caso – di una loro politica adottata liberamente. Cfr. altresì S. Nelson, *White House 'flagging' posts for Facebook to censor over COVID 'misinformation'*, in *The New York Post*, 15 luglio 2021, disponibile su <https://nypost.com/2021/07/15/white-house-flagging-posts-for-facebook-to-censor-due-to-covid-19-misinformation/>. Considerazioni simili si possono fare con riguardo a quanto emerge dai rapporti periodici di Twitter sulle richieste di rimozione ricevute: <https://transparency.twitter.com/en/reports/removal-requests.html>. Ancor più di recente, un'inchiesta giornalistica ha rivelato le amplissime forme di interferenza (o collaborazione) tra il *Department of Homeland Security* degli Stati Uniti e le principali piattaforme di social media: K. Klippenstein, L. Fang, *Truth Cops. Leaked Documents Outline DHS's Plans to Police Disinformation*, in *The Intercept*, 31 ottobre 2022, disponibile su <https://theintercept.com/2022/10/31/social-media-disinformation-dhs/>.

Merita ancora segnalare che questo “reciproco appropriarsi” non è certamente un fenomeno nuovo, ma se ne trova traccia già in analisi precedenti all'avvento di internet. Ad es., è interessante la notazione di come la censura, per non ammettere la propria esistenza, preferisca nascondersi dietro “*institutions with completely different functions, such as publishing houses*”, o assumere le sembianze di un “*editor (of a book, a newspaper, or an anthology), of a reporter, publisher's reader, etc.*”: così D. Kiš, *Censorship/self censorship, Index on Censorship* 1186, 43. Questo breve saggio contiene acute considerazioni sui rischi di autocensura invisibile provocati dalle troppe interferenze censorie dei governi. Le sue riflessioni sono state riprese con riferimento all'*online speech* da E. Snowden, *The Most Dangerous Censorship*, 22 giugno 2021, disponibile su <https://edwardsnowden.substack.com/p/on-censorship-pt-1>, secondo cui «*For fear of losing a job, or of losing an admission to school, or of losing the right to live in the country of your birth, or merely of social ostracism, many of today's best minds in so-called free, democratic states have stopped trying to say what they think and feel and have fallen silent. That, or they adopt the party-line of whatever party they would like to be invited to – whatever party their livelihoods depend on. Such is the trickle-down effect of the institutional exploitation of the internet, of corporate algorithms that thrive on controversy and division: the degradation of the soul as a source of profit – and power.*».

⁹³ Cfr., tra i molti, M. Lao, *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2013, 11, 275; con riguardo all'Europa, v. I. Graef, *Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy*, *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2019, 53(1), 40. Più di recente, con riferimento agli *app store*, v. O. Borgogno, G. Colangelo, *Platform and Device Neutrality Regime: The New Competition Rulebook for App Stores?*, *The Antitrust Bulletin*, 2022, 67(3), 451.

però mal si attagliano a soggetti che non sono protetti da alcun limite fisico alla concorrenza⁹⁴.

D'altro canto, anche a prescindere dall'assoggettamento alle regole imposte alle imprese in posizione dominante, una tale prospettiva condurrebbe certamente ad estendere gli obblighi di non discriminazione (validi ben oltre le sole imprese dominanti), a tutto discapito della libertà contrattuale: per poter fare valere davanti a un giudice l'illegittimità della "censura" di *Facebook/Meta*, si dovrà inevitabilmente negare che *Facebook/Meta* abbia piena libertà di autodeterminare con chi legarsi in una relazione contrattuale e chi no⁹⁵.

In definitiva, a me pare che si finirebbe inevitabilmente, con un tipico piano inclinato proprio dell'interventismo⁹⁶, con l'estendere di molto il novero dei diritti di natura in senso lato sociale, che in altra sede lo stesso Lottieri ha rimarcato come comportino una correlativa compressione delle libertà individuali, da lui non favorita⁹⁷.

Ma anche a voler fare propria la premessa di Lottieri, a scopi di argomentazione, occorre poi interrogarsi in secondo luogo su quali debbano essere le conseguenze sul piano del diritto di un ipotetico accertamento della natura *crony* e oli-

⁹⁴ Con riguardo in particolare ai rapporti tra diritto della concorrenza e libertà di espressione, un importante caso di "economic speech" da ricordare è *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945), citato da Alito nel suo *dissent* in *Netchoice, LLC v. Paxton*, su cui vedi poco sopra nel testo. Qui, la Corte Suprema aveva stabilito l'illegittimità del divieto previsto nello statuto della Associated Press per i suoi membri di fornire notizie (indifferentemente del gruppo o meno) a editori non membri del gruppo. La Corte precisò qui i confini della libertà della stampa nel senso che «[f]reedom of the press from governmental interference under the First Amendment does not sanction repression of that freedom by private interests» (326 U.S. 20). Cfr. anche uno dei principali argomenti a sostegno della legge oggetto del caso *Tornillo* (un argomento però rigettato dalla Corte Suprema), ovvero (nella ricostruzione della stessa Corte, 418 U.S. 251) «*The First Amendment interest of the public in being informed is said to be in peril because the "marketplace of ideas" is today a monopoly controlled by the owners of the market*». Si esprime in senso contrario all'enforcement della normativa antitrust per proteggere la *noncommercial speech* (ad es. "expressive, political, and social speech") anche G. Day, *Monopolizing Free Speech*, *Fordham L. Rev.*, 2020, 88, 1315 (pur ampiamente favorevole invece ad un ampio uso della stessa con riguardo invece al *commercial speech*). Ancora in materia di (insoddisfacente, ma in quanto insufficientemente incisiva) applicazione del diritto della concorrenza ai "digital gatekeepers", v. O. Lynskey, *Regulating 'Platform Power'*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017.

⁹⁵ Vale la pena di notare che questa considerazione rimane valida anche se si sostiene la tesi – prospettata ad esempio da S. Thobani, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, in *Persona e Mercato*, 2021, 426-439 – per cui almeno le principali piattaforme potrebbero trovare un limite privatistico-contrattuale (e non solo o non necessariamente pubblicitario-costituzionale) nelle proprie scelte "editoriali", derivante dal fatto di essersi, almeno inizialmente, presentate come aperte a tutti, senza sufficienti preve indicazioni nelle *Terms and conditions* in merito alle proprie politiche di restrizione di eventuali contenuti. La tesi appare suggestiva e condivisibile, ma rimane valida in un contesto per l'appunto privatistico e non incide sull'argomento pubblicitario degli asseriti limiti alla libertà contrattuale derivanti da immanenti e preminenti principi antidiscriminatori, che si applicherebbero anche in presenza delle *Terms and conditions* più dettagliate e precise, potenzialmente anzi superandole.

⁹⁶ È il noto argomento al cuore di F. A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, Abingdon, 1944.

⁹⁷ C. Lottieri, *Every New Right is a Freedom Lost: A Classical Liberal Defense Against the Triumph of False Rights*, Dallas, 2016.

garchica delle piattaforme. Tale questione è stata discussa da alcuni dei principali esponenti del pensiero libertario e anarco-capitalista, con esiti non sovrapponibili⁹⁸. Così, Mises, in un paragrafo intitolato *Violence and contract* del capitolo sulla proprietà del suo studio dei sistemi socialisti, aveva già riflettuto sulla primigenia natura violenta della proprietà.

In via generale, egli scriveva, «*All ownership derives from occupation and violence. When we consider the natural components of goods, [...] and when we follow the legal title back, we must necessarily arrive at a point where this title originated in the appropriation of goods accessible to all. Before that we may encounter a forcible expropriation from a predecessor whose ownership we can in its turn trace to earlier appropriation or robbery. That all rights derive from violence, all ownership from appropriation or robbery, we may freely admit to those who oppose ownership on considerations of natural law*»⁹⁹. Mises concludeva che anche questa forma di violenza a monte non sarebbe sufficiente a legittimare una compressione dei diritti di proprietà attuali: «*But this offers not the slightest proof that the abolition of ownership is necessary, advisable. or morally justified*»¹⁰⁰.

Ciò non toglie, però, che «*The significance of the legal concept of property lies just in this – that it differentiates between the physical has and the legal should have. The Law recognizes owners and possessors who lack this natural having, owners who do not have, but ought to have*»¹⁰¹: ciò comporta che il possessore che abbia acquisito la disponibilità di un bene in modo contrario al diritto non è da questo protetto, ma il ragionamento si mantiene all'interno dei rapporti inter-soggettivi e non viene considerata l'ipotesi più difficile di una proprietà che non derivi direttamente da un furto, ma solo indirettamente dall'elargizione del governo.

Dal canto suo, con una prospettiva assai più interventista Nozick giustificò una sorta di redistribuzione *una tantum* ad opera del governo per rimediare ad ingiustizie passate: «*an important question for each society will be the following: given its particular history, what operable rule of thumb best approximates the results of*

⁹⁸ L'analisi che segue è fondata su Emil Lindqvist, *Libertarianism and Georgism on Private Property* (2015), disponibile su <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:900066/FULLTEXT01.pdf>.

⁹⁹ L. von Mises, *Socialism. An Economic and Sociological Analysis* (tr. J. Kahane), New Haven, 1962 [1951], 42-3. Su questo punto si ritrovano accenti simili in J. Stuart Mill, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, Longmans, Green, and Company, London, 1909 [1870], II.1.3 «*The social arrangements of modern Europe commenced from a distribution of property which was the result, not of just partition, or acquisition by industry, but of conquest and violence: and notwithstanding what industry has been doing for many centuries to modify the work of force, the system still retains many and large traces of its origin*». Similmente, R. Epstein ha scritto che «*[m]uch of the current stores of wealth were acquired by improper means, and these imperfections necessarily infect the system as it now stands*» (R.A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, MA, 1985, 346. Questi due passaggi sono ricordati da D.G. Duff, *Private Property and Tax Policy in a Libertarian World: A Critical Review*, *Can. J. L. & Jur.* 23, 2005, 128, 38.

¹⁰⁰ von Mises, *Socialism*, 43.

¹⁰¹ von Mises, *Socialism*, 37.

a detailed application in that society of the principle of rectification? [...]. Although to introduce socialism as the punishment for our sins would be to go too far, past injustices might be so great as to make necessary in the short run a more extensive state in order to rectify them»¹⁰².

Infine, Rothbard è forse colui che più precisamente ha considerato la questione della legittimità o meno di titoli di proprietà derivanti da atti formalmente legali, ovvero coerenti con l'ordine costituito, ma contrari al principio di non aggressione. Egli fece l'esempio dell'immaginario regno di Ruritania, in cui il re aveva acquisito con la violenza tutte le proprietà dei suoi sudditi. Questi ultimi reagirono e si apprestarono a destituirlo, ma un momento prima di cedere il potere il re distribuì la proprietà dell'intero regno tra sé e undici suoi parenti: che ne è, si chiede Rothbard, di quei titoli di proprietà attribuiti dal re¹⁰³? Adottando una prospettiva sostanzialista e anti-utilitarista, egli concluse per la loro illegittimità, sulla base di una fondamentale distinzione tra proprietà *giusta* e *ingiusta*: «*It should be clear that for the libertarians to refute this stratagem they must take their stand on a theory of just versus unjust property [...]. They would then say to the king: "We are sorry, but we only recognize private property claims that are just—that emanate from an individual's fundamental natural right to own himself and the property which he has either transformed by his energy or which has been voluntarily given or bequeathed to him by such transformers. We do not, in short, recognize anyone's right to any given piece of property purely on his or anyone else's arbitrary say-so that it is his own. There can be no natural moral right derivable from a man's arbitrary claim that any property is his"*»¹⁰⁴. E addirittura, in questa ipotetica risposta della società libertaria al re dispotico, arrivava a concludere: «*Therefore, we claim the right to expropriate the 'private' property of you and your relations, and to return that property to the individual owners against whom you aggressed by imposing your illegitimate claim*»¹⁰⁵.

In definitiva, perfino in un autore dalla estrema coerenza e aderenza ai principi libertari come Rothbard emerge un possibile spazio per una revoca di titoli di proprietà considerati ingiusti dal punto di vista sostanziale (anche se formalmente corretti), e pertanto – per tornare al punto da cui abbiamo preso le mosse – sembrerebbe potersi giustificare su questa base, anche da prospettiva libertaria, un'interferenza con la libertà delle piattaforme di determinare in modo discrezionale le proprie politiche di controllo dei contenuti e di *fact-checking*. Chiaramente, per fare ciò occorre accettare la premessa dell'illegittimità, se non originaria, quanto meno derivata, dei titoli di proprietà delle piattaforme, per effetto di quel "reciproco appropriarsi" di cui parla Lottieri: un fatto, però, che, come detto, si presta

¹⁰² R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford-Cambridge, 1999 [1974]), 231.

¹⁰³ M. N. Rothbard, *The Ethics of Liberty* (New York-London, 1998 [1982]), 54-5.

¹⁰⁴ *Ivi*, 55.

¹⁰⁵ *Ibid.*, enfasi aggiunta.

a sua volta ad alcune significative obiezioni, a mio avviso insuperabili, collegate al modo in cui le piattaforme hanno acquisito la propria posizione di forza, ai forti limiti imposti in materia di diritto della concorrenza, e ai rischi connessi all'estensione dell'ambito di operatività della nozione di “*essential facility*”.

6. *Conclusion: tra libertà di espressione, “economic speech” e libertà contrattuale e d'impresa*

L'analisi condotta ha permesso di raggiungere alcune precise conclusioni. In primo luogo, appare evidente e molto marcata la tendenza, tanto in Europa quanto negli Stati Uniti, verso la progressiva restrizione dello spazio di tutela della libertà contrattuale: si tratta di una tendenza più generale¹⁰⁶, che già ha caratterizzato da sempre il dibattito in materia di *net neutrality*¹⁰⁷ e che si manifesta in modo chiaro anche per ciò che riguarda internet e in particolare il ruolo delle piattaforme¹⁰⁸.

Ciò avviene per effetto di una “convergenza parallela” di diverse prospettive ideologiche: per motivi diversi e per certi versi opposti, tanto i progressisti quanto i conservatori si trovano ad invocare la possibilità per la politica di interferire maggiormente con l'operato delle piattaforme. Tale movimento sembra assecondato anche dai fautori dell'originalismo come Gorsuch (e lo stesso Thomas), che sembrano, se non condividere questa direzione, quanto meno non essere disposti a fermarla in quanto espressione di una scelta politica molto precisa, senza che essi ravvisino nella Costituzione dei Padri Fondatori indicazioni di una sua eventuale illegittimità.

Ma un'apertura alla limitazione della libertà contrattuale sembra giungere perfino da prospettiva libertaria, certamente assai minoritaria nel dibattito pubblico, ma con un certo seguito tanto negli Stati Uniti quanto in Europa in materia di libertà di espressione e libertà civili in genere. Come si è visto, in quest'otti-

¹⁰⁶ Come ho avuto modo di argomentare in *Offerte che non si possono rifiutare*, cit.

¹⁰⁷ Senza che sia possibile in questa sede ripercorrerlo neppure per sommi capi, segnalo soltanto, tra le più recenti novità in argomento, la sentenza della Corte di giustizia dell'Ue (Grande Sezione) nel caso *Telenor Magyarország Zrt. / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnök*, 15 settembre 2020, cause riunite C-807/18 e C-39/19, in cui i giudici europei hanno affermato l'incompatibilità con il diritto europeo di piani tariffari che non conteggino il traffico dati generato da alcune applicazioni come rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di traffico prevista nell'offerta. L'esigenza di mantenere un accesso non discriminatorio alle tecnologie digitali emerge anche nel contesto del Consiglio d'Europa, e in particolare nella *Recommendation CM/Rec(2022)13 of the Committee of Ministers to member States on the impacts of digital technologies on freedom of expression (Adopted by the Committee of Ministers on 6 April 2022 at the 1431st meeting of the Ministers' Deputies)*.

¹⁰⁸ In dottrina, si è giunti fino ad avanzare la tesi, davvero insostenibile nella prospettiva di chi scrive, per cui perfino i siti di *dating online* dovrebbero essere trattati da *public accommodations* e come tali assoggettati a precisi obblighi antidiscriminatori: S. Bedi, *Online Dating Sites as Public Accommodations: Facilitating Racial Discrimination*, in S.J. Brison, K. Gelber (eds.), *Free Speech in the Digital Age*, Oxford, 2019, 189 ss.

ca è stato sostenuto che le piattaforme non sarebbero più soggetti autenticamente privati, così finendo con l'aprire la strada ad un ampliamento del novero dei soggetti ibridi che vengono considerati *state actor* e la cui libertà contrattuale è quindi limitata per la necessità di garantire la neutralità dei soggetti pubblici.

Muovendo dalla premessa della natura non più genuinamente privata delle piattaforme, questo esito appare tanto inevitabile quanto paradossale, se si pensa allo scetticismo con cui la prospettiva libertaria ha sempre accolto le restrizioni alla libertà contrattuale dei privati, anche se volte al perseguimento di obiettivi in quanto tali senz'altro condivisi come il superamento dei pregiudizi razziali o delle altre svariate forme di odio nei confronti di gruppi storicamente svantaggiati¹⁰⁹.

Ma tanta è l'importanza della libertà economica, come dimensione ineliminabile della libertà individuale, che non si ritiene che essa possa essere funzionalizzata e sacrificata sull'altare del perseguimento di obiettivi altri, per quanto nobili. E d'altro canto, autorevole dottrina ha avanzato dubbi piuttosto convincenti sull'effettiva efficacia degli obblighi antidiscriminatori in capo alle imprese rispetto all'obiettivo perseguito di lotta ai pregiudizi e ai preconcetti. È stato infatti osservato che tali obblighi possono finire paradossalmente per l'avvantaggiare gli attori economici inclini ad ingiustificate discriminazioni. La loro (libera) scelta di non entrare in relazione con determinati fornitori, lavoratori o clienti per pregiudizi di natura discriminatoria li avrebbe infatti penalizzati, dal momento che i soggetti discriminati senza altro motivo che una loro caratteristica che nulla ha a che vedere con la qualità della loro prestazione avrebbero finito con l'apportare il beneficio dei propri servizi o del proprio potere d'acquisto a dei concorrenti privi di pregiudizi; vietando le discriminazioni, invece, si impedisce questo meccanismo autocorrettivo del mercato¹¹⁰.

Il campo del cosiddetto "*economic speech*", ovvero quello in cui le scelte imprenditoriali sono classificabili anche come "*speech*", ovvero sono effettuate sulla base di una precisa ragione ideologica (o religiosa) dell'imprenditore, o comunque la riflettono e la "manifestano" all'esterno, o in ogni caso delle forme di espressione sono effettuate nel contesto di un'attività d'impresa, costituisce un ambito in particolarmente fermento da questo punto di vista, e al contempo quindi un banco di prova molto rilevante per testare la "resilienza" della libertà contrattuale.

¹⁰⁹ Si segnalano in particolare alcuni scritti di W.E. Bloch: *Discrimination: An interdisciplinary analysis*, 11(4) *Journal of Business Ethics* (1992); *Compromising the Uncompromisable: Discrimination, The American Journal of Economics and Sociology*, 1998, 57(2), 223; con J. Portillo, *Anti-Discrimination Laws: Undermining Our Rights*, *Journal of Business Ethics*, 2012, 209. In senso contrario, W. Kline, *A Libertarian Defense of Title II of the 1964 Civil Rights Act*, *Journal of Business Ethics* (2022).

¹¹⁰ A questo proposito, cfr. R.A. Epstein, *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge, 1992.

La tendenza in atto appare chiara, e se perfino da prospettiva libertaria finiscono col venir meno alcuni argomenti contro di essa, o in ogni caso si invoca nei fatti la riconduzione delle piattaforme alla categoria degli *state actor*, la sensazione è che gli obblighi antidiscriminatori ne vengano almeno nell'immediato rafforzati, essendo ben difficile che, mentre si estende il novero degli enti assoggettati agli obblighi in questione, così rafforzandone la pervasività, al contempo si assista ad un loro ridimensionamento in capo a tutti gli altri soggetti (della cui effettiva natura privata nessuno dubita). Ne risulterà un continuo aumento dell'ambito di operatività delle leggi anti-discriminatorie.

Tuttavia, quanto meno nel contesto americano la Corte Suprema ha dimostrato, anche in anni recenti, di volere e sapere essere un baluardo della libertà contrattuale e della libertà di espressione¹¹¹. Non è pertanto da escludere che ciò possa avvenire anche nei casi di “*economic speech*” in cui esse si combinano e appaiono inestricabilmente connesse. Ciò potrebbe avvenire proprio a partire dai procedimenti sulle *de-platforming laws* di cui, come detto, occorrerà seguire da vicino l'evoluzione, perché potrebbero portare un po' di chiarezza nell'attuale complesso e spesso confuso quadro di ciò che, a seconda delle prospettive, gli operatori di internet e in particolare le piattaforme *devono, possono, non possono o possono non fare* (o ancora, sul piano *de jure condendo, dovrebbero, dovrebbero poter, non dovrebbero poter o dovrebbero poter non fare*) quando si tratta di porre limiti e restrizioni alle libere manifestazioni del pensiero.

Ad oggi, si intrecciano in modo complesso il piano legislativo¹¹² e quello giurisprudenziale¹¹³ (costituzionale e non). Di conseguenza, la ricostruzione di quali siano, sul piano del diritto positivo, i poteri e perfino i doveri delle piattaforme non appare sempre agevole. Sarebbe invece quanto mai preziosa un'opera di chiarezza

¹¹¹ Ciò è avvenuto con particolare rilievo con riguardo a restrizioni previste nella disciplina elettorale, in particolare in quella del finanziamento: oltre al già citato *Citizens United, v. McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S. 185 (2014); *American Tradition Partnership, Inc. v. Bullock*, 567, U.S. 516 (2012); *Arizona Free Enterprise Club's Freedom Club PAC v. Bennett*, 564 U.S. 721 (2011); *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U.S. 449 (2007). Accanto ad essi, diversi casi hanno anche rafforzato le tutele della libertà religiosa, anch'essa protetta dal Primo Emendamento. Per una critica a questa asserita “*Supreme Court's expansion of the First Amendment for the benefit of commercial actors*”, nel contesto di internet, v. J. Francis, L. Francis, *Freedom of Thought in the United States: The First Amendment, Marketplaces of Ideas, and the Internet*, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2021, 8(2-3), 192; sempre in senso critico, v. anche D. French, *Free Speech for Me but Not for Thee. The American right has lost the plot on free speech*, in *The Atlantic*, aprile 2022, disponibile su <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/04/republican-dont-say-gay-bill-florida/629516/>; J. Britton-Purdy, *The Bosses' Constitution: How and why the First Amendment became a weapon for the right*, in *The Nation*, 12 settembre 2018, disponibile su <https://www.thenation.com/article/archive/the-bosses-constitution/>.

¹¹² In costante evoluzione, in antitesi alla scelta qui invocata all'inizio della necessità di limitare il più possibile il ricorso a nuove leggi per affrontare questi, pur nuovi, fenomeni.

¹¹³ In argomento, si segnala il recente E. Psychogiopoulou, S. de la Sierra (eds.), *Digital Media Governance and Supranational Courts. Selected Issues and Insights from the European Judiciary*, Cheltenham, 2022.

che, secondo la prospettiva qui sostenuta, fughi ogni possibile dubbio sulla natura interamente privata delle piattaforme, e ne tragga auspicabilmente la conseguenza dell'insindacabilità delle loro decisioni imprenditoriali (anche se) aventi la valenza di un'affermazione ideologica, in quanto rientranti nella duplice sfera intangibile delle libere decisioni imprenditoriali e delle libere manifestazioni di pensiero.

In questa prospettiva, può indicare la via la risposta, al tempo stesso profondamente onesta ed ironica, del direttore di un piccolo giornale locale del Texas, il *Vindicator*, che nel 2018 aveva deciso di celebrare il Giorno dell'Indipendenza pubblicando nei giorni precedenti sul suo profilo Facebook degli stralci della Dichiarazione di Indipendenza. Senonché ad un certo momento giunse il turno del punto in cui si accusa il re della Gran Bretagna, tra le altre cose, di aver fatto rivoltare i “*merciless Indian Savages*” contro le tredici colonie. L'algoritmo di Facebook lo interpretò come *hate speech* e bannò il post. Il commento del direttore, Casey Stinnett, rimane una stella polare insuperata di un possibile approccio coerente al problema. Non ci potrebbero essere parole migliori delle sue per chiudere questo lavoro: «*While unhappy with Facebook's action, the editor reminds readers that Facebook is a business corporation, not the government, and as such it is allowed to restrict use of its services as long as those restrictions do not violate any laws. Plus, The Vindicator is using Facebook for free, so the newspaper has little grounds for complaint other than the silliness of it. The problem The Vindicator faces is that it has become dependent, perhaps too dependent, on Facebook to communicate with local residents and to promote the newspaper. [...] So, the removal of this morning's post puts the Vindicator in a quandary about whether to continue with posting the final two parts of the Declaration. [...] Should Facebook find anything in them offensive, The Vindicator could lose its Facebook page. This is frustrating, but your editor is a historian, and to enjoy the study of history a person must love irony. It is a very great irony that the words of Thomas Jefferson should now be censored in America*»¹¹⁴.

¹¹⁴ Il racconto della vicenda e la selezione delle frasi più significative dell'editoriale (Casey Stinnett, *Facebook's Program Thinks Declaration of Independence Is Hate Speech*, *Vindicator*, 2 luglio 2018) sono tratti da D. Keller, *Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech*, Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, Aegis Series Paper No. 1902 (29 gennaio 2019), disponibile su <https://www.lawfareblog.com/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech>.

Il dibattito sull'online speech: alla ricerca di un fondamento ideologico solido e coerente, tra libertà di espressione, "economic speech" e libertà di iniziativa economica

L'articolo traccia un quadro aggiornato della disciplina dell'*online speech* negli Stati Uniti e nell'Unione europea, considerando le più importanti innovazioni normative, diversi casi giurisprudenziali significativi, e le principali posizioni nel dibattito pubblico, non solo accademico. Viene offerta una prospettiva diversa rispetto agli approcci più diffusi alla regolamentazione della materia, con una riflessione circa la perdurante natura esclusivamente privata o meno delle grandi piattaforme che ospitano user-generated content. La conclusione riflette sulle intersezioni che avvengono online tra libertà di espressione, "economic speech" e libertà di iniziativa economica.

The debate on online speech: the search for a solid and coherent ideological foundation, between freedom of expression, "economic speech" and freedom of economic initiative

The article draws an up-to-date picture of the regulation of online speech in the United States and the European Union, considering the most important regulatory innovations, several significant cases, and the main positions in the public debate, not only academic. An alternative perspective to the most popular approaches to regulating the subject is offered, with a reflection on the continuing exclusively private or non-private nature of large platforms hosting user-generated content. The conclusion reflects on the intersections that occur online between freedom of expression, 'economic speech' and freedom of economic initiative.

