

FOCUS

**COMMISSIONE STRAORDINARIA PER IL
CONTRASTO DEI FENOMENI DI INTOLLERANZA,
RAZZISMO, ANTISEMITISMO E ISTIGAZIONE
ALL'ODIO E ALLA VIOLENZA.**

Audizione nell'ambito di un'indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, con particolare attenzione alle evoluzioni della normativa europea in materia. 28 ottobre 2021

Paolo Bianchi

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Camerino

Ringrazio la Presidente e i componenti della Commissione per l'invito, che mi consente di illustrare alcuni aspetti – a mio parere – interessanti della dinamica tra soggetti privati e poteri pubblici nella regolazione della libertà di espressione in un ambito, quello del web, che negli ultimi tempi ha assunto un rilievo sempre crescente.

Non mi soffermerò sul tema centrale dei lavori della Commissione, quello della definizione e della regolazione, in particolare sotto il profilo sanzionatorio, dei discorsi d'odio. Temi questi, oggetto di approfondite considerazioni nelle audizioni svolte, e che sicuramente saranno ripresi in quelle future.

Mi concentrerò invece su profili, per così dire accessori, ma secondo me significativi, quelli attinenti ai rapporti tra le aziende che mettono a disposizione i servizi internet, i privati che su quelle piattaforme esprimono le loro idee e infine i poteri pubblici di regolazione di tali interazioni.

È noto che la nascita della rete, negli Stati Uniti, ha visto coincidere una stagione di eccezionale vivacità imprenditoriale, in un contesto che esalta l'innovazione e l'iniziativa individuale, con la concezione della libertà di parola quale valore intangibile, ammantato di sacralità. A tale proposito, vale la pena di ricordare che un secolo fa il giudice Holmes ebbe occasione di formulare un parallelismo tra libera

circolazione delle idee e libertà del mercato¹ che, da allora, ha avuto uno straordinario successo nella dottrina e nella giurisprudenza statunitense².

La coniugazione tra libertà del mercato e libertà di espressione ha avuto forse il suo culmine nella sentenza *Reno v. American Civil Liberties Union*³, in cui la Corte Suprema, all'unanimità, dichiarò illegittime le disposizioni della legge federale (il c.d. *Communication Decency Act*)⁴ che limitavano l'accesso dei minori a contenuti pornografici online, istituendo la responsabilità dei gestori di servizi web per le eventuali violazioni⁵.

La sentenza richiama espressamente la concezione holmesiana della libertà di espressione, che impone al legislatore di circoscrivere le limitazioni a tale diritto e al giudice un controllo rigoroso (*strict scrutiny*) sull'adeguatezza delle misure rispetto al fine perseguito.

La crescita del web ha potuto così, nella sua prima fase, giovare di una sorta di immunità, che si concretizzò sul piano ideologico nella rivendicazione dell'indipendenza rispetto al "mondo reale"⁶ e sul piano giuridico nell'adozione di discipline regolatorie particolarmente blande se non perfino deresponsabilizzanti per i gestori delle piattaforme e dei servizi.

Indicative in tal senso sono le disposizioni del citato *Communication Decency Act*, tuttora in vigore, che stabilì 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*»⁷. 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

1 Una prima elaborazione risale alla *dissenting opinion* di Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919), ove il giudice parla di «free trade in ideas» nel quadro di «the competition of the market».

2 La formula «marketplace of ideas» compare nella *opinion* del giudice Douglas in *US v. Rumely*, 345 U.S. 41, 56 (1953). In seguito è stata richiamata praticamente in ogni decisione della Corte Suprema in materia di libertà di espressione, in particolare nella decisione fondamentale sul tema, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

3 *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S.844 (1997)

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).

5 Il Congresso rispose con una nuova legge, il *Child Online Protection Act* (COPA) del 1998, riformulando le limitazioni, ma la Corte Suprema rinnovò le sue censure in *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002).

6 Cfr. La "dichiarazione di indipendenza di internet" di J.P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Elec. Frontier Found., 8 febbraio 1996, in <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

7 CDA, sec. 230, § c 1.

monitorare gli scambi all'interno delle piattaforme gestite. In tal senso vanno sia il del 1996, sia la direttiva CE del 2000 sul commercio elettronico, che ha escluso esservi un obbligo generale di sorveglianza per gli *internet services provider*, in particolare quando svolgono servizi di c.d. *mere conduit, caching e hosting*⁸.

Si è in tal modo affermato un principio generale, la c.d. *net neutrality*, che si sostanzia 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 contenuti. Il discrimine è nel ruolo passivo del gestore, che non produce autonomamente i contenuti pubblicati, né interviene a regolare il dibattito, limitandosi a un supporto tecnico⁹.

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. Come anticipato, qui ci occuperemo soltanto dell'evoluzione del concetto di (ir)responsabilità degli ISP e dei gestori di piattaforme, osservando che l'impostazione estremamente libertaria delle origini ha mostrato alcuni limiti ed è entrata in crisi in seguito a eventi drammatici, quali le ondate di attacchi terroristici susseguitesesi a partire dal 2001, e sotto la pressione di ben organizzati gruppi di interessi, in particolare collegati alla produzione di contenuti audiovisivi¹⁰.

Del resto, l'approccio europeo al tema dell'estensione e dei limiti della libertà di espressione è sempre stato attento a cogliere le necessità di bilanciare tale diritto fondamentale con altri, di pari rilievo, nella consapevolezza che la manipolazione del discorso pubblico può avere effetti concreti sia in termini di creazione e consolidamento delle discriminazioni, sia con riferimento all'alterazione dei processi democratici.

Rappresentativa di tale orientamento è l'importante sentenza *Delfi AS c. Estonia* del 2015¹¹, con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto inammissibile il ricorso del rappresentante di un portale web di informazione, condannato in patria

8 Direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, recepita con il D.Lgs. n. 70 del 2003, del quale, per le esclusioni di responsabilità indicate nel testo, v. gli artt. 12-15.

9 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, pp. 9 ss.

10 In generale v. la ricostruzione offerta da O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Medialaws.eu*, 2018, n. 1, 48ss.

11 C. Edu, *G. C.*, *Delfi AS c. Estonia* (64569/09), 16 giugno 2015.

per diffamazione a causa della diffusione di commenti offensivi e incitanti all'odio. La Corte ha escluso che vi fosse lesione della libertà di manifestazione del pensiero, considerato che il gestore del sito non aveva adottato misure per rimuovere i commenti offensivi, che – secondo la ricostruzione dei giudici di Strasburgo – mettono in pericolo i diritti dei destinatari. La libertà di espressione è così reinterpretata come diritto che può essere limitato alla luce dei conflitti di volta in volta emergenti con altri diritti parimenti garantiti dalla Convenzione europea.

L'Unione europea ha, negli stessi anni, adottato una strategia di responsabilizzazione dei gestori alla quale ha fatto seguito la parallela delimitazione degli spazi di libera espressione delle idee. Gli interventi dell'Unione, sia con direttive che per mezzo di strumenti di *soft law*, hanno interessato i settori ritenuti più a rischio, dal terrorismo¹² al contrasto all'*hate speech*¹³, alla pedopornografia¹⁴, alle misure restrittive in tema di tutela del diritto d'autore¹⁵, al riordino dei servizi di media audiovisivi¹⁶, ai numerosi interventi contro l'impiego di internet a scopo di truffa o per la vendita di prodotti contraffatti¹⁷.

La Corte di giustizia dell'Unione ha assecondato la tendenza, riorientando la propria giurisprudenza nel giro di pochi anni.

Sul tema è importante la sentenza *Google Spain*¹⁸, relativa alla possibilità di obbligare il gestore del motore di ricerca a 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. La Corte introduce un bilanciamento fra l'interesse individuale alla protezione della *privacy*, quello di Google, di natura economica, e quello della

12 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).

13 Sul codice di condotta adottato in tale ambito v. *infra*, n. 23.

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

15 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.

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

17 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.

18 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 13 maggio 2014 in causa C 131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

collettività ad ottenere le informazioni richieste. Il primo prevale sempre, a meno che non sia superato dalle condizioni dell'interessato, che potrebbero diminuire il rilievo della sua pretesa alla riservatezza. Da ciò deriva l'obbligo, non di chi fornisce l'informazione («legittimamente pubblicata»), bensì di chi la raccoglie e indicizza, in quanto «responsabile del trattamento»¹⁹.

Il passaggio dall'esclusione di responsabilità all'affermazione di un obbligo di controllo e di rimozione, riconosciuto per le informazioni pubblicate, viene esteso anche al *posting* o *reposting* di contenuti di terzi nella sentenza *Renckhoff* del 2018²⁰. Mentre in una decisione di appena due anni precedente, *Sanoma*²¹, la Corte aveva bilanciato tra la tutela del diritto d'autore e le finalità culturali perseguite nel mettere a disposizione immagini protette da copyright, favorendo le seconde, in *Renckhoff* la conclusione – pur di fronte a questione analoga – è nel senso contrario: la libertà di espressione e le finalità educative perseguite nel divulgare il materiale sono recessive rispetto al diritto dell'autore ad un «adeguato compenso».

Tali premesse impongono di considerare ormai svuotato di contenuto il principio secondo il quale l'ISP sarebbe esonerato da un generale obbligo di monitoraggio, mentre questo potrebbe essere imposto solo per casi specifici: al contrario, 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 conoscenza²².

Il modello, concepito nell'ambito della diffusione di contenuti protetti (da riservatezza o dal diritto d'autore), 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

19 La Corte estende inoltre l'obbligo al complesso delle attività del gestore, dato che riconosce la soggezione di Google al diritto dell'Unione.

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

21 CGUE, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma*. In quell'occasione la Corte ritenne decisiva l'assenza di finalità di lucro di chi aveva consentito l'accesso alle immagini protette, fornendo una interpretazione restrittiva dell'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE, che definisce le “comunicazioni al pubblico” soggette alle limitazioni derivanti dal diritto d'autore.

22 Del resto, già la sent. *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.

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 che, 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.

In base a tale disposizione nel 2016 la Commissione e le principali aziende del settore hanno adottato un Codice di condotta in materia di incitamento all'odio online²³, nel quale queste ultime, «prendendo la guida nella lotta»²⁴, svolgono «un'opera di educazione e di sensibilizzazione sulle tipologie di contenuti non autorizzate»²⁵, predispongono *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»²⁶. Lo scopo dichiarato consiste nel «rendere più rapida ed efficace la comunicazione fra le autorità degli Stati membri e le aziende informatiche, in particolare per quanto riguarda le segnalazioni, la disattivazione dell'accesso o la rimozione delle forme illegali di incitamento all'odio online»²⁷.

La successiva evoluzione è giunta con la sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook*²⁸, in cui la Corte di giustizia ha deciso la 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

23 *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, pp. 151ss, 155.

24 Così, testualmente, a pagina 2 del documento cit. *supra*, n. 23.

25 *Ibidem*.

26 *Ivi*, p. 3.

27 *Ivi*, p. 2.

28 CGUE, terza Sezione, sentenza del 3 ottobre 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, sulla quale sia consentito il rinvio a P. Bianchi, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione, I, Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale*, Genova, 2020, 197ss. V inoltre M. Monti, *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti?*, in www.medialaws.eu; 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. pp. 8 ss.

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 esistere tale obbligo, se ciò valesse anche «per informazioni equivalenti» e «per informazioni equivalenti, non appena il gestore sia venuto a conoscenza di tale circostanza».

La Corte ha risposto in senso sostanzialmente affermativo a tutte le richieste, sia pure con alcune precisazioni e limitazioni. Il giudice di uno stato membro può 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. Analogo obbligo è stato riscontrato riguardo a messaggi «il cui contenuto sia sostanzialmente equivalente», purché contengano «gli elementi specificati nell'ingiunzione» e le differenze «non siano tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto». Infine, la Corte ha disposto che l'obbligo di rimozione abbia portata mondiale, sia pure «nell'ambito del diritto internazionale pertinente»²⁹.

È evidente che, in primo luogo, la Corte ha esteso i meccanismi individuati nell'ambito della diffusione di contenuti protetti dal diritto d'autore al contesto delle comunicazioni sui *social network*, compiendo un'operazione ardita: da un lato vi sono «oggetti» ben definiti e individuati di cui si agevola la diffusione, dall'altro messaggi prodotti nel corso di interazioni tra individui. Non vi è la riproduzione di un unico «oggetto», ma la circolazione, anche mediante riproduzione, di un messaggio. 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.

²⁹ Non è chiara la portata di tale elemento della decisione. Nella quasi contemporanea sentenza *Google v. CNIL*(C-507/17), 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». Appena due mesi dopo, la stessa Corte non ritiene che i limiti di efficacia della decisione riconosciuti in *Google v. CNIL* si applichino al caso in questione. Di difficile decifrazione è anche il riferimento al «diritto internazionale pertinente», riguardo al quale non viene fornita alcuna indicazione.

Sui rapporti tra giurisdizioni statali e dimensione globale delle comunicazioni social v. J. Daskal, *Speech across Borders*, 105 *Virginia L. Rev.* 1605 (2019).

Inoltre, si introduce la nozione di messaggio “equivalente” o “sostanzialmente equivalente”, che non significa identico e richiede un’attività valutativa del *provider* ai fini della rimozione³⁰. La vaghezza dell’aggettivo «equivalente» impone un’attività interpretativa che gli ISP, sottoposti a pressioni suscettibili di quantificazione in sede risarcitoria³¹, 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.

L’approccio seguito in *Piesczek* pare essere alla base della proposta di regolamento sui servizi digitali avanzata dalla Commissione europea, il c.d. *Digital Services Act*³², che nelle premesse afferma di voler lasciare inalterata la giurisprudenza in materia, proponendone la razionalizzazione³³. L’iniziativa della Commissione è dichiaratamente intesa a coinvolgere i gestori nel rilevamento, controllo e sanzione delle condotte a vario titolo lesive poste in essere sulle piattaforme, mediante l’adozione di un meccanismo che, inaugurato dal DMCA statunitense³⁴ e ripreso dalla direttiva dell’Unione in materia di diritto d’autore³⁵, è stato recentemente perfezionato nella legge tedesca sulla responsabilità degli ISP (c.d. *NetzDG*)³⁶.

30 La Corte sembra presupporre che il ruolo passivo del provider possa essere mantenuto attraverso l’impiego di software in grado di filtrare automaticamente i testi alla ricerca degli «elementi specificati nell’ingiunzione». Risulta però difficilmente ipotizzabile, allo stato attuale della tecnologia disponibile, che strumenti del genere possano evitare clamorosi errori, vuoti per omissione, vuoti per eccessivo rigore.

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. pp. 5 ss.

31 V. in proposito 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; G. D’Alfonso, *La procedura di «notice and take down» e la responsabilità civile dell’hosting provider. Prospettive comparative e riflessioni critiche per un intervento armonizzante di hard law*, in *Ann. Fac. Giur. Camerino*, 2020, n. 9, 1ss.

32 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.

33 A pag. 4 della proposta si cita *Piesczek* come termine di riferimento.

34 *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) 1998, Pub. L. 105-304.

35 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.

36 Il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (*NetzDG*) è in vigore dal 1° ottobre 2017. Sulla legge tedesca v. 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, pp. 166ss.; J. Rinceanu, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L’inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in *Sistema Penale*, 11 marzo 2021; P. Zurth, *The German NetzDG as Role Model or Cautionary Tale? Implications for the Debate on Social Media Liability*, 31 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 1084 (2021).

Non è questa la sede idonea per un esame approfondito della proposta. Mi limito a rilevare che, da un lato si conferma l'esenzione di responsabilità per i gestori "passivi", dall'altro si prevede, sulla scorta delle disposizioni in tema di *copyright*, l'obbligo per il gestore di rimozione dei contenuti in seguito a provvedimenti delle autorità statali, previa notifica all'autore (art. 14). È prevista la possibilità di un contraddittorio informale tra gestore e autore dei contenuti (art. 17), così come l'attivazione di procedure extragiudiziali (art. 18). Si introduce un criterio di conformità delle grandi piattaforme ai requisiti fissati dalla direttiva (art. 32), prevedendo l'obbligo di monitoraggio del rispetto di tali requisiti e la facoltà di accesso delle autorità statali ai dati delle strutture di gestione (art. 31).

In sintesi, possiamo dire che il DSA mira a rafforzare il coinvolgimento dei gestori nel controllo delle attività, favorendo processi di autoregolazione già in atto, che nelle intenzioni della Commissione saranno bilanciati dalla responsabilità per l'omessa vigilanza e l'omessa rimozione dei contenuti illeciti.

I punti critici sono però molti, a partire dalla mancata definizione della nozione di "contenuto illecito", per la quale si rinvia alle disposizioni degli stati membri, a loro volta articolate e complesse in ragione della difformità delle condotte regolate e dei molteplici profili di illiceità riscontrabili.

Ciò prelude a una stagione in cui le soluzioni legislative statali dovranno confrontarsi con una normativa eurolunitaria che stimola l'armonizzazione – se non l'uniformità – mentre afferma di voler rispettare la diversità. Questo aspetto ci riporta a un tema ricorrente nelle discussioni in materia, che possiamo sintetizzare nella difficoltà di risolvere le tensioni tra l'aspirazione a una *global governance* delle attività sulla rete e le diverse, talvolta contrapposte, valutazioni dei legislatori statali in relazione a specifiche condotte³⁷.

Qualche perplessità suscita anche l'angolo prospettico dal quale parte la proposta regolatoria, dato che la Commissione fonda la propria competenza sulle attribuzioni eurolunitarie in materia commerciale, con la conseguenza che – nella proposta – i diritti individuali vengono tutelati di riflesso, e nella misura in cui si disciplina l'attività economicamente rilevante.

L'elemento a mio avviso più preoccupante, per gli sviluppi che consente, è però l'apertura alla regolazione per così dire "interna" della comunicazione: il gestore, del

³⁷ Sull'argomento si rinvia a 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, pp. 90 ss.

quale la neutralità è postulata, diviene il primo controllore dei contenuti. È fatto salvo, come già osservato, il rispetto del quadro normativo degli stati membri, e dunque delle tutele giurisdizionali, ma rispetto al sistema di garanzie “classiche” il gestore potrà far valere la propria rapidità e l’informalità, requisiti che gli utenti delle piattaforme digitali naturalmente apprezzano molto.

La questione è tutt’altro che inedita, poiché da decenni in dottrina sono stati espressi timori riguardo alla trasformazione dei gestori in guardiani della rete e al rischio che essi siano chiamati a svolgere funzioni di “censura collaterale”³⁸.

A questo proposito la recente iniziativa assunta da Facebook – nel frattempo rinominata Meta – sembra anticipare la tendenza riscontrata nel DSA.

Dal dicembre 2020 è infatti attiva una struttura, denominata *Independent Oversight Board*, composta da 40 membri, con mandato triennale, selezionati dall’azienda ma pagati da un *trust* istituito appositamente³⁹. I componenti dell’organismo sono scelti tra esperti di internet, comunicazioni social, diritti fondamentali nei diversi ordinamenti; del *Board* fanno parte un ex primo ministro e un premio Nobel per la pace. Alla struttura si affiancano esperti di ciascuna delle lingue nelle quali avvengono le comunicazioni⁴⁰.

L’OB ha compiti di esame dei ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori, oltre che di interpretazione dei regolamenti aziendali, secondo quanto sancisce la *Chart* istitutiva⁴¹, modellata esplicitamente sui caratteri degli organi giurisdizionali.

Il nuovo organismo, nelle intenzioni e nelle dichiarazioni dei fondatori, si propone come autorevole strumento di garanzia della corretta regolazione dei conflitti che sorgono intorno ai contenuti diffusi sulla piattaforma. Al di là delle enunciazioni di principio, il profilo dell’indipendenza è estremamente critico, posto che l’OB è diretta emanazione di uno dei principali gestori a livello globale delle piattaforme, dunque

38 Per 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». Analogamente, seppur con formula diversa, 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). Una rilettura complessiva è offerta da J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 *Harvard L. Rev.* 2296 (2014).

39 I §§ 1.3.1 e 1.3.2 delle OB Bylaws, che possono leggersi all’indirizzo <https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws>, prevedono espressamente che FB provveda a finanziare il trust dal quale dipende la struttura per almeno sei anni.

40 Per le prime ricostruzioni e valutazioni sulla struttura e del suo funzionamento v. E. Douek, *Facebook’s “Oversight Board”: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, in 21 *North Car. Journ. Law & Techn.* 1 (2019); K. Klonick, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in 129 *Yale L. Journ.* 2232 (2020).

41 https://fbnewsroom.us.files.wordpress.com/2019/09/oversight_board_charter.pdf

di uno dei principali destinatari dell'attività regolatoria. Oggi lo stesso soggetto si pone alla guida dei processi di trasformazione delle comunicazioni e di integrazione sovranazionale del quadro normativo, anticipandoli e accompagnandoli nelle direzioni preferite.

È infatti chiaramente enunciata l'intenzione di produrre, attraverso l'opera dell'OB, un *corpus* (para)normativo destinato ad imporsi nel confronto con gli ordinamenti statali e sovranazionali.

Le procedure interne di controllo sono infatti modellate come una sorta di giurisdizione parallela, coerentemente con la scelta, che pare affermarsi anche nella produzione normativa tedesca e nella proposta di DSA, di favorire la coesistenza di ambiti regolatori di matrice privatistica affiancati a quelli pubblici⁴². Su questo versante si apre la strada alla concorrenza tra le strutture pubbliche di controllo, caratterizzate da complesse procedure e raffinati meccanismi di garanzia, e gli strumenti di (auto)disciplina privata, che come abbiamo detto si basano sull'informalità (e gratuità) delle procedure oltre che sulla rapidità delle decisioni⁴³, per l'esecuzione delle quali l'azienda si è naturalmente impegnata da subito⁴⁴.

È pur vero che l'atto istitutivo dell'OB esclude di volersi porre in alternativa o in conflitto con le norme statali (peraltro sdegnosamente chiamate «*local law*»)⁴⁵, ma il confronto, se non il conflitto, è inevitabilmente correlato allo sviluppo, già in atto, di una "giurisprudenza Facebook" con la quale i giudici statali e dell'Unione dovranno fare i conti.

Come anticipato, l'OB pretende di svolgere funzioni giurisdizionali, come risulta già dalla lettura delle norme che ne regolano l'attività (le *OB Bylaws*), ove si fa riferimento a concetti quali «*neutral, independent judgment*», «*case selection*», «*precedential impact*», «*decision*», «*concurring or dissenting viewpoints*».

I primi casi affrontati confermano tale impressione: l'OB seleziona i casi più significativi, il procedimento si svolge in contraddittorio, le parti deducono e

42 Cfr. H. Bloch-Wehba, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 27 *SMU L. Rev.* 72 (2019).

43 Il termine stabilito dalle norme interne è di 90 giorni dal deposito del ricorso (via mail) alla pronuncia dell'OB (che tiene le sue "udienze" da remoto).

44 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 *Riv. 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, pp. 35ss.

45 L'art. 7 della Chart recita «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».

argomentano le proprie posizioni, la decisione è strutturata sul modello delle sentenze delle corti supreme di *common law*, con una ricostruzione dei fatti di causa, a partire dal provvedimento (di FB) impugnato, la sintesi delle deduzioni delle parti, l'ampia articolazione delle motivazioni ed infine il dispositivo. Sono possibili opinioni dissenzienti e concorrenti. Pur essendovi, ad oggi, solo 18 decisioni, nelle ultime si fa riferimento ai precedenti, indicando chiaramente l'intento di sviluppare una propria giurisprudenza.

Ancora più significativa è la circostanza, senz'altro non casuale, che le pronunce si basino soltanto sulle norme interne di FB, omettendo scrupolosamente qualsiasi riferimento a disposizioni statali, trattati internazionali e sentenze⁴⁶.

Mi pare che l'insieme degli indicatori appena elencati autorizzi a ritenere che la prospettiva, indicata e sostenuta dai principali operatori del settore, sia quella che vede gli stessi nella duplice veste di erogatori dei servizi di rete e di garanti del rispetto di *standard* della comunicazione. Si profila dunque un coinvolgimento di tali imprese nella delicatissima funzione di garanzia di diritti fondamentali, destinato a sfociare inevitabilmente nel "dialogo" tra gli organi giurisdizionali in senso stretto e quelli di matrice privatistica.

In questa fase pare rovesciarsi in un paradosso l'auspicio dei pionieri del web, che rivendicavano l'alterità e l'indipendenza del mondo virtuale rispetto a quello materiale: essi immaginavano una rete di cittadini del mondo, destinata a darsi regole proprie, universali e sganciate da quelle degli stati. L'autonomia del web pare destinata a realizzarsi, non in chiave egualitaria e individualistica, bensì attraverso l'appropriazione e l'autonomia normativa delle grandi imprese.

Una torsione analoga ha subito anche la preoccupazione per la censura collaterale: a lungo immaginata attraverso le lenti dell'incubo orwelliano di una sorveglianza totale ideologicamente orientata, pare oggi destinata a realizzarsi attraverso il più modesto profilo di una selezione dei contenuti in base alla loro appetibilità commerciale e al rischio di azioni risarcitorie a danno dei gestori.

⁴⁶ Per le prime analisi della nascente giurisprudenza dell'OB v. A. Gerosa, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, 421ss.; K. Kelemen, *The Facebook Oversight Board: Some Thoughts on Transparency*, in *Diritti comparati*, Maggio 2021; O. Pollicino, G. De Gregorio, *The First Decisions of the Facebook Oversight Board*, in *Verfassungsblog.de*, 2021; G. Cerrina Feroni, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>.

Dobbiamo a questo punto chiederci se sia opportuno e possibile contrastare la tendenza appena descritta.

A mio parere si tratta di una prospettiva altamente criticabile, per gli effetti che è destinata a produrre nella stessa ridefinizione dei contenuti dei diritti fondamentali coinvolti, oltre che per l'evidente conflitto di interessi sul quale si fondano i meccanismi di coinvolgimento dei gestori.

È possibile arginare la privatizzazione dei controlli in rete? Ho più volte ricordato che la Commissione, come il legislatore tedesco, sembra orientato a favorirla. Quindi il primo problema è l'indirizzo politico complessivo, che vede negli sviluppi attuali delle opportunità anziché delle minacce.

Sul piano delle soluzioni praticabili, mi sento di condividere l'ipotesi, già a suo tempo formulata da autorevole dottrina⁴⁷, di investire autorità indipendenti, di nuova istituzione o già esistenti – penso ad es. al Garante per la *privacy* – della funzione di controllo e sanzione che oggi si vuole assegnare agli organismi interni.

Si tratterebbe di una funzione da attribuire ad una sezione specializzata dell'*authority*, composta da soggetti altamente qualificati, in posizione di indipendenza, garantita però dallo stato anziché dal gestore. Tale soggetto potrebbe svolgere un'attività di decisione su ricorso degli interessati, pronunciando con celerità e fatta salva la possibilità di adire le ordinarie vie di tutela giurisdizionale.

Sono d'altronde consapevole che una risposta di tal genere, se limitata ad un ordinamento statale, risulterebbe in ogni caso marginale rispetto alla dimensione globale del fenomeno con il quale dovrebbe confrontarsi. Sarebbe auspicabile che un organismo concepito in tal modo svolgesse la propria attività quanto meno su scala continentale. L'approvazione del DSA potrebbe costituire l'occasione per valutare la possibilità di ottenere, attraverso l'istituzione di un'autorità europea di controllo in materia, risultati tangibili in direzione di una maggiore integrazione del quadro dei diritti.

47 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *medialaws.eu*, 2018, n. 1, spec. 25ss.