

Cesare Pinelli - Ugo Ruffolo

I diritti nelle piattaforme



Giappichelli

Parte I

di *Cesare Pinelli*

Capitolo I

I diritti nelle piattaforme dall'entusiasmo alla diffidenza

Sommario: 1. La fase pionieristica di Internet come strumento di illimitata espansione della libertà di espressione del pensiero. – 2. La fase della diffidenza per il potere accumulato dalle grandi piattaforme e la resistenza della Corte Suprema. – 3. La natura incoercibile della libertà di pensiero: una pagina di Spinoza. – 4. Le manipolazioni del pensiero ad opera dei regimi totalitari e nella cultura di massa.

1. La fase pionieristica di Internet come strumento di illimitata espansione della libertà di espressione del pensiero

I tradizionali mezzi di comunicazione producevano direttamente gran parte del contenuto dei messaggi pubblicati o trasmessi, e controllavano comunque il contenuto dei messaggi ospitati, per cui la grande maggioranza di quanti accedevano al mezzo erano destinatari di messaggi già confezionati. In prima approssimazione, i *social media* funzionano invece da bacheche che ospitano i messaggi di grandi masse di utenti, i quali nello stesso tempo ne sono destinatari¹. Si tratta di piattaforme Internet che consentono la creazione e lo scambio di contenuti prodotti dagli utenti, di solito con tecnologie mobili o basate sul *web*².

In questi termini, si direbbe che il passaggio dai vecchi ai nuovi mezzi di comunicazione si traduca in un enorme aumento delle interazioni e degli scambi fra centinaia di milioni di persone, e dunque della loro partecipazione alla vita collettiva³. A prima vista costoro parrebbero assai più consapevoli e attivi, in particolare, degli spettatori televisivi.

Purtroppo le cose non stanno affatto così. L'idea che la comunicazione in rete incentivasse la cultura democratica su scala globale era molto diffusa venti anni

¹ J.M. Balkin, *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*, in *knightcolumbia.org*, 2020, 4.

² H. Margetts, P. John, S. Hale, T. Yasseri, *Political Turbulence: How Social Media Shape Collective Action*, Princeton University Press, Princeton, 2016, 5.

³ J.M. Balkin, *How to Regulate*, cit., 4.

fa⁴, e trovava appoggio in una giurisprudenza che vedeva nella rete la nuova frontiera del “libero mercato delle idee”, una metafora coniata dal giudice Oliver Wendell Holmes in un’opinione dissenziente a una decisione della Corte Suprema americana. Riprendendo il motivo che nei secoli precedenti aveva guidato Milton e Stuart Mill nella loro battaglia contro la censura, Holmes osservò allora che

“sia rispetto ai pericoli propri della guerra sia rispetto agli altri, il principio della libertà di parola è sempre il medesimo. Solo il pericolo attuale di un danno immediato o l’intenzione di provocarlo autorizzano il Congresso a porre limiti all’espressione di opinioni laddove non siano in gioco diritti privati [, dal momento] che il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero mercato delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l’unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati. Questa, in ogni caso, è la teoria accolta dalla nostra Costituzione. La quale, come tutta la vita, è un esperimento. Ogni anno, se non ogni giorno, dobbiamo scommettere la nostra salvezza su qualche previsione fondata su conoscenze imperfette. Finché tale esperimento fa parte del sistema, penso che dobbiamo costantemente vigilare contro il tentativo d’impedire l’espressione delle opinioni che detestiamo e consideriamo esiziali, tranne che minaccino d’interferire così da vicino con i leciti e urgenti fini del diritto da rendere necessario un riparo immediato per la salvezza del Paese”⁵.

La metafora avrebbe incontrato un enorme successo. Ancora nel 1997, nel dichiarare incostituzionale una legge che vietava la libera circolazione su Internet di materiale “indecente”, la Corte Suprema negò che la sua diffusione avrebbe allontanato dal mezzo un’infinità di cittadini preoccupati di esporre se stessi o i loro figli a messaggi dannosi, osservando che “La enorme espansione di questo nuovo mercato delle idee contraddice la base effettuale di tale affermazione, dal momento che la crescita di Internet è stata e continua ad essere fenomenale. Noi ci richiamiamo alla tradizione costituzionale per cui, in assenza della prova contraria, è più probabile che la regolazione del contenuto del messaggio ostacoli, piuttosto che incentivi, il libero mercato delle idee. L’interesse ad alimentare la libertà di espressione in una società democratica supera ogni vantaggio, teorico e non provato, che deriverebbe dalla censura”⁶.

Una concezione del genere aiuta a spiegare la scelta originaria degli Stati di negare ai poteri pubblici qualsiasi ruolo nella gestione della rete, e di dotare i privati prestatori di servizi di una speciale immunità, grazie alla quale non rispondono dei contenuti immessi dagli utenti. La distinzione tra l’utente fornitore di con-

⁴ J.M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *University of California, Davis*, 2018, 1151.

⁵ *Abrams v. United States*, 10 novembre 1910, 250 U.S. 616, 624, in O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, Giuffrè, Milano, 1975, 105.

⁶ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), 885. Traduzione di chi scrive.

tenuti (*content provider*) e il prestatore di servizi (*service provider*) ha posto le premesse per escludere il secondo, che si limiterebbe a offrire l'infrastruttura idonea a veicolare i contenuti, da ogni responsabilità per i contenuti immessi dal primo. È il "principio di neutralità" dei contenuti dal punto di vista del prestatore di servizi, che fu codificato nella *Good Samaritan Clause* (art. 230 del *Communications Decency Act* del 1996), secondo cui "Nessun fornitore e nessun utente di servizi Internet può essere considerato responsabile, come editore o autore, di una qualsiasi informazione fornita da terzi". Il principio fu poi sostanzialmente riprodotto nel diritto dell'Unione europea agli artt. 12-15 della Direttiva CE 2000/31 sul commercio elettronico⁷.

La *Good Samaritan Clause* fu l'esito di una battaglia condotta dall'allora Vicepresidente degli Stati Uniti Al Gore per lo sviluppo dell'economia digitale con una rete di "autostrade dell'informazione", che negli anni Novanta era ai primi passi. Si trattava di incentivare piccoli imprenditori a incamminarsi su una strada nuova, e per farlo Gore si batté per esentarli da qualsiasi responsabilità per i contenuti immessi dagli utenti in rete, oltre che con le ampie esenzioni fiscali previste dall'*Internet Tax Freedom Act* del 1998. Nessuno avrebbe immaginato che grazie a quelle leggi si sarebbero formati rapidamente monopoli ancora più arroganti dei vecchi monopoli delle telecomunicazioni⁸.

Agli albori di Internet, legislatori, giudici e giuristi erano indiscriminatamente favorevoli alle nuove potenzialità espressive consentite dalla rete. Anche l'anonimato, ritenuto coesenziale all'espressione del pensiero in Internet, veniva difeso quale "parte della ricca tradizione delle manifestazioni del pensiero attraverso i media tradizionali, come la stampa, ed è ricompresa sotto la stessa protezione fornita dal Primo Emendamento. Una legislazione contro le espressioni anonime significherebbe porre fine a quella ricca tradizione e dovrebbe essere oggetto di opposizione"⁹.

Nel frattempo in Italia la tutela dell'anonimato si considerava "il solco da seguire per realizzare pienamente la *democrazia continua*: l'obiettivo da raggiungere dovrebbe essere, dal lato attivo, quello di rendere i cittadini artefici del processo democratico, attraverso una partecipazione diretta e attiva, [...] e, dal lato passivo, quello di aumentare le fonti di informazione", sul presupposto che solo la protezione dell'anonimato consentisse "ai consociati di esprimere liberamente le proprie opinioni, senza il timore di eventuali ripercussioni. La garanzia che non sia svelata la propria identità favorirebbe, in particolare, i soggetti che, per condi-

⁷ Sul punto v. diffusamente M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma, 2019, 114 ss.

⁸ F. Bernabè, M. Gaggi, *Profeti, oligarchi e spie. Democrazia e società nell'era del capitalismo digitale*, Feltrinelli, Milano, 2023, 70.

⁹ J.D. Wallace, *Nameless in Cyberspace. Anonymity on the Internet*, Cato Institute Briefing Papers, no. 54, December 8, 1999.

zioni economiche o sociali, si trovano in una posizione di svantaggio e di debolezza”¹⁰.

Per Stefano Rodotà solo l’anonimato consentiva di “sottrarsi a interferenze nella propria vita che si traducano in aggressioni particolarmente gravi, in discriminazioni, molestie, limitazioni della libertà di espressione, esclusione da circuiti comunicativi”¹¹. Egli lo difendeva di fronte alla pretesa di Google e Facebook di subordinare l’accesso in rete alla dichiarazione della propria identità: “Sostenere che questa pretesa è legittimata dal fatto che proviene da soggetti privati, operanti secondo la logica economica, è argomento debole, proprio perché la rete ha assunto dimensioni sociali tali da escludere che in essa possano agire poteri arbitrari e incontrollati”¹². Ancora una voce ottimistica, dunque.

2. La fase della diffidenza per il potere accumulato dalle grandi piattaforme e la resistenza della Corte Suprema

Più di recente, la generale accondiscendenza verso le grandi società digitali è andata declinando. I sintomi del loro strapotere sono emersi troppo chiaramente per non destare allarme per il futuro delle democrazie. Per esempio, utilizzando i dati di 87 milioni di utenti ottenuti da Facebook, nel 2016 la società Cambridge Analytica impostò una parte della campagna elettorale di Donald Trump attraverso la profilazione di quegli utenti, che erano anche elettori dei collegi più incerti¹³. Cambridge Analytica dovette poi chiudere. Ma nonostante la violazione della *privacy* e del diritto di voto di milioni di cittadini, non vi furono sanzioni giuridiche per Facebook, come confermano le semplici scuse di Zuckerberg nella sua testimonianza davanti al Congresso del 10 aprile 2018. Altri episodi verificatisi durante la Presidenza Trump ebbero lo stesso segno fino a culminare con l’attacco a Capitol Hill del 6 gennaio 2021, in cui apparve chiaro il collegamento alla rete delle falsità del Presidente uscente.

Era ormai diffusa l’impressione che la protezione assicurata alle grandi piattaforme dall’art. 230 del *Communications Decency Act* non sarebbe durata a lungo¹⁴.

Eppure la giurisprudenza della Corte Suprema ha risentito fino a un certo punto della nuova diffidenza verso i giganti del digitale. Ancora nel 2017, essa dichiarò illegittima per violazione del Primo Emendamento una legge che vietava

¹⁰ G.M. Riccio, *Diritto all’anonimato e responsabilità civile del provider*, in *Internet e il diritto dei privati*, a cura di L. Nivarra e V. Ricciuto, Giappichelli, Torino, 2002, 27 ss.

¹¹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 392.

¹² S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 393.

¹³ F. Bernabè, M. Gaggi, *Profeti, oligarchi e spie*, cit., 82.

¹⁴ N. Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media+Society*, July-September 2018, 4.

l'accesso ai *social network* a quanti fossero stati giudicati colpevoli di reati a sfondo sessuale, poiché il divieto si estendeva a siti che avrebbero potuto favorire il reinserimento sociale dei condannati¹⁵. Secondo l'opinione maggioritaria stesa dal *Justice Kennedy*, Internet è assimilabile a un *public forum* dove si svolge il libero dibattito fra le idee, mentre per quella concorrente del *Justice Alito* il paragone impedirebbe agli Stati di bloccare l'*account* dei più pericolosi colpevoli di reati sessuali. In effetti, in un sistema ispirato a un così ampio fervore libertario, il problema della qualificazione giuridica dei *social network* acquista un ruolo centrale ai fini della tutela garantita dal Primo Emendamento¹⁶.

Due sentenze del maggio 2023 riflettono il nuovo clima di diffidenza per le grandi piattaforme solo per il fatto di evitare di rifarsi al Primo Emendamento e di difendere direttamente la conformità ad esso dell'art. 230 del CDA. Ma le conclusioni della Corte non cambiano direzione di marcia. Nel primo caso Facebook, Twitter e Google venivano accusate di aver consapevolmente consentito all'ISIS di usare le rispettive piattaforme, nonché algoritmi che servivano al reclutamento di militanti, alla raccolta di fondi e alla diffusione della propaganda del movimento, col risultato di integrare gli estremi del reato di aiuto e favoreggiamento ("*aid and abet*") dell'attentato terroristico di un militante dell'ISIS nel nightclub Reina di Istanbul, in cui persero la vita 38 persone. Dopo aver compiuto un'attenta esegesi delle parole "*aid and abet*" impiegate nel *Justice Against Sponsors of Terrorism Act* del 2016, la Corte nega la sussistenza di prove tali da dimostrare che il consenso prestato all'ISIS da parte delle società titolari delle piattaforme possa configurare la fattispecie di reato di cui sono accusate¹⁷.

Come si vede, questa volta la *Good Samaritan Clause* esce di scena: la questione viene affrontata e risolta sulla base di altre argomentazioni. L'operazione diventa esplicita nella seconda sentenza. Anche qui si trattava di valutare se il titolare di una piattaforma (Google) avesse compiuto un reato di aiuto e favoreggiamento nei confronti di un attacco terroristico di un militante dell'ISIS che aveva usato la piattaforma. Il giudice che aveva definito la controversia aveva affermato espressamente che l'art. 230 del *Communications Decency Act* impediva in ogni caso di procedere nei confronti del titolare della piattaforma per gran parte delle accuse rivoltegli. Ma la Corte, sulla base del fresco precedente ora ricordato, nega la sussistenza di prove a carico dell'imputato indipendentemente dal richiamo all'art. 230¹⁸.

Si direbbe che la Corte preferisca tenersi alla larga dall'ormai contestata *Good Samaritan Clause*, o dalla tendenza a riferire alla rete le virtù del *free marketplace*

¹⁵ *Packingame v. State of North Carolina*, 582 U.S. (2017).

¹⁶ M. Bassini, *Lo statuto costituzionale dei social network: nuovi attori e servizi pubblici?*, in G.P. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, ESI, Napoli, 2022, 58.

¹⁷ *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U.S. (2023).

¹⁸ *Gonzales v. Google LLC*, 598 U.S. (2023).

of ideas. Però questa prudenza equivale più a sospendere il giudizio in attesa di chiarimenti dalla sfera politica e dalla società, che a preparare un *overruling*.

3. La natura incoercibile della libertà di pensiero: una pagina di Spinoza

Gli indirizzi giurisprudenziali che abbiamo richiamato si prestano ad ulteriori considerazioni. Le sentenze citate hanno dovuto giudicare la pretesa violazione di una serie di diritti di utenti del *web* – la libera espressione del pensiero, la riservatezza, il diritto di voto – da parte dei titolari delle piattaforme. Ma al fondo di questi diritti ve ne è un altro, che pure viene più raramente invocato, e che solo molto di rado trova espresso riconoscimento nei testi costituzionali. Stiamo parlando della libertà di pensiero.

In effetti, come potremmo considerare la libertà di espressione, sia essa dei proprietari delle piattaforme o degli utenti che vi accedano per trasmettere messaggi, il solo bene costituzionale da preservare? Non dovremmo considerare almeno altrettanto rilevante la libertà di pensiero degli utenti-destinatari dei messaggi *online*? La risposta non dovrebbe essere difficile. Eppure, se guardiamo allo sviluppo del costituzionalismo, è meno scontata di quanto sembri a prima vista.

È stato notato che, se c'è un diritto costituzionale da proteggere in assoluto, questo è la libertà di pensiero, che è la preconditione per le altre libertà politiche e di religione garantite nella tradizione occidentale; eppure esso non è protetto, almeno esplicitamente, come le altre, in parte perché è molto difficile per il pubblico potere controllare pensieri e fedi anche quando intenda farlo¹⁹.

In effetti, la ragione per cui i testi costituzionali si limitano a presupporre il diritto all'integrità psichica, e più in generale la libertà di pensiero, sta e cade con l'antica convinzione che la sfera interiore dell'individuo sia inviolabile per natura. Proprio su di essa poggiarono molti tentativi di distinguere il diritto dalla morale lungo il crinale fra le azioni esterne e i pensieri di ciascuno. In quanto naturalmente incoercibile, la libertà di pensiero fu per Kant "l'unico tesoro che ancora ci rimane in mezzo a tutti i pesi della condizione civile"²⁰. Per Stuart Mill la "regione propria della libertà umana" comprendeva anzitutto "la sfera della coscienza interiore, ed esige libertà di coscienza nel suo senso più ampio, libertà di pensiero e di sentimento, assoluta libertà di opinione in tutti i campi, pratico o speculativo, scientifico, morale, o teologico", mentre la libertà di espressione "può sembrare dipendere da un altro principio, poiché rientra in quella parte del comportamento indi-

¹⁹ N. Richards, *Intellectual Privacy. Rethinking Civil Liberties in the Digital Age*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 112-113.

²⁰ I. Kant, *Sulla libertà di pensiero* (1786), in *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Editori Riuniti, Roma, 1982, 126 ss.

viduale che riguarda gli altri, ma ha quasi altrettanta importanza della stessa libertà di pensiero, in gran parte per le stesse ragioni, e quindi ne è in pratica inscindibile”²¹.

Già Spinoza aveva desunto dalla libertà di pensiero tutte le altre libertà. In un passo del Capitolo XX del *Trattato teologico-politico*, intitolato “Si dimostra che in una libera Repubblica è lecito a chiunque di pensare quello che vuole e di dire quello che pensa”²², aveva argomentato la convinzione che “ciascuno è, per diritto imprescrittibile della natura, padrone dei suoi pensieri” in base alla constatazione che “per quanti risultati l’artificio abbia potuto ottenere in questo campo, tuttavia non si arrivò mai a tanto che gli uomini non sperimentassero che ognuno abbonda del proprio senso e che tanto variano le teste quanti sono i palati”.

Secondo Schmitt, Spinoza avrebbe così approfittato di un varco aperto da Hobbes proprio “al culmine della potenza sovrana che realizza l’unità di religione e politica” quando aveva considerato le guarigioni miracolose del re d’Inghilterra come un affare pubblico, lasciando ai singoli la libertà interiore di credervi: “Già dopo pochi anni dalla pubblicazione del Leviatano lo sguardo del primo ebreo liberale cadde sull’incrinatura appena visibile. Questi vi riconobbe subito il grande punto d’irruzione del moderno liberalismo, il punto a partire dal quale l’intero rapporto che Hobbes aveva fissato tra esterno e interno, tra pubblico e privato, poteva essere rovesciato nel suo opposto [...]. Un piccolo movimento di concetti, un’inversione derivante dall’esistenza ebraica, e, con la più semplice consequenzialità, nel giro di pochi anni si è compiuta la svolta decisiva nel destino del Leviatano”²³.

4. Le manipolazioni del pensiero ad opera dei regimi totalitari e nella cultura di massa

In realtà, l’assunto di Spinoza che nessun artificio avrebbe potuto violare la libertà di pensare, e con essa l’irriducibile identità di ognuno, rifletteva l’epoca delle guerre di religione, nel corso della quale i tentativi di dominare le coscienze finirono con il rafforzare il sentimento della libertà religiosa. Ma proprio mentre Schmitt ne deprecava il grande successo, quell’assunto tornava in discussione ad opera dei regimi totalitari. Fu allora che la propaganda dei miti politici portò gli uomini a rinunciare “al più alto privilegio umano. Essi hanno cessato di essere agenti liberi e personali. Compiendo gli stessi riti prescritti, essi cominciano a sentire, a pensare e a parlare tutti nello stesso modo”²⁴.

²¹ J. Stuart Mill, *Saggio sulla libertà* (1859), Il Saggiatore, Milano, 1981, 35.

²² B. Spinoza, *Trattato teologico-politico* (1670), Einaudi, Torino, 1972, 480-481.

²³ C. Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* (1938), in *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Giuffrè, Milano, 1986, 106-107.

²⁴ E. Cassirer, *Il mito dello Stato* (1946), Longanesi, Milano, 1971, 483.

Né i rischi di manipolazione di massa del pensiero possono imputarsi solo al potere pubblico. A pochi anni dal crollo del totalitarismo nazista, in un contesto democratico e alla luce delle acquisizioni della psicanalisi, Vance Packard parlerà della persuasione occulta dei padroni delle imprese mediatiche come “aggressione all’inconscio”²⁵. Maturano nel frattempo importanti filoni della sociologia e della letteratura europea sul “pensiero amministrato”, che troveranno in seguito alimento dalla enorme diffusione della televisione: da Fritz Lang a George Orwell, da Thomas Mann a Theodor Adorno, da José Ortega y Gasset a Walter Benjamin²⁶.

Le distorsioni nell’uso della libertà di espressione provocate dalla ricerca di un pubblico sempre più vasto da parte dei proprietari dei *media* televisivi, necessaria alla raccolta pubblicitaria, vennero più tardi segnalate anche dai nostri costituzionalisti. Ormai, si scrisse negli anni Ottanta del secolo scorso, “i pensieri e le notizie più diffusi tendono ad essere quelli che il pubblico gradisce: di qui una gravissima distorsione dei presupposti della libertà di manifestazione del pensiero, che viene esercitata non tanto secondo i convincimenti di chi manifesta il pensiero, quanto secondo le preferenze, i gusti e talora i capricci di chi ne è destinatario. Cosicché il pubblico apprende assai spesso non ciò che reputa giusto che sappia, ma ciò che pensa che gli piaccia di sapere”²⁷.

Contro il “rischio della manipolazione e della massificazione delle idee e delle anime”, altri auspicarono “una nuova moderna battaglia del costituzionalismo, come tecnica della libertà” proponendo di “escogitare una sorta di *habeas mentem*, di *habeas animam*, e cioè un insieme di forme organizzative e procedurali a salvaguardia degli utenti, del loro diritto inviolabile, contro ogni tentativo di manipolazione e di spossessamento, a serbare intatta, almeno tra le mura della propria casa, la propria inconfondibile identità morale e culturale”²⁸.

Ma cosa dicono in proposito le costituzioni post-totalitarie? Il riconoscimento del principio di dignità, che le distingue da quelle del liberalismo ottocentesco, va letto anche nella prospettiva di porre un limite alla ormai comprovata capacità dell’artificio umano di manipolare i pensieri. Eppure, il peso della lunga tradizione che aveva considerato la libertà di pensiero come naturalmente incoercibile non era venuto meno, tanto che rimanere quasi sempre il semplice presupposto logico della libertà di espressione anziché un diritto suscettibile in quanto tale di indebita restrizione o manipolazione da parte di altri. Gli stessi auspici di un *habeas men-*

²⁵ V. Packard, *I persuasori occulti* (1958), Einaudi, Torino, 1989.

²⁶ Cfr. I. Ramonet, *Cittadini sotto tutela*, in *Le Monde diplomatique*, maggio 1994, 2-3. Sull’opposta posizione della sociologia statunitense, F. Losito, *Il potere dei media*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1994, 26.

²⁷ M. Mazziotti di Celso, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, 519.

²⁸ G. Galeotti, *Le strutture dell’informazione in Italia*, in Unione giuristi cattolici italiani, *Problemi giuridici dell’informazione (Atti del XXVIII Convegno nazionale di studio, Roma, 9-11 dicembre 1977)*, Giuffrè, Milano, 1978, 70.

tem dimostrano l'esigenza di rovesciare un tale schema, consolidato nell'interpretazione dei testi costituzionali²⁹.

È su questo sfondo che dobbiamo inquadrare la "rivoluzione digitale". Che a questo proposito equivale a una fino ad allora impensabile riarticolazione dei processi di pensiero. Come scrive Richards, milioni di persone usano oggi i computers come strumenti di ausilio dei loro pensieri e delle loro memorie, al punto da divenire essi stessi parte dei processi di pensiero. Eppure, aggiunge, se abbiamo a cuore la libertà di pensiero in una società libera, dovremmo fare attenzione alla riservatezza dei documenti elettronici che rivelano i nostri pensieri: per preservare la nostra capacità di pensare senza paura, liberi da controlli o interferenze, dobbiamo fare sì che le tecnologie da noi adoperate garantiscano in misura significativa la *privacy* dei nostri pensieri³⁰.

Siamo certamente lontani da questo traguardo. Non solo perché i rischi della "rivoluzione digitale" sono stati a lungo oscurati dalle straordinarie opportunità che con essa si aprivano. Non solo per le resistenze a rimettere in discussione la visione assoluta della libertà di espressione del pensiero, dietro cui si trincerano gli interessi delle grandi società del digitale. Ma anche per lo stadio ancora acerbo in cui si trova il dibattito sui rimedi alla disinformazione e alle altre modalità di manipolazione del pensiero sul *web*.

Lo dimostra fra le altre cose la discussione apertasi sulle due sponde dell'Atlantico sulla qualificazione giuridica del rapporto fra utente dei *social network* e titolare della piattaforma. Con la crisi di immagine che li colpì dopo lo scandalo di Cambridge Analytica, i giganti del *web* iniziarono a introdurre nelle piattaforme "moderatori di contenuti", persone incaricate di eliminare i post più offensivi e le falsità documentate³¹. Poco dopo, il 26 settembre 2018, le principali piattaforme *online* firmavano su impulso della Commissione europea un "Codice di buone pratiche" nel quale si consentiva a *fact-checker* l'accesso ai dati degli utenti al fine di contrastare la disinformazione³².

²⁹ C. Pinelli, *Suggestione dei messaggi televisivi, persuasione e manifestazione del pensiero*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, 185 ss.

³⁰ N. Richards, *Intellectual Privacy*, cit., 122.

³¹ F. Bernabè, M. Gaggi, *Profeti, oligarchi e spie*, cit., 84.

³² M. Monti, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio di privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione europea* (Code of practice of disinformation), in *federalismi.it*, 2020, 4, 293.

Capitolo II

L'evoluzione della normativa dell'Unione europea

Sommario: 1. La scelta dei rimedi. – 2. La fragilità dell'autoregolamentazione delle piattaforme. – 3. La nuova disciplina del *Digital Service Act*. – 4. Le modifiche aggiunte a seguito dell'intervento russo in Ucraina. – 5. Il "codice rafforzato di pratiche contro la disinformazione". – 6. Possibilità e limiti del nuovo sistema. – 7. Una critica all'approccio europeo. – 8. Dal rapporto bilaterale al triangolo. – 9. La limitazione esterna del potere delle grandi piattaforme. – 10. Un "costituzionalismo digitale"?

1. La scelta dei rimedi

I rischi di distorsione dei diritti fondamentali determinati dall'attuale sviluppo delle piattaforme sono ormai al centro di un dibattito acceso, pur se ancora lontano dall'assestarsi lungo linee condivise.

Svanito l'entusiasmo acritico per la rete quale arena di un pieno sviluppo del "libero mercato delle idee", nelle democrazie occidentali si è affermata in un primo tempo la convinzione che l'autoregolamentazione dei titolari delle piattaforme bastasse a contrastare la disinformazione. L'insuccesso di questi tentativi ha aperto un secondo tempo della partita, nel quale, oltre alle prime leggi per contrastare la disinformazione approvate in alcuni Stati membri dell'Unione europea, è stato varato un regolamento dell'Unione, il *Digital Service Act* (DSA). D'altra parte, la dimensione globale delle piattaforme di maggiori dimensioni, quali *Facebook* o *Google*, lascia pochi dubbi sulla necessità che la risposta dei poteri pubblici debba avere una dimensione quantomeno continentale, come è appunto quella dell'Unione¹.

Daremo quindi conto delle due fasi della vicenda². Ma è necessario aggiungere sin d'ora un dato che ha progressivamente condizionato sempre più la posizione dell'Unione europea. A partire dal 2015, nei documenti delle istituzioni politi-

¹ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023, 185 ss.

² Una ricostruzione più sintetica è in J.P. Quintais, N. Appelman, R.O. Fathaigh, *Using Terms and Conditions to Apply Fundamental Rights to Content Moderation*, in *German Law Journal*, 2023, 7 ss.

che europee il tema della disinformazione *online* si presenta sempre connesso alle minacce alla sicurezza rivolte all'Unione, in particolare alle "minacce ibride" provenienti dalla Russia. È il caso delle Conclusioni del Consiglio europeo del giugno di quell'anno³, seguite l'anno successivo da una Comunicazione della Commissione europea la quale precisa che "Le campagne massicce di disinformazione, che usano i media sociali per controllare il discorso politico o per radicalizzare reclutare e dirigere mandatarî, possono essere vettori di minacce ibride"⁴.

In una Comunicazione alle altre istituzioni europee del dicembre 2018 la Commissione aggiunge che:

"I soggetti responsabili della disinformazione possono essere interni agli Stati membri o esterni e possono comprendere soggetti statali (o sostenuti dai governi) e non statali. Alcune relazioni indicano che oltre trenta paesi ricorrono alla disinformazione e influiscono sulle attività in vari modi, persino all'interno dei loro paesi. Il ricorso alla disinformazione da parte di soggetti all'interno degli Stati membri è fonte di crescente preoccupazione in tutta l'Unione. Sono stati segnalati nell'Unione anche casi di disinformazione organizzati da soggetti non statali, ad esempio per quanto concerne le vaccinazioni. Per quanto riguarda i soggetti esterni, vi sono dati convincenti nel caso della Federazione russa. Vi sono tuttavia anche altri paesi terzi che ricorrono a strategie di disinformazione e che imparano in fretta dai metodi della Federazione russa. Secondo la cellula dell'ue per l'analisi delle minacce ibride, la disinformazione proveniente dalla Federazione russa rappresenta la minaccia più grave per l'ue in quanto è sistematica, ben finanziata e condotta su una scala diversa rispetto ad altri paesi. In termini di coordinamento, di livello dei bersagli e di implicazioni strategiche, la disinformazione proveniente dalla Russia rientra in una più ampia minaccia ibrida che utilizza diversi strumenti e leve e che ricorre anche a soggetti non statali"⁵.

2. La fragilità dell'autoregolamentazione delle piattaforme

Come si vede, nel corso degli anni l'analisi della Commissione diventa sempre più circostanziata. Da questo punto di vista il 2016 è l'anno spartiacque, con la Brexit e con l'elezione di Donald Trump alla Casa Bianca. La stessa comunicazione del 2018 si intitola per la prima volta "Piano d'azione contro la disinformazione". Ma quali compiti spettavano, in questo quadro, alle società titolari delle piattaforme digitali?

³ EUCO 22/15.

⁴ Commissione europea, *Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio, Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride. La risposta dell'Unione Europea*, Bruxelles, 6 aprile 2016, 2.

⁵ Commissione europea, *Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni. Piano d'azione contro la disinformazione*, Bruxelles, 5 dicembre 2018, 4.

“Le piattaforme online, gli inserzionisti e l’industria pubblicitaria hanno un ruolo essenziale da svolgere nell’affrontare il problema della disinformazione, le cui dimensioni sono infatti direttamente connesse alla capacità delle piattaforme di amplificare, calibrare e diffondere i messaggi di disinformazione elaborati da soggetti malintenzionati. Considerati i loro insuccessi nel passato quando si è trattato di intervenire in modo appropriato per affrontare questo problema, nell’aprile 2018 la Commissione li ha esortati a intensificare i loro sforzi. In tale contesto, il 26 settembre 2018 è stato pubblicato il codice di buone pratiche sulla disinformazione. Le principali piattaforme online che hanno sottoscritto il codice di buone pratiche si sono impegnate a realizzare interventi specifici prima delle elezioni del Parlamento europeo del 2019. La Commissione esorta tutti i firmatari del codice di buone pratiche a dare rapida ed efficace attuazione a livello di ue alle azioni e alle procedure individuate nel codice, concentrandosi sulle azioni urgenti e necessarie per garantire l’integrità delle elezioni europee del 2019.

In particolare, le grandi piattaforme online dovrebbero provvedere immediatamente a i) garantire il vaglio delle inserzioni pubblicitarie e la trasparenza dei messaggi pubblicitari di natura politica, sulla base di controlli efficaci dell’identità dei promotori nell’esercizio del dovere di diligenza, ii) chiudere i profili falsi esistenti nei loro servizi e iii) identificare i bot automatizzati e contrassegnarli come tali. Le piattaforme online dovrebbero inoltre collaborare con le autorità nazionali di regolamentazione del settore audiovisivo e con i ricercatori e i verificatori di fatti indipendenti per individuare e segnalare le campagne di disinformazione in particolare durante i periodi elettorali, rendere più visibili i contenuti sottoposti a verifica dei fatti e aumentarne la diffusione”⁶.

Fra le azioni di contrasto alla disinformazione che tutti i firmatari potevano mettere in opera, il Codice di buone pratiche comprendeva: focus politici per far comprendere perché alcune pubblicità arrivano a certi indirizzi anziché ad altri, chiusura di *account* falsi, rispetto dei principi sull’integrità dei servizi, dei diritti fondamentali e del diritto all’anonimato in base a quanto previsto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Oltre a questi obiettivi, che mirano a “diminuire e contrastare il fenomeno della disinformazione aumentando i processi di trasparenza dei contenuti e l’attendibilità degli stessi anche assicurando feed con informazioni appropriate rispettando il principio di libertà di opinione e di espressione”, il Codice si proponeva di rendere consapevoli gli utenti degli strumenti e delle piattaforme con cui interagiscono, nel rispetto della *privacy* e nello stesso tempo permettendo l’accesso ai loro dati per fini di *fact-checking* e di ricerca. I *fact-checker* dovevano tenere conto della protezione dei dati degli utenti, e riunirsi in comunità di ricerca volte a contrastare il fenomeno della disinformazione. I firmatari si impegnavano a rendere applicabili tali misure, a rifiutare guadagni provenienti da fonti di disinformazione e a cooperare fra loro per riconoscere l’autenticità dei contenuti dei messaggi. Il Codice sollecitava inoltre azioni comuni che permettessero di coinvolge-

⁶ *Ibidem*.

re l'utente, favorire gli investimenti in tecnologia per consentire agli utenti stessi di riconoscere quello che è attendibile da quello che invece non rappresenta la realtà. I firmatari si impegnavano a riunirsi ogni anno per analizzare il progresso svolto⁷.

La sola forma di (pur indiretta) rimozione di contenuti informativi consisteva nella chiusura di *account* falsi, la quale però non veniva fatta derivare dalla necessità di rimuovere *fake news* su impulso dei pubblici poteri. A parte la critica di favorire “una privatizzazione della censura” di cui abbiamo già parlato, va rimarcata la contraddizione fra la precisione delle analisi sui pericoli della disinformazione e la prospettazione dei rimedi. Dal 2015 in poi, i citati Rapporti delle istituzioni europee riflettevano piena consapevolezza che la sicurezza era divenuta un problema per tutta l'Unione anche a seguito delle campagne di disinformazione, con una indicazione molto chiara dello Stato d'origine delle minacce. Solo che minacce simili non possono essere contrastate senza la partecipazione delle piattaforme *online*. Ma pur ammettendo esplicitamente gli “insuccessi nel passato quando si è trattato di intervenire in modo appropriato per affrontare questo problema”, il Codice di buone pratiche del 2018 continuava ad affidare alle stesse piattaforme le azioni di contrasto alla disinformazione sulla base dell'impegno volontario. Secondo la Commissione, in quanto sottoscritto dai responsabili delle piattaforme, degli inserzionisti e delle imprese pubblicitarie, il Codice era infatti uno strumento di autoregolamentazione, vale a dire “Un'iniziativa volontaria da parte di operatori economici, sociali, partner, organizzazioni non governative o associazioni, per adottare linee guida valide tra loro, di cui sono gli stessi responsabili”⁸.

In ogni caso, gli “insuccessi” addebitati ai responsabili delle piattaforme non possono che riferirsi alle azioni di contrasto alla disinformazione. Lo conferma il Rapporto alla Commissione dell'*Independent High Level Group on fake news and online disinformation* del 2018, secondo cui tali azioni, in particolare quelle di *fact-checking*, non riuscivano a raggiungere un uditorio sufficientemente esteso per contrastare la disinformazione virale, ponendo la questione di se e come l'informazione derivante dal *fact-checking* potesse trarre beneficio da una maggiore visibilità⁹. A parte la comprovata difficoltà di combattere la disinformazione con rettifiche basate sulla verità dei fatti, in un'epoca di “*alternative facts*” che metto-

⁷ Cfr. F. Sciacchitano, A. Panza, *Fake news e disinformazione online: misure internazionali*, in *MediaLaws*, 2009, 1, 114 ss.

⁸ *The Sounding Board's Unanimous Final Opinion on the so called Code of Practice*, in *ebu.ch*, 24 settembre 2018, 8.

⁹ European Commission, *A multi-dimensional approach to disinformation. Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation* (12 March 2018), <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/finalreport-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>, 15.

no in dubbio ogni idea di riscontro oggettivo¹⁰, neanche quel Rapporto si mostra soddisfatto delle prestazioni rese dalle piattaforme nell'azione di contrasto alla disinformazione.

Come spiegare dunque, nonostante tali giudizi, e l'urgenza di rispondere a minacce che potevano mettere a repentaglio le imminenti elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo del 2019, la perdurante fiducia nell'autoregolazione? Non certo con una fedeltà di tipo ideologico al paradigma libertario, che in Europa non è mai stata incondizionata. Si può piuttosto immaginare una difficoltà politica nel trovare un accordo fra Stati membri intorno a una nuova regolazione delle modalità di diffusione dei messaggi in rete, in assenza della quale la materia restava disciplinata dalla citata direttiva del 2000 sul commercio elettronico, che sanciva la irresponsabilità dei titolari delle piattaforme per il contenuto dei messaggi sulla falsariga della *Good Samaritan Clause* in vigore negli Stati Uniti a partire dal 1996.

A riprova della sussistenza di diversi orientamenti fra gli Stati membri, taluni di essi approvavano leggi contenenti misure di contrasto alla disinformazione e all'*hate speech* a livello nazionale. In Germania una legge del 2017 (*Network Enforcement Act*) si riprometteva di combattere la diffusione di questi fenomeni sui *social network*, dopo aver constatato il fallimento di autoregolamentazione delle piattaforme, ma senza superare dubbi di conformità ai principi costituzionali sulla libertà di espressione del pensiero, a causa della vaghezza delle sue formulazioni, e senza nemmeno riuscire a contrastare il fenomeno¹¹. In Francia una legge sulla "Lotta alla manipolazione dell'informazione" del 2018 consente la sorveglianza sui *social network* e sui *media* stranieri, l'eliminazione delle false notizie durante il periodo elettorale e la sospensione entro 48 ore delle trasmissioni di un canale se si ritiene che possa interferire con i risultati elettorali, misura che si scontra con difficoltà pratiche evidenti¹². Ma a parte la bontà dei vari tentativi, il solo fatto di reagire singolarmente, Stato membro per Stato membro, al fenomeno della disinformazione mostrava una grande debolezza di fronte ai "Leviatani dell'Information Technology"¹³.

La necessità di dover procedere almeno su scala continentale si rafforzava poi di fronte alla nuova minaccia globale dell'"infodemia", consistente nella rapida diffusione di informazioni false, imprecise o fuorvianti sulla pandemia, segnalata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità quale "seconda epidemia" assieme a quella del Covid. Un Rapporto di Freedom House osservava che nel 2021 "Onda-

¹⁰ A.O. Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, in *New York University Law Review*, 2018, 93, 2, 175 ss.

¹¹ V. Claussen, *Fighting Hate Speech and Fake News: The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *MediaLaws*, 2018, 3, 136.

¹² F. Sciacchitano, A. Panza, *Fake news*, cit., 129.

¹³ V. Clause, *Fighting Hate Speech*, cit., 136.

te di informazioni false e fuorvianti, generate deliberatamente in alcuni casi dai leader politici, hanno invaso i sistemi di comunicazione di molti paesi, oscurando dati affidabili e mettendo a repentaglio la vita”, pur distinguendo i paesi con istituzioni democratiche più forti, dove qualsiasi restrizione alla libertà è stata giustificata solo se necessaria e proporzionata alla minaccia rappresentata dal virus, dalle dittature che hanno sfruttato la crisi per reprimere l’opposizione e fortificare il loro potere¹⁴.

Nel frattempo la Commissione europea, nel proporre di rafforzare le buone pratiche attraverso la lotta alla “infodemia”, riconosceva la difficoltà di misurare la portata dell’attuazione degli impegni assunti dalle piattaforme nonché l’effetto delle azioni intraprese, anche alla luce della variabilità di tali verifiche a seconda degli Stati membri. Fra le raccomandazioni, emergevano quelle di sottrarre fondi ai siti responsabili della disinformazione, di assicurare una copertura completa dei casi di manipolazione come i bot o gli *account* falsi, di porre gli utenti in condizione di utilizzare modalità efficaci per segnalare le *fake news*, di garantire tutto ciò attraverso un centro per la trasparenza presso cui notificare le policies adottate per applicare gli impegni sottoscritti¹⁵. Nondimeno la Commissione manteneva l’assunto di poter raggiungere tali risultati in via di autoregolamentazione, ossia con una responsabilizzazione privatistica delle piattaforme¹⁶.

Ben diverso orientamento emergeva in una Risoluzione del Parlamento europeo dell’ottobre 2020¹⁷, imperniata sull’invito alla Commissione a presentare una disciplina delle piattaforme adottata con regolamento, dunque più costrittiva per gli Stati membri rispetto alle direttive¹⁸.

Il PE proponeva “un regolamento che stabilisca diritti contrattuali riguardo alla gestione dei contenuti, fissi norme e procedure trasparenti, eque, vincolanti e uniformi per la moderazione dei contenuti e garantisca un ricorso giurisdizionale accessibile e indipendente”, sottolineando “che le proposte legislative dovrebbero basarsi su dati concreti e cercare di eliminare le barriere attuali e prevenire potenziali nuovi ostacoli ingiustificati alla fornitura di servizi digitali da parte delle piattaforme online, rafforzando nel contempo la protezione dei consumatori e dei cit-

¹⁴Freedom House, *Libertà nel mondo 2021. Democrazia sotto assedio*.

¹⁵Commissione europea, Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-strengthening-code-practice-disinformation>.

¹⁶D. Butturini, *Le notizie false su Internet e il ruolo delle piattaforme digitali*, in G.P. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, ESI, Napoli, 2022, 116.

¹⁷Risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione a presentare un regolamento sui servizi digitali (2020/2019 – INL).

¹⁸Secondo l’art. 288 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, “La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”, mentre il regolamento è un atto “obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri”.

tadini”. Più specificamente, le misure proposte per la moderazione dei contenuti avrebbero dovuto applicarsi “solo ai contenuti illegali anziché ai contenuti meramente nocivi” previa fissazione di “criteri universali per determinare il potere di mercato delle piattaforme, al fine di fornire una definizione chiara di ciò che costituisce una piattaforma con un significativo potere di mercato e determinare in tal modo se talune piattaforme di hosting di contenuti che non detengono un significativo potere di mercato possano essere esentate da talune disposizioni”.

La responsabilità di far applicare la legge doveva spettare alle autorità pubbliche, la decisione finale sulla legittimità dei contenuti generati dagli utenti doveva essere presa da un'autorità giurisdizionale indipendente e non da un'entità commerciale privata, e un'agenzia europea doveva controllare il rispetto delle norme stabilite per la gestione dei contenuti sulla base di relazioni sulla trasparenza e di algoritmi di monitoraggio utilizzati dalle piattaforme di *hosting* di contenuti ai fini della gestione dei contenuti.

Obblighi specifici venivano assegnati alle “piattaforme di *hosting* di contenuti con un significativo potere di mercato”, fra cui quelli di valutare i rischi delle loro politiche di gestione dei contenuti giuridici per i diritti fondamentali, che non dovessero condividere, trattenere, monetizzare o utilizzare i dati che ricevono dai servizi di terzi, di garantire la trasparenza nel trattamento degli algoritmi e dei dati utilizzati per la loro formazione, di assicurare agli utenti un adeguato grado di trasparenza e influenza sui criteri in base ai quali i contenuti sono selezionati e resi visibili agli stessi, compresa la possibilità di rinunciare a qualsiasi forma di selezione dei contenuti diversa dall'ordine cronologico. Significativamente, il Parlamento europeo deplorava inoltre “l'asimmetria informativa esistente tra le piattaforme di *hosting* dei contenuti e le autorità pubbliche”, chiedendo uno scambio razionalizzato delle informazioni necessarie e sottolineando che, conformemente alla giurisprudenza sui metadati delle comunicazioni, alle autorità pubbliche fosse consentito “accedere all'abbonamento e ai metadati di un utente solo per indagare in merito a sospetti di un reato grave, previa autorizzazione di un'autorità giudiziaria”.

Rispetto alla fiduciosa attesa nei buoni risultati dell'autoregolamentazione ancora rinvenibile nei rapporti della Commissione, la Risoluzione del PE segnava una svolta. Essa rivelava però proprio per questo i problemi delle autorità pubbliche di fronte a pochi grandi gruppi privati, ovvero le “piattaforme di *hosting* di contenuti con un significativo potere di mercato”, che avevano da tempo assestato il loro potere nel *web*, a cominciare dalla denunciata “asimmetria informativa” in ordine alla disponibilità dei dati degli utenti, compresi quelli sospettati di un reato grave. Ciò costituiva la premessa per porre a carico di quelle sole piattaforme obblighi che andavano al di là della trasparenza nel rapporto con gli utenti, a cominciare da quello di non “condividere, trattenere, monetizzare o utilizzare i dati che ricevono dai servizi di terzi”. In questo contesto, era fondamentale circoscrivere le misure di moderazione dei contenuti a quelli illegali anziché a tutti quelli meramente nocivi. D'ora in poi, infatti, l'accusa di censurare i contenuti dei mes-