

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

PAOLO BIANCHI

PIESCZEK E L'INDEPENDENT OVERSIGHT BOARD DI FB:
PICCOLI PASSI VERSO LA CENSURA COLLATERALE

10 FEBBRAIO 2020



Paolo Bianchi
Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB:
piccoli passi verso la censura collaterale

In a lot of ways Facebook is more
like a government than a traditional company.
We're really setting policies.
Mark Zuckerberg¹

1. Il quadro normativo e giurisprudenziale. – 2. *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*. – 3. *L'Independent Oversight Board di Facebook*.

1. *Il quadro normativo e giurisprudenziale.*

Gli albori della rete sono stati contrassegnati da una pretesa di indipendenza e da un'aspirazione all'eccezionalismo, che per un breve periodo hanno consentito di vederne lo sviluppo come realizzazione della assoluta libertà di espressione, al di fuori dei limiti posti dalle leggi vigenti nel "mondo reale"². La crescente diffusione delle comunicazioni via internet ha però rapidamente proposto la questione dei limiti della libertà di espressione – e delle modalità con cui farli rispettare – anche in quell'ambito.

In queste pagine vorrei affrontare alcuni recenti sviluppi relativi ad uno specifico aspetto, quello che riguarda il ruolo degli intermediari che consentono (o impediscono) l'espressione del pensiero potenzialmente lesivo.

Da almeno 25 anni, con riferimento al ruolo dei *provider* privati di servizi di comunicazione comunemente denominati *social*, è frequente la formulazione di timori per il rischio che essi siano chiamati a svolgere funzioni di "censura collaterale"³.

Le prime regolazioni delle comunicazioni via web introdussero il principio della irresponsabilità del *provider* per i contenuti, purché non ne fosse conosciuta l'illegalità, escludendo anche, in termini generali, l'obbligo di attivarsi per monitorare gli scambi all'interno delle piattaforme gestite. In tal senso vanno sia il *Communication Decency Act* del 1996⁴, sia la direttiva CE del 2000 sul commercio elettronico⁵.

¹ Cit. in D. KIRKPATRICK, *The Facebook Defect*, in Time.com, APRIL 12, 2018.

² Indicativa di tale concezione è la celeberrima dichiarazione di J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Elec. Frontier Found., 8 febbraio 1996, in <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Sui caratteri della originaria "filosofia hacker" v. P. COSTANZO, *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. Passaglia – D. Poletti (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole. A trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Atti del Convegno. Pisa, 7-8 ottobre 2016, Pisa University Press, Pisa, 2017, 17ss., spec. 19.

³ Secondo la definizione di M.I. MEYERSON, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the New Media*, 71 *Notre Dame L. Rev.* 79, 118 (1995) la censura collaterale è «the silencing by a private party of the communication of others». Esprime un concetto analogo, con formula diversa, anche S.F. KREIMER, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 *U. Pa. L. Rev.* 11, 11, 16 (2006). Per una efficace ricostruzione cfr. J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 *Harvard L. Rev.* 2296 (2014).

⁴ È il nome con il quale è comunemente nota la sec. V del *Telecommunications Act of 1996* (Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 133). In particolare, la sec. 230 stabilisce per la prima volta nella legislazione statunitense le condizioni di esercizio dell'attività di provider e le relative limitazioni di responsabilità: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider» (CDA, sec. 230, § c 1).

⁵ Direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, recepita con il D.Lgs. n. 70 del 2003), che all'art. 15 ha escluso qualunque obbligo generale di sorveglianza per gli ISP, in particolare quando svolgono servizi di c.d. *mere conduit* (art. 12), *caching* (art. 13) e *hosting* (art. 14).

In sostanza, il principio generale della *net neutrality* si traduce nella separazione tra la funzione di gestore della piattaforma e le attività che su di essa si svolgono. Il primo è tenuto a consentire le seconde, non a monitorarle; una volta esclusi obblighi generali di monitoraggio, è esclusa anche la responsabilità legata ai contenuti⁶.

Tale impostazione è stata però ben presto erosa dietro la spinta di eventi drammatici, quali le ondate di attacchi terroristici susseguitesì a partire dal 2001, e sotto la pressione di ben organizzati gruppi di interessi, in particolare collegati alla produzione di contenuti audiovisivi.

È iniziata una fase nella quale si è ritenuto opportuno circoscrivere, con rigore crescente, gli spazi di libera circolazione delle informazioni. Significative in tale senso le numerose iniziative con le quali l'Unione europea è intervenuta, sia con direttive che per mezzo di strumenti di *soft law*, nei settori ritenuti più a rischio, dal terrorismo⁷ al contrasto all'*hate speech*⁸, alla pedopornografia⁹, alle misure restrittive in tema di tutela del diritto d'autore¹⁰, al riordino dei servizi di media audiovisivi¹¹, ai numerosi interventi contro l'impiego di internet a scopo di truffa o per la vendita di prodotti contraffatti¹².

Contestualmente ad una normativa eurounitaria sempre più stringente, la Corte di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza che nel giro di pochi anni è passata dall'esclusione di responsabilità per il *posting* o *reposting* di contenuti sui quali – affermava – non vi era obbligo per l'ISP di attivarsi, all'affermazione di un obbligo di controllo e di rimozione. Significativa in tal senso è la repentina evoluzione che si riscontra tra la sentenza *Sanoma* del 2016¹³ e la *Renckhoff* del 2018¹⁴.

Nella prima era in discussione la possibilità di creare link che rinviassero a contenuti protetti da diritto d'autore, rendendone più agevole il reperimento. In quell'occasione, la Corte di giustizia, alla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela della proprietà intellettuale e la libertà di espressione riconosciuta dall'art. 11 della Carta di Nizza, individuò il discrimine decisivo nello scopo di lucro, in assenza del quale ritenne dovesse prevalere il secondo degli elementi del bilanciamento¹⁵.

Nella sentenza *Renckhoff*, invece, ad analoga questione è stata data una soluzione opposta. In questo caso la Corte afferma il carattere prioritario che la direttiva del 2001 attribuisce alla tutela del diritto d'autore¹⁶, concludendo che rispetto ad esso siano recessivi sia la libertà di espressione, sia il diritto all'istruzione (l'immagine per la quale si lamentava la violazione dei diritti era stata acquisita per finalità didattiche ed era stata postata nel sito web di una scuola).

⁶ Cfr. in proposito P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9 ss.;

⁷ V. la direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie volte ad assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti online che incitano a commettere atti di terrorismo (art. 21).

⁸ Sul codice di condotta adottato in tale ambito v. *infra*, n. 18.

⁹ Cfr. l'art. 25 della direttiva 2011/93/UE.

¹⁰ Cfr. la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹¹ Direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi.

¹² V. il protocollo d'intesa sulla vendita di merci contraffatte, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/3-2016-3724-EN-F1-1.PDF>; il piano per il controllo sulla vendita online di specie animali protette: http://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/WAP_EN_WEB.pdf.

¹³ CGUE, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma*.

¹⁴ CGUE, causa C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*.

¹⁵ La Corte interpreta infatti l'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE nel senso che «per stabilire se il fatto di collocare su un sito Internet collegamenti ipertestuali verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una “comunicazione al pubblico” ai sensi di detta disposizione, occorre determinare se tali collegamenti siano forniti senza fini di lucro da una persona che non fosse a conoscenza, o non potesse ragionevolmente esserlo, dell'illegittimità della pubblicazione di tali opere su detto altro sito Internet, oppure se, al contrario, detti collegamenti siano forniti a fini di lucro, ipotesi nella quale si deve presumere tale conoscenza».

¹⁶ *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, § 18: «[...] si deve rammentare che dai considerando 4, 9 e 10 della direttiva 2001/29 discende che quest'ultima persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzazione delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Ne consegue che la nozione di “comunicazione al pubblico” dev'essere intesa in senso ampio, come espressamente enunciato dal considerando 23 di tale direttiva [...]».

Un passaggio significativo è costituito dalla sentenza *Google Spain*¹⁷, che verte intorno al tema della configurabilità di un obbligo per il gestore del motore di ricerca di rimuovere informazioni, a tutela della riservatezza degli individui. La decisione riconosce nei dati personali disponibili nella rete dei dati potenzialmente sensibili, rispetto ai quali, su istanza dell'interessato, sorge l'obbligo di rimozione anche qualora fossero stati precedentemente resi pubblici, a condizione che non sussista un interesse generale alla loro conoscibilità.

Nel caso in questione, la Corte configura espressamente un bilanciamento fra tre elementi, l'interesse individuale alla protezione della *privacy*, quello di Google, di natura economica, ed infine quello della collettività ad ottenere le informazioni richieste, il primo dei quali prevale sempre a meno che non sia superato dalle condizioni dell'interessato, che potrebbero diminuire il rilievo della sua pretesa alla riservatezza (ad es. personaggi politici o dello spettacolo). Si crea in tal modo un obbligo a carico, non di chi fornisce l'informazione («legittimamente pubblicata»), bensì a chi la raccoglie e indicizza, in quanto «responsabile del trattamento». Contestualmente la Corte coglie l'occasione per estendere tale obbligo al complesso di attività del gestore, nel momento in cui afferma la soggezione di Google al diritto dell'Unione.

Il quadro normativo e giurisprudenziale appena ricordato per sommi capi ha posto le premesse per lo svuotamento del principio secondo il quale l'ISP è esonerato da un generale obbligo di monitoraggio, mentre questo potrebbe essere imposto solo per casi specifici: ad istanza di parte i contenuti lesivi devono essere rimossi e della loro omessa rimozione il *provider* è ritenuto responsabile, salva la prova della mancata conoscenza¹⁸. Il modello, concepito nell'ambito della diffusione di contenuti protetti, esteso all'ambito della circolazione delle informazioni (tramite l'intermediazione dei motori di ricerca) si rivela oggi funzionale ad un altro passo avanti nella restrizione degli spazi di libertà di espressione, trovando applicazione anche con riferimento alle comunicazioni e agli scambi tra utenti.

La leva impiegata, sul piano della normazione e su quello giurisprudenziale, è la responsabilità civile del *provider*, che ha il duplice effetto, sia di sollevare le autorità pubbliche, statali e dell'Unione, da gravosi compiti di controllo, sia di spostare la problematica, dall'impervio versante delle limitazioni della libertà d'espressione a quello più confortevole degli obblighi dei gestori di servizi.

Questi ultimi, allettati dalla prospettiva di minimizzare i costi potenziali, hanno ben presto assecondato la tendenza. Lo strumento prescelto è previsto dall'art. 16 della direttiva 2000/31/CE, che incoraggia «l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello dell'Unione volti a contribuire all'efficace applicazione» della direttiva stessa. È in base a tale disposizione che nel 2016 la Commissione e le principali aziende del settore hanno adottato un Codice di condotta in materia di incitamento all'odio online¹⁹, nel quale queste ultime, «prendendo la guida nella lotta»²⁰, attraverso «un'opera di educazione e di sensibilizzazione sulle tipologie di contenuti non autorizzate»²¹, la predisposizione di *panel* di esperti e rappresentanti della società civile «e, se del caso, offrono sostegno e formazione ai partner delle organizzazioni della società civile per consentire loro di svolgere il ruolo di "relatore di fiducia" o equivalente»²². Lo scopo dichiarato consiste nel «rendere più rapida ed efficace la comunicazione fra le autorità degli Stati membri e le aziende informatiche,

¹⁷ CGUE, causa C 131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González.

¹⁸ Del resto, già la sentenza *L'Oreal* (CGUE, causa C 324/09) aveva affermato l'obbligo dell'ISP di impedire future violazioni identiche ad altre già sanzionate, implicitamente imponendo ad esso attività di controllo sistematiche e preventive.

¹⁹ *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online*, in https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42861

V. in proposito K. KAESLING, *Privatising Law Enforcement in Social Networks: A Comparative Model Analysis*, in *ELR*, december 2018, No. 3, 151ss, 155.

²⁰ Così, testualmente, a pagina 2 del documento cit. *supra*, n. 18.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ivi*, 3.

in particolare per quanto riguarda le segnalazioni, la disattivazione dell'accesso o la rimozione delle forme illegali di incitamento all'odio online»²³.

Il rischio della censura collaterale, esercitata dal gestore privato su ingiunzione dei poteri pubblici, che tanto angosciava l'originaria comunità di Internet, è divenuto oggi non solo una concreta possibilità, ma un obiettivo volentiersamente perseguito dai principali gestori delle piattaforme *social*. Ciò che differenzia l'incubo di ieri dal panorama odierno è l'orizzonte dei valori: la censura che si prospetta non è (direttamente) rivolta all'instaurazione di regimi autoritari, ma – in primo luogo – all'esclusione della responsabilità dei *provider* nonché alla massimizzazione dei loro profitti.

2. Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited.

In questo quadro si inserisce la recente sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*²⁴, in cui la Corte di giustizia decide sulla questione pregiudiziale, posta dall'Oberster Gerichtshof austriaco, se l'esclusione del generale obbligo di sorveglianza si applicasse al *provider* nell'eventualità che, oltre alla rimozione di contenuti illeciti, in seguito a decisione dell'autorità giudiziaria, potesse richiedersi al gestore di eliminare anche «altre informazioni identiche: a.a. a livello mondiale; a.b. nello Stato membro interessato; a.c. dell'utente interessato a livello mondiale; a.d. dell'utente interessato nello Stato membro interessato». Si chiedeva inoltre alla Corte, nel caso in cui avesse ritenuto obbligato il *provider* in tal senso, se ciò debba valere anche «per informazioni equivalenti» e «per informazioni equivalenti, non appena il gestore sia venuto a conoscenza di tale circostanza».

Com'è noto, la Corte ha risposto in senso sostanzialmente affermativo a tutte le richieste, sia pure con alcune precisazioni e limitazioni. In particolare, ha ritenuto che il giudice di uno stato membro possa ordinare all'ISP di rimuovere, oltre alle informazioni individuate come illecite, quelle «il cui contenuto sia identico», indipendentemente dall'identità dell'autore della memorizzazione sull'archivio.

Ha inoltre previsto analogo obbligo in relazione a informazioni «il cui contenuto sia equivalente», precisando però che la sorveglianza e la ricerca devono essere circoscritte a messaggi «il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato» e che contengono «gli elementi specificati nell'ingiunzione», purché le differenze «non siano tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto».

Infine, la Corte prevede che l'obbligo di rimozione abbia portata mondiale, sia pure «nell'ambito del diritto internazionale pertinente».

Ciascuno dei capi in cui si articola il dispositivo presenta aspetti altamente problematici.

In primo luogo, l'identità del contenuto giustifica la rimozione di messaggi multipli. Si ripropone in questo caso la formula enunciata a proposito dell'obbligo di rimozione di contenuti protetti da diritti d'autore; ma qui siamo in presenza di comunicazioni (per quanto offensive). Persino la mera condivisione può avere significati non immediatamente (tanto meno, automaticamente) decifrabili. Si può riprodurre il testo per aprire un dibattito, o per contestare il messaggio originario. Anche qualora lo si riproduca approvandolo, siamo di fronte ad un atto distinto, posto in essere da un soggetto diverso. Può la decisione di un giudice di uno stato, a proposito di uno specifico messaggio, giustificare la rimozione e l'inibizione di contenuti identici ovunque, da chiunque e a qualsiasi titolo postati?

Ben più ambiguo è il riferimento al «contenuto equivalente», pur con le cautele ricordate. La Corte sembra presupporre che il ruolo passivo del *provider* possa essere mantenuto attraverso l'impiego di

²³ Ivi, 2.

²⁴ CGUE, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, sulla quale v. M. MONTI, *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti?*, in [MediaLaws](#); O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in [Federalismi.it](#), n. 19/2019, spec. 8 ss.

software in grado di filtrare automaticamente i testi alla ricerca degli «elementi specificati nell'ingiunzione»²⁵.

Risulta però difficilmente ipotizzabile, allo stato attuale della tecnologia disponibile, che strumenti del genere possano evitare clamorosi errori, vuoi per omissione, vuoi per eccessivo rigore²⁶. La vaghezza dell'aggettivo «equivalente» impone un'attività interpretativa che gli ISP, sottoposti a pressioni suscettibili di quantificazione in sede risarcitoria²⁷, volgeranno inevitabilmente in senso quanto più restrittivo possibile, risolvendo in via autonoma e sommaria il bilanciamento tra tutela del soggetto offeso e libertà di espressione.

Ulteriori incertezze derivano dalla pretesa di conferire all'obbligo di rimozione una portata mondiale. In una decisione quasi contemporanea (*Google v. CNIL*), con riferimento all'obbligo di deindicizzare specifici contenuti, la Corte ha infatti riconosciuto che «allo stato attuale, non sussiste, per il gestore di un motore di ricerca che accoglie una richiesta di deindicizzazione presentata dall'interessato, eventualmente, a seguito di un'ingiunzione di un'autorità di controllo o di un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, un obbligo, derivante dal diritto dell'Unione, di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore»²⁸. Non è affatto chiaro il motivo per cui, appena due mesi dopo, la stessa Corte non ritenga che i limiti di efficacia della decisione riconosciuti in *Google v. CNIL* si applichino al caso in questione. Altrettanto oscuro è il riferimento al «diritto internazionale pertinente», riguardo al quale non viene fornita alcuna indicazione.

Alcune osservazioni devono infine essere svolte riguardo alla difettosa configurazione delle garanzie processuali che traspare dalla sentenza. Già abbiamo detto della difficoltà di ammettere la trasposizione di una decisione dell'autorità di uno stato membro ad altre fattispecie. Anche a voler ammettere l'identità dell'oggetto (la comunicazione illecita), dato tutt'altro che pacifico, sono sicuramente diversi i soggetti coinvolti, e qualora si tratti di stati diversi, altrettanto differenziati saranno il quadro normativo sostanziale e la disciplina processuale di riferimento.

Ben più grave sarebbe l'ipotesi di applicazione del *decisum*, non solo a soggetti diversi, ma anche a contenuti valutati come «equivalenti» in modo unilaterale (oltre che ad opera di *software* che dovrebbero escludere proprio l'attività interpretativa) da un soggetto in evidente conflitto di interessi, perché esposto al rischio di un'azione risarcitoria.

In generale, la portata della decisione della Corte di giustizia dovrà essere testata nel rapporto con le discipline del fenomeno interne agli stati membri²⁹: ad es. il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) tedesco, in vigore dall'ottobre 2017, sembra compatibile con i meccanismi di accertamento e sanzionatori evocati dalla sentenza *Piesczek*, ma si tratta forse della normativa più restrittiva tra quelle vigenti nell'Unione³⁰. Alle argomentazioni della Corte potranno essere opposti sia i limiti

²⁵ D'altronde, in passato la Corte di Giustizia si è espressa contro sistemi di filtraggio automatici nei casi *Scarlet Extended* (C 70/10) e *Netlog / Sabam* (C 360/10). Prova a risolvere la contraddizione O. POLLICINO, *L' "autunno caldo"*, cit. 5 ss.

²⁶ In modo sintetico ma efficace, M. MASNICK, *Masnick's Impossibility Theorem: Content Moderation At Scale Is Impossible To Do Well*, in *Techdirt*, Nov., 20, 2019, espone le ragioni per cui, in contesti (quali Facebook) in cui la quantità di messaggi postati quotidianamente è enorme, la selezione automatica dei contenuti è virtualmente impossibile, al di là di ogni considerazione sulla sua opportunità.

²⁷ Nella copiosa dottrina in materia, v. L. BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, 536; E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 1, 56. V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Danno e responsabilità*, 1/2018.

²⁸ CGUE, *Google v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, C-507/17.

²⁹ In generale, sul complesso rapporto tra autorità statali ed aspirazioni ad una *global governance* della rete, v. M. ARONCZYK, S. BUDNITSKY, *Nation Branding and Internet Governance: Framing Debates over Freedom and Sovereignty*, in *The Net and the Nation State. Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, edited by U. Kohl, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2017, 90 ss.

³⁰ *Contra* (ma prima di *Piesczek*) G. SPINDLER, *Internet Intermediary Liability Reloaded: The New German Act on Responsibility of Social Networks and Its (In-) Compatibility with European Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 8, no. 2, 2017, 166ss.

derivanti dalle norme processuali di ciascuno degli stati membri, sia i controlimiti ricavabili dalle disposizioni costituzionali poste a tutela della libertà di espressione e a garanzia della difesa in giudizio dei diritti³¹.

3. L'Independent Oversight Board di Facebook.

Contemporaneamente agli sviluppi giurisprudenziali ricordati, la *governance* di Facebook ha sviluppato un'autonoma – e significativa – riflessione sul controllo dei contenuti della propria piattaforma.

Nel novembre 2018 Mark Zuckerberg ha rilasciato un comunicato³² nel quale ha tracciato le linee di sviluppo del controllo sui contenuti, in particolare rivendicando un approccio definito proattivo (*proactive*), consistente nell'ostacolare l'espressione di idee (più in generale, di contenuti) non in linea con la *policy* aziendale, mediante l'impiego di algoritmi per la ricerca di *post* sospetti e l'anticipazione della sanzione ai primi sintomi di condotta discutibile.

Dopo aver rilevato che la maggioranza dei *post* si colloca sulla linea di frontiera tra ciò che è ammesso e ciò che è proibito, Zuckerberg dichiara di volere invertire la tendenza, scoraggiando gli utenti dal postare elementi definiti *borderline*. Nel documento si precisa che le sanzioni colpiranno sia gli utenti che i gruppi ai quali essi aderiscono.

Parallelamente, nel documento si preannunciava l'istituzione di una struttura interna di controllo e attuazione della *policy* di inibizione dei contenuti e di esclusione dei loro autori. Tale struttura, denominata *Independent Oversight Board*, attiva dall'inizio del 2020, è composta inizialmente da 11 membri, che a pieno regime saranno 40, con mandato triennale, selezionati dall'azienda ma pagati da un *trust* istituito appositamente³³. I componenti dell'organismo, secondo quanto dichiara l'azienda, sono scelti tra esperti di internet, comunicazioni social, diritti fondamentali nei diversi ordinamenti; ad essi si affiancano esperti di ciascuna delle lingue nelle quali avvengono le comunicazioni.

L'*OB* ha compiti di esame dei ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori, oltre che di interpretazione dei regolamenti aziendali, secondo quanto sancisce la *Chart* istitutiva³⁴, modellata esplicitamente sui caratteri degli organi giurisdizionali.

Si possono fare in proposito alcune osservazioni. In primo luogo, vi è il chiaro intento di FB di formalizzare le procedure interne di controllo istituendo una sorta di giurisdizione parallela, in qualche modo seguendo le indicazioni di chi da tempo propone la coesistenza di ambiti regolatori di matrice privatistica affiancati a quelli pubblici³⁵.

Un problema è però posto dall'ambigua formulazione dell'art. 7 della *Chart*³⁶, secondo la quale l'istituzione dell'*OB* non intende porsi in contrasto con la legge, né pretende di costituire applicazione "del diritto locale". Resta da capire sia quale spazio residui tra la non applicazione e il non contrasto della legge, sia, soprattutto, come intenderà porsi FB rispetto alle "leggi locali", cioè statali, con le

³¹ Cfr. P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. Brusciuglia e R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Edizioni Plus, Pisa, 2010, 5 ss.; ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. Frosini – O. Pollicino – E. Apa – M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Milano, 2017, 3 ss.

³² M. ZUCKERBERG, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*, November 15, 2018, <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>

³³ B. HARRIS, *Establishing Structure and Governance for an Independent Oversight Board*, September 17, 2019, in <https://newsroom.fb.com/news/2019/09/oversight-board-structure/>

³⁴ https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/09/oversight_board_charter.pdf

³⁵ Cfr. C.T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2011, spec. 221 ss.; H. BLOCH-WEHBA, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 27 *SMU L. Rev.* 72 (2019).

³⁶ Article 7. Compliance with Law

Nothing in this charter or other governing documents shall be interpreted in a manner that would result in a violation of law by Facebook, the trust, the board or any other associated entity. The board will not purport to enforce local law.

quali si confronta. Il circuito giurisdizionale parallelo presenta, da subito, caratteristiche di maggiore rapidità e informalità che lo rendono preferibile rispetto a quelli tradizionali, ponendo dunque a rischio la tenuta degli istituti tradizionali³⁷.

Altro punto estremamente critico è l'indipendenza dell'organo che, al di là delle enunciazioni di principio, è diretta emanazione di uno degli interessi in gioco, casualmente quello più forte.

Un'idea ce la dà Zuckerberg stesso, laddove, nel suo comunicato, ricorda la proficua collaborazione con Macron per la creazione di uno standard comune nella definizione dei contenuti illeciti e auspica che l'unificazione dei criteri sia raggiunta in tutta l'Unione Europea³⁸. Ancora una volta, le principali aziende del settore intendono porsi "alla guida" dei processi di trasformazione delle comunicazioni, in questo caso *social*, e di integrazione sovranazionale del quadro normativo, anticipandoli e accompagnandoli nelle direzioni preferite.

Si profila quindi la scomoda alternativa tra l'ingresso nella giurisdizione (per quanto la si voglia definire parallela, minore, provvisoria) di soggetti privati in conflitto di interessi, e la devoluzione (certo non nell'immediato, ma in prospettiva) a quegli stessi soggetti del governo dei processi della rete, recuperando sotto forma di paradosso quella dichiarazione di indipendenza del web da cui siamo partiti

³⁷ Sulle prospettive di un web interamente in mano alle grandi aziende di settore v. G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in [Rivista AIC](#), 2018, n. 4 e M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. It. Inf. Dir.*, 2019, n. 1, 35 ss.

³⁸ M. ZUCKERBERG, *A Blueprint* cit., 10.