

Rivista N°: 4/2018  
DATA PUBBLICAZIONE: 14/11/2018

AUTORE: Gian Luca Conti\*

## MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO ATTRAVERSO LA RETE E TRASFORMAZIONE DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE: C'È ANCORA DA BALLARE PER STRADA?

*Sommario: 1. Premessa. – 2. Libertà di informazione e social media. – 3. Il potere dell'oblio. – 4. Hic sunt leones: il web semantico. – 5. Provvisoriamente: conclusioni.*

«On the internet nobody knows you are a dog- except for the government [and online intermediaries]»

- J. M. Balkin

### 1. Premessa

*Dancing in the street* è il commento di un filosofo del diritto, se così si può dire di Alexander Meiklejohn<sup>1</sup>, a una sentenza della Corte Suprema che aveva affermato il valore del primo emendamento in rapporto al discorso democratico: si può andare a ballare per strada se la Corte Suprema afferma che lo Stato non può intervenire su chi esercita la propria liber-

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Pisa.

<sup>1</sup> Il pensiero di Meiklejohn è al fondamento della riflessione di Sunstein sul primo emendamento (C. R. SUNSTEIN, *Free Speech*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, No. 1, The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium (Winter, 1992), pp. 255-316, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1599938>). Meiklejohn considerava la libertà di espressione come il fondamento del discorso democratico in quanto assolutamente sganciata dalla libertà di iniziativa economica e dal fascio di interessi costituzionalmente protetti come proprietà dalla common law: *The radio as it now operates among us is not free. Nor is it entitled to the protection of the First Amendment. It is not engaged in the task of enlarging and enriching human communication. It is engaged in making money. And the First Amendment does not intend to guarantee men freedom to say what some private interest pays them to say for its own advantage* (A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, part. 104-05, Harper & Brothers, 1948).

tà di manifestazione del pensiero, né direttamente attraverso la legge penale, né indirettamente attraverso il complesso sistema della responsabilità extracontrattuale.

Per quella giurisprudenza, l'essenza del discorso democratico è la libertà di circolazione delle informazioni e delle opinioni che si possono formare su di esse e lo Stato non può intervenire a limitare la circolazione delle informazioni e delle opinioni né attraverso le fattispecie incriminatrici della legge penale, né attraverso le sanzioni civili della responsabilità extracontrattuale, che possono essere altrettanto efficaci della legge penale, se non di più<sup>2</sup>.

Lo stesso si può dire per le sentenze della Corte costituzionale che hanno in più occasioni affermato il valore della libertà di manifestazione del pensiero e dei diritti collegati all'informazione come pietre angolari della democrazia: l'informazione esprime "non tanto una materia, quanto «una condizione preliminare»" per l'attuazione dei principi propri dello Stato democratico e in tale ambito "qualsivoglia soggetto od organo rappresentativo investito di competenze di natura politica non può, pur nel rispetto dei limiti connessi alle proprie attribuzioni, risultare estraneo all'impiego dei mezzi di comunicazione di massa" (sentenza n. 29 del 1996, richiamata da 312/2003, ma vedi anche 348/1990).

Sono provvedimenti che spingono gli studiosi di diritto a ballare per strada.

Balkin si è chiesto se quelle osservazioni possono ancora oggi essere considerate valide dal momento che le società della informazione, i diversi organismi in cui si articola il cosmo della comunicazione, sono fortemente coinvolte nei processi con cui i governi tendono a esercitare una influenza normativa sulla libertà di espressione e a sorvegliare la popolazione della rete che ritengono poter divenire socialmente pericolosa.

La stessa identica domanda ci si deve porre con riferimento alla giurisprudenza costituzionale che si è appena richiamata.

Il mondo dell'informazione così come presupposto alla giurisprudenza costituzionale che si è appena citata è profondamente cambiato.

L'industria della carta stampata, della radio, della televisione, di tutti i media su cui il ventesimo secolo si è soffermato nella costruzione di un mondo nel quale sia possibile un dibattito pubblico, perché svolto in un'arena pubblica e perché accessibile a un numero indeterminato di persone, vivace e non sottoposto a restrizioni che non siano giustificate secondo stretti scrutini di razionalità non esiste più o non esiste più nei termini in cui l'abbiamo conosciuta nel secolo passato<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Si tratta di *New York Times Co. v. Sullivan and New York Times Co. v. United States (Pentagon Papers)*, su cui J. BALKIN, *Old-school/new-school speech regulation* (2014), *Faculty Scholarship Series. Paper 4877*, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4877](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4877), il quale osserva: *The state could not punish criticism of public officials made without malice either directly through the criminal law or indirectly through civil damages for defamation [...] Half a century later, the impact of these two decisions has been weakened by significant changes in the practices and technologies of free expression, changes that concern a revolution in the infrastructure of free expression. That infrastructure, largely held in private hands, is the central battleground over free speech in the digital era.*

<sup>3</sup> Sono le parole usate da Justice Brennan in *Sullivan*: la garanzia costituzionale della libertà di stampa ha come scopo "a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open." *Sullivan*, 376 U.S. at 270, cit. in Balkin, part. 2296.

Il New York Times, con le precisazioni che si svolgeranno e che metteranno in discussione la radicalità di questa affermazione, non svolge la stessa funzione che svolgeva nel secolo passato, o comunque non la svolge negli stessi termini e lo stesso vale per tutte le grandi testate giornalistiche attraverso le quali i cittadini si formavano un'opinione apprendendo le notizie rilevanti e seguendo i loro commentatori.

Quel ruolo, oggi, è svolto da grandi imprese private, che non hanno giornalisti alle loro dipendenze, ma che consentono a chiunque di pubblicare le proprie opinioni: le grandi sentenze che hanno guidato l'affermazione della libertà di espressione nel secolo scorso devono essere oggetto di un profondo ripensamento alla luce di queste novità di carattere squisitamente tecnologico, ma i cui effetti hanno mutato radicalmente il modo di pensare la libertà di espressione e di regolarla<sup>4</sup>.

Oggi, la libertà di espressione si afferma e si concretizza in ordinamenti che assomigliano a grandi Stati dai confini immateriali: Facebookistan e Twitterland, ma anche le nazioni di Google, You Tube, Instagram, Snapchat, Yahoo, Word Press etc., piuttosto che nei singoli paesi in cui si articolano geograficamente le sovranità nazionali<sup>5</sup>.

Gli online intermediaries, intesi come tutti i soggetti che si limitano a rendere accessibili le informazioni che i loro utenti pubblicano, consentendo ad altre utenti di riceverle e variamente commentarle, ma che non partecipano direttamente alla produzione delle informazioni, hanno cambiato il senso della libertà di espressione, perché nella "networked public sphere"<sup>6</sup> l'infrastruttura che serve a manifestare e diffondere il pensiero è esattamente la stessa che serve anche a controllare il pensiero (a disciplinare il contenuto della libertà di manifestazione del pensiero) e a sorvegliare coloro che lo esprimono.

Vi è in questo passaggio una sorta di paradosso: le infrastrutture che, in primo luogo, consentono lo sviluppo di un discorso democratico, perché permettono a chiunque di prendere la parola, possono servire per esercitare nuove forme di censura e di controllo del discorso democratico, nonché di controllo delle persone che in un determinato ambito esprimono un'opinione in termini che non sono graditi a chi esercita la sorveglianza.

A chi guarda la libertà di informazione come uno dei fondamentali aspetti del discorso democratico, l'ingresso nel XXI Secolo può essere apparso come un pellegrinaggio nell'Eden, perché le nuove dinamiche della società dell'informazione hanno permesso di superare ogni forma di monopolio, oligopolio o comunque di limitazione nell'accesso all'informazione: un telefono e limitate conoscenze informatiche consentono a chiunque in

---

<sup>4</sup> Vedi, M. AMMORI, *The "new" "New York Times": free speech lawyering in the age of Google and Twitter*, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 8 (JUNE 2014), pp. 2259-2295: *some of the most important* First Amendment lawyering today is happening at top technology companies.

<sup>5</sup> La costruzione delle piattaforme come luoghi che sono oggetto del potere normativo degli Stati ma anche come luoghi in cui si esprime un potere normativo non lontano da quello degli Stati (governance on platforms e governance by platforms) è suggerita da T. Gillespie nel suo saggio *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, Yale University Press, 2017.

<sup>6</sup> Cfr. Y. BENKLER, *The Wealth of Networks: How social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, 2006, part. 212.

qualsiasi parte del mondo di pubblicare ciò che ritiene interessante e di seguire le notizie che ritiene rilevanti.

La caratteristica essenziale dell'informazione nel XXI secolo è la democratizzazione dell'accesso<sup>7</sup> e la sua disintermediazione<sup>8</sup> dai mass media.

L'accesso alle informazioni non è mai stato così semplice né per chi intende pubblicare le proprie opinioni ovvero i fatti di cui è stato testimone né per chi vuole partecipare a un dibattito pubblico.

I social media sono diventati il luogo in cui è possibile esercitare la libertà di manifestazione del pensiero in ogni sua declinazione, con una facilità e una rapidità assolutamente sconosciute a ogni altro periodo della storia.

Il discorso democratico ha traslocato in questo nuovo mondo che sta progressivamente affiancandosi alle forme più tradizionali di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero.

Ci si deve chiedere come questo nuovo mondo potrebbe influenzare il discorso democratico e quali siano le precauzioni che devono accompagnare l'ingresso dei social media nel cuore della democrazia.

Se è vero che i social media, e più in generale la rete, consentono alla libertà di manifestazione del pensiero di essere esercitata con una facilità che non si è mai vista, è anche vero che consentono forme di controllo del pensiero e di sorveglianza dei cittadini che, egualmente, non si erano mai viste.

Si potrà ballare per strada, si potrà continuare a gioire per le sentenze che definiscono la libertà di pensiero come la «pietra angolare dell'ordine democratico» (Corte cost. 84/1969), in quanto «condizione del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale» (Corte cost. 9/1965), solo se riusciremo a comprendere i mutamenti profondi che questa libertà sta subendo e a reagire agli stessi.

---

<sup>7</sup> La democratizzazione del processo di pubblicazione è centrale nel pensiero di Mullenweg, fondatore di WordPress: cfr. R. Hughes, *On a mission to democratise publishing - Matt Mullenweg interview*. In *The Guardian*, Sept. 3, 2013, facilmente accessibile in rete attraverso qualsiasi motore di ricerca. Lo stesso pensiero è ripetuto nella presentazione della WordPress Foundation, facilmente reperibile in rete sul sito di WordPress: *The WordPress Foundation is a charitable organization founded by Matt Mullenweg to further the mission of the WordPress open source project: to democratize publishing through Open Source, GPL software. - The point of the foundation is to ensure free access, in perpetuity, to the software projects we support. People and businesses may come and go, so it is important to ensure that the source code for these projects will survive beyond the current contributor base, that we may create a stable platform for web publishing for generations to come. As part of this mission, the Foundation will be responsible for protecting the WordPress, WordCamp, and related trademarks. A 501(c)3 non-profit organization, the WordPress Foundation pursues a charter to educate the public about WordPress and related open source software. - We hope to gather broad community support to make sure we can continue to serve the public good through freely accessible software.*

<sup>8</sup> L'obiettivo di rendere la pubblicazione dei contenuti in rete indipendente dalla presenza di intermediari professionali e quindi di consentire a tutti l'accesso alla rete sia come editori di se stessi che come lettori di chiunque ritenga di avere qualcosa di interessante da raccontare è al centro della missione di gran parte dei cd. Online Intermediaries: la missione ufficiale di Google è *"to organize the world's information and make it universally accessible and useful"*, quella di WordPress.com è, come si è visto, *"democratize publishing"*, mentre Facebook ha come scopo di *"give people the power to share and make the world more open and connected"*.

Twitter è stata addirittura definita da uno dei suoi fondatori: *"the free speech wing of the free speech party"*, il suo primo CEO la definiva la *"global town square"*, vedi M. Ammuri, op. cit., part. 2260.

## 2. Libertà di informazione e *social media*

Non è facile distinguere fra *social media*, *online intermediaries* e *social platforms*, anche se tutti sappiamo di cosa stiamo parlando e se ne parliamo è perché li usiamo quotidianamente. Si tratta di Google, Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat, LinkedIn, Flickr, YouTube e delle altre applicazioni che rendono il mondo più piccolo avvicinando le persone fra di loro, secondo quanto si legge nell'oggetto sociale di Facebook<sup>9</sup>.

I *social media* sono fornitori di contenuti che non producono e non acquistano ma rendono accessibili da parte degli utenti della rete, facendo mercato di ciò che non comprano e non vendono ma da cui ricavano il plusvalore generato dalla loro attività di intermediazione organizzata del pensiero.

Sono aggregatori e organizzatori, perché dispongono le informazioni disperse nella rete sui loro scaffali e le organizzano in cataloghi liberamente consultabili, appropriandosi dei vantaggi connessi sia alla funzione che svolgono (chi scrive un catalogo non è mai neutrale rispetto alla informazioni che fornisce a chi lo consulta, nemmeno l'anonimo redattore di un catalogo di ferramenta), sia alle informazioni che raccolgono su chi li utilizza (il proprietario di una libreria sposta i libri secondo l'intelligenza che ha delle abitudini dei suoi clienti e sa come li può orientare verso un prodotto invece che un altro).

Sono anche entità difficilmente scalabili e autoreferenziali come isole del Pacifico: un *social media* è la ricchezza dei contenuti che ospita, per fare concorrenza a Facebook occorre disporre di contenuti analoghi a quelli di Facebook e poter offrire altrettante interazioni. Inoltre Facebook risponde solo a Facebook nella organizzazione dei propri contenuti e i suoi utenti si possono isolare nella comunità che Facebook li ha aiutati a organizzare.

Probabilmente è più utile distinguere fra *internet service provider* che si limitano a fornire i servizi necessari agli utenti per comunicare fra di loro, operando in termini non molto diversi dalle compagnie telefoniche, e la nuova categoria degli *internet service provider* rappresentata dalle piattaforme che non consentono agli utenti soltanto di pubblicare propri contenuti ma che li organizzano anche e sono in grado di esercitare un controllo sui contenuti che ospitano secondo le regole che loro stessi impongono ai loro utenti (i *social*)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> What is Facebook's mission statement? Founded in 2004, Facebook's mission is to give people the power to build community and bring the world closer together. People use Facebook to stay connected with friends and family, to discover what's going on in the world, and to share and express what matters to them. Così la pagina istituzionale di Facebook.

<sup>10</sup> Si tratta della nota distinzione fra "content", inteso come produzione di contenuti direttamente riferibili al soggetto che li diffonde, e "conduit", intesa come mera trasmissione di dati, senza alcuna ingerenza nei contenuti. Gli ISP fanno "conduit" e godono delle relative garanzie, su cui si dirà. I *social* non si limitano a diffondere il pensiero, ma in un certo senso lo manipolano sicché le garanzie proprie degli ISP acquisiscono un significato diverso e più ampio. La norma di riferimento è il paragrafo 230 del Communication Decency Act, che opera in due modi diversi. (i) gli intermediari non sono responsabili per il pensiero che ospitano, se si limitano a fornire accesso alla rete o a altri network: non sono editori; (ii) se gli intermediari, talvolta, operano un controllo, non diventano per questo responsabili. Il caso di riferimento è *Smith v. California*: se il libraio Smith non può essere considerato perché non ha letto tutti i libri che vende e quindi non sa che quel libro ha un contenuto osceno; non diventa responsabile se qualche volta ha letto un libro, lo ha ritenuto osceno e lo ha tolto dal suo scaffale (*Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959)). Sul punto, più diffusamente, la nota che segue.

I primi si limitano a offrire spazio e non interferiscono in alcun modo con l'utilizzo che di tale spazio fanno i loro utenti e, per questa ragione, non sono responsabili dei contenuti che ospitano, alla stessa maniera in cui un libraio non può conoscere il contenuto di tutti i libri che vende e non può quindi essere considerato responsabile se alcuni di questi contenuti vengono considerati osceni<sup>11</sup>.

I social media hanno un posto del tutto particolare nei ragionamenti sulla democrazia e lo hanno da tempo, anche se è alle idi del marzo 2018 che uno scandalo (l'uso da parte di una società denominata Cambridge Analytica dei dati ricavati attraverso la profilazione di un ingente numero di utenti di Facebook per influenzare il referendum sulla uscita del Regno Unito dalla Unione Europea e le elezioni negli Stati Uniti) ha trasformato i ragionamenti accademici in tensioni sul NYSE, non facilmente prevedibili e sulle quali potrebbe essere interessante interrogarsi.

Perché l'età dei social media apre delle prospettive per la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero che non erano ipotizzabili. Una rivoluzione ancora più ampia di quella che si è avuta con l'avvento della radio e della televisione.

Grazie ai social media ciascuno può essere il media di se stesso, perché i media sono divenuti una rete di cui tutti fanno parte e su cui tutti possono pubblicare, condividere, interagire, esprimendo sentimenti positivi o negativi<sup>12</sup>.

L'importanza di questa evoluzione della libertà di manifestazione del pensiero è stata oggetto di attenzione da parte di un gran numero di studiosi, soprattutto di cultura anglosassone e statunitense.

Volokh ha osservato che la libertà di manifestazione del pensiero in rete consente anche a tutti, anche ai più poveri, di disporre di un mezzo per manifestare liberamente il proprio pensiero e riduce quindi il vantaggio delle classi più agiate<sup>13</sup>.

Lessig ha scritto che l'architettura della rete riproduce il primo emendamento "in code", nel linguaggio delle macchine, in termini molto più estremi di quello "In law"<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Vedi sul punto: Christina Mulligan, *Technological Intermediaries and Freedom of the Press*, 66 SMU L. REV. 157 (2013); Gillespie parla di "content / conduit distinction" per separare coloro che forniscono informazione e producono i contenuti informativi che forniscono e coloro che si limitano a consentire la circolazione di informazioni che altri producono. L'esempio del libraio che non può conoscere il contenuto dei libri che vende, di tutti i libri che vende è tratto da una sentenza della Corte Suprema: *Smith vs California*, 361 U.S. 147 (1959), cit. in J. BALKIN, *Old School vs. New School in speech regulation*, in *Harvard Law Journal*, Vol. 127:2296 (2014), il quale ricorda, citando questa sentenza, che *if the bookseller is criminally liable without knowledge of the contents, . . . he will tend to restrict the books he sells to those he has inspected; and thus the State will have imposed a restriction upon the distribution of constitutionally protected as well as obscene literature. . . . The bookseller's self-censorship, compelled by the State, would be a censorship affecting the whole public, hardly less virulent for being privately administered.*

<sup>12</sup> E' l'idea di networked public sphere, espressa da YOCHAY BANKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale Books, 2007, part. 212, ma *passim*.

<sup>13</sup> E. VOLOKH, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L.J. 1805, 1826-1828 (1995). Nell'argomento per cui la libertà di espressione è riservata a quanti vi hanno accesso per mestiere ovvero a chi può permettersi di investire per ottenere visibilità per le proprie opinioni vi è sempre l'eco di NYT v. Sullivan (376 U.S. 254 (1964): il caso che ha dato vita a quel contenzioso era infatti un annuncio pubblicitario a pagamento che era costato agli inserzionisti (un comitato che raccoglieva fondi a favore delle campagne promesse da Martin Luther King) più dell'equivalente dello stipendio annuale di un cittadino medio. La rete consente a tutti di manifestare il proprio pensiero, anche se, forse, il costo necessario a renderlo visibile non è detto che sia sceso dal 1964.

Boyle e Benkler hanno osservato, con una certa preoccupazione, che le norme a tutela della proprietà intellettuale possono essere utilizzate sulla rete per limitare la libertà di manifestazione del pensiero<sup>15</sup>

Sunstein, in un testo anticipato nel 2001 e completato nel 2017<sup>16</sup>, ha individuato la possibilità di usare i social media per riunire persone dalle idee molto simili, le quali finiscono per proteggersi dalla esposizione a idee che non condividono (chiudendosi in bozzoli informativi – cocoon, nel linguaggio di Sunstein), per rifiutare un dialogo democratico con chi non la pensa come noi, ricevendo notizie rassicuranti perché studiate per non essere allontanate dall'utente, secondo il meccanismo della filter bubble studiato da Eli Pariser<sup>17</sup>, e rinforzando le proprie opinioni estreme attraverso il dialogo con chi è altrettanto estremista solo perché ha trovato un estremista come noi che lo siamo grazie a lui (echo chamber).

Froomkin ha avvicinato il processo di formazione degli standard sulla rete al discorso di Habermas sulla democrazia<sup>18</sup>, perché garantisce a tutti gli utenti della rete gli stessi diritti e a tutti coloro che possono avere interesse a formulare le proprie osservazioni di formularle e di vederle considerate sotto forma di commenti.

Seth Kreimer ha collegato esplicitamente il tema censura dei contenuti sulla rete alla responsabilità dei provider: la rete offre molte scappatoie agli autori dei pensieri che possono essere considerati illeciti ma non altrettante ai provider, che gestendo i proxy, ovvero i filtri naturali della libertà di espressione sulla rete, possono essere obbligati ad attivarsi per limitare i contenuti accessibili da parte degli utenti<sup>19</sup>.

Rebecca Tushnet ha osservato che gli online intermediaries non possono non tendere a favorire coloro che esprimono un pensiero coerente con i loro interessi, seguendo una

---

<sup>14</sup> LAWRENCE LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, part. 167: *There's a common belief that cyberspace cannot be regulated—that it is, in its very essence, immune from the government's (or anyone else's) control. Code argues that this belief is wrong. It is not in the nature of cyberspace to be unregulable; cyberspace has no "nature." It only has code—the software and hardware that make cyberspace what it is. That code can create a place of freedom—as the original architecture of the Net did—or a place of exquisitely oppressive control. If we miss this point, then we will miss how cyberspace is changing. Under the influence of commerce, cyberspace is becoming a highly regulable space, where our behavior is much more tightly controlled than in real space. But that's not inevitable either. We can—we must—choose what kind of cyberspace we want and what freedoms we will guarantee. These choices are all about architecture: about what kind of code will govern cyberspace, and who will control it. In this realm, code is the most significant form of law, and it is up to lawyers, policymakers, and especially citizens to decide what values that code embodies.*

Vedi anche LAWRENCE LESSIG & PAUL RESNICK, *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model*, 98 MICH. L. REV. 395, 395–96 (1999).

<sup>15</sup> JAMES BOYLE, *Shamans, software, and spleens: law and the construction of the information society* Harvard University Press, 183 (1996); YOCHAI BENKLER, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 446 (1999).

<sup>16</sup> C. R. SUNSTEIN, *#Republic*, Princeton University Press, 2017, ed. it. Il Mulino – Bologna 2017. L'Autore si riferisce in più punti alla necessità di una architettura della serendipity. Il punto di partenza delle sue riflessioni è C. R. SUNSTEIN, *Republic.com*, Harvard Journal of Law and Technology, 2001, vol. 14, (2).

<sup>17</sup> E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*. The Penguin Books, 2011, dove si legge: *Imagine a world where all the news you see is defined by your salary, where you live, and who your friends are. Imagine a world where you never discover new ideas. And where you can't have secrets....*

<sup>18</sup> A. MICHAEL FROOMKIN, *Habermas@Discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, 116 HARV. L. REV. 749, 841, 844 (2003).

<sup>19</sup> SETH F. KREIMER, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. PA. L. REV. 11, 30–31 (2006).

intuizione di Meiklejohn tesa a distinguere fra l'importanza di ciò che viene detto dal punto di vista di colui che esprime il proprio pensiero e dal punto di vista di coloro che possono essere considerati la sua audience e sottolineando che gli intermediari hanno come scopo naturale quello di favorire il pensiero che trova maggiore ascolto in un determinato pubblico<sup>20</sup>.

Per Yoo, i consumatori chiedono ai loro intermediari di filtrare quello che i consumatori vogliono leggere, in modo da non essere esposti a quello che non vogliono leggere<sup>21</sup>.

Lee si è soffermato sulle conseguenze della dottrina che limita la responsabilità del provider dal punto di vista della libertà di manifestazione del pensiero<sup>22</sup>.

Jane Bambauer ha affermato che anche i dati sono pensiero (speech) dal punto di vista del primo emendamento<sup>23</sup>.

Balkin si è soffermato sulle forme di censura collaterale e sui rischi di un'inedita alleanza fra pubblico e privato per la sorveglianza della popolazione<sup>24</sup>: si una censura collaterale quando il sistema delle immunità approntato da un governo opera in termini tali da assicurare una condizione di non punibilità per chi rimuove prontamente il materiale che altri ritiene offensivo (cease and desist o notice and takedown). Ovviamente, questo sistema premia chi opera la censura, perché chi non censura non riceve nessun beneficio. Nello stesso tempo, Balkin evidenzia che i social media detengono moli impressionanti di dati estremamente utili per le funzioni di polizia e che le polizie ricercano segretamente, generando una forma di consuetudine alla sorveglianza che è tipica dei regimi autoritari.

La vastità di queste opinioni, e le citazioni potrebbero proseguire a lungo, consente di concentrare l'attenzione lungo alcune direttrici:

- (a) i social media rappresentano una evoluzione per la libertà di manifestazione del pensiero, perché consentono una manifestazione del pensiero di massa, in cui tutti coloro che vogliono esprimere un'opinione possono farlo;
- (b) il rumore generato dalla quantità di opinioni espresse e dalla mancanza di una qualsiasi linea editoriale determina la necessità di aggregatori di contenuti, che non si limitano a renderli disponibili ma li organizzano in maniera da essere leggibili. E' il web 2.0, la rete dei social media;
- (c) i signori della rete acquistano quindi una centralità assoluta sia per il discorso democratico che per il principio personalista, perché convogliano le informazioni in modo da poter incidere sulla volontà dei cittadini e, nello stesso tempo, perché condizionano quello che una persona può esprimere in rete trovando l'ascolto di altre persone;

---

<sup>20</sup> REBECCA TUSHNET, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, 76 GEO. WASH. L. REV. 986, 1015–16 (2008). La distinzione fra speaker – focused e audience – focused theories è espressa fra gli altri anche da TOM BENNIGSON, *Nike Revisited: Can Commercial Corporations Engage in Non-Commercial Speech?*, 39 CONN. L. REV. 379 (2006); RANDALL P. BEZANSON, *Speaking Through Others' Voices: Authorship, Originality, and Free Speech*, 38 WAKE FOREST L. REV. 983 (2003).

<sup>21</sup> C. S. YOO, *The Dynamic Internet: How Technology, Users, and Businesses are Transforming the Network*, AEJ Press, 2012.

<sup>22</sup> EDWARD LEE, *Freedom of the Press 2.0*, 42 GA. L. REV. 309, 316–17 (2008).

<sup>23</sup> JANE BAMBAUER, *Is Data Speech?*, 66 STAN. L. REV. 57, 60–61 (2014).

<sup>24</sup> JACK M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 HARV. L. REV. 2296, 2309 (2014).



- (d) nel discorso democratico, i signori della rete possono intervenire condizionando la volontà degli elettori di cui conoscono le abitudini e su cui possono lavorare attraverso i big data. Sono le frontiere del web semantico, ovvero del web 3.0, secondo la definizione di Tim Barners-Lee<sup>25</sup>;
- (e) nel discorso democratico, i signori della rete possono intervenire attraverso delle umbratili alleanze con il potere dello Stato per influenzare il comportamento dei cittadini attraverso la sorveglianza: chi sa di essere visto, non si comporta più liberamente. Si comporta come chi sa di essere visto e la vera sorveglianza è di chi sorveglia se stesso<sup>26</sup>;
- (f) sul piano del principio personalista, le *policies* con cui i signori della rete governano i loro network introducono singolari e profonde forme di censura del pensiero, censure singolari perché nascono da norme dettate dal mercato e trasformate in diritto da soggetti la cui legittimazione è offrire spazio "gratuito" nella rete a chi ne fa richiesta e nella cui passione per i principi della libertà di espressione si può solo confidare; profonde perché riguardano spesso manifestazioni del pensiero in cui una persona ha espresso i propri sentimenti profondi e non può non sentirsi profondamente ferita nel momento in cui le scopre oggetto di censura da parte di sconosciuti "lord"<sup>27</sup>.

Anche in questo caso, si potrebbe proseguire a lungo, ma è più importante fermare il pensiero su due distinti aspetti.

---

<sup>25</sup> Cfr. TIM BERNERS-LEE, JAMES HENDLER, ORA LASSILA *The Semantic Web A new form of Web content that is meaningful to computers will unleash a revolution of new possibilities*, in *Scientific American*, Maggio 2001, dove si legge: *The Semantic Web will bring structure to the meaningful content of Web pages, creating an environment where software agents roaming from page to page can readily carry out sophisticated tasks for users. Such an agent coming to the clinic's Web page will know not just that the page has keywords such as "treatment, medicine, physical, therapy" (as might be encoded today) but also that Dr. Hartman works at this clinic on Mondays, Wednesdays and Fridays and that the script takes a date range in yyyy-mm-dd format and returns appointment times. And it will "know" all this without needing artificial intelligence on the scale of 2001's Hal or Star Wars's C-3PO. Instead these semantics were encoded into the Web page when the clinic's office manager (who never took Comp Sci 101) massaged it into shape using off-the-shelf software for writing Semantic Web pages along with resources listed on the Physical Therapy Association's site.* Ovviamente siamo andati molto oltre le previsioni di Barners-Lee, come si cercherà di dire più avanti.

<sup>26</sup> «Si imprigiona chi ruba, si imprigiona chi violenta, si imprigiona anche chi uccide. Da dove viene questa strana pratica, e la singolare pretesa di rinchiudere per correggere, avanzata dai codici moderni? Forse una vecchia eredità delle segrete medievali? Una nuova tecnologia, piuttosto: la messa a punto, tra il Sedicesimo e il Diciannovesimo secolo, di tutto un insieme di procedure per incasellare, controllare, misurare, addestrare gli individui, per renderti docili e utili nello stesso tempo. Sorveglianza, esercizio, manovre, annotazioni, file e posti, classificazioni, esami, registrazioni. Tutto un sistema per assoggettare i corpi, per dominare le molteplicità umane e manipolare le loro forze, si era sviluppato nel corso dei secoli classici negli ospedali, nell'esercito, nelle scuole, nei collegi, nelle fabbriche: la disciplina. Il Diciottesimo secolo ha senza dubbio inventato la libertà, ma ha dato loro una base profonda e solida, la società disciplinare, da cui dipendiamo ancora oggi» (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, ed. it. 1993, Einaudi, Torino). La rete che consente di sorvegliare chi vi accede non è più un luogo in cui si manifesta la propria libertà, è un luogo in cui si è continuamente sotto l'osservazione di un invisibile guardiano e in cui la libertà sfuma nel grigio comportamento di un cittadino della Stasi.

<sup>27</sup> Come si può sentire la donna che posta l'immagine del proprio seno mutilato in seguito a una mastectomia per manifestare il proprio dolore e cercare solidarietà, se l'immagine viene censurata dal social perché considerata pornografica? L'esempio è di M. Ammuri.

Da una parte, vi è il web 2.0, la rete che opera aggregando contenuti: le questioni che si possono affrontare riguardano tutte la libertà di manifestazione del pensiero e la possibilità di censurare il pensiero che viene manifestato in rete.

Sono questioni che riguardano, sostanzialmente, la moderazione di una enorme piazza, non pubblica, perché sono dei privati, soggetti alla giurisdizione di uno Stato guidato da un imperatore eletto dal popolo, che le hanno inventate e costruite bit su bit.

Dall'altra parte, vi è il web 3.0, la rete che opera attraverso programmi e macchine dalla enorme capacità di calcolo, che sono in grado di acquisire informazioni e di trasformarle in istruzioni.

In questo caso, forse, la libertà di manifestazione del pensiero non è più in gioco, ma è in gioco il pensiero stesso, perché queste macchine operano al livello semantico della costruzione dei significati attraverso l'interpretazione dei significanti, i loro algoritmi riescono a leggere dei dati, aggregarli e trasformarli in istruzioni, riescono a dare un significato operativo a una massa di informazioni che possono riguardare tutto di una persona, ma che alla fine servono a dare (magari non alla stessa persona, ma a un'altra persona) consigli su cosa leggere, cosa ascoltare e orientare il suo voto o, magari, prevedere la sua attitudine a delinquere.

In questo caso, forse, si deve cominciare a negare che *data is speech*<sup>28</sup>.

### 3. Il potere dell'oblio

C'è un potere estremo nel decidere chi deve stare zitto e chi non deve più essere ascoltato. Popoli primitivi – nella percezione del tempo di un utente della rete – come gli antichi romani e i greci dell'età classica consideravano la *damnatio memoriae* come una delle massime condanne che potessero essere imposte a un cittadino rilevante e infedele.

I social media si trovano in una posizione che può influenzare significativamente la capacità di un soggetto di cercare informazioni sulla rete e quindi di comprendere la realtà attraverso le idee che possono essere considerate significative per capire cosa sta accadendo.

Il tema è essenzialmente infrastrutturale: la libertà di espressione dipende dal tipo di infrastrutture che sono utilizzate per rendere accessibile il pensiero e controllare la diffusione del pensiero significa controllare queste infrastrutture: nella Unione Sovietica di Svetlana Aleksievich, era necessario controllare cosa accadeva nelle cucine in cui ci si riuniva a parlare fumando e bevendo the o nei manoscritti in cui si copiava lo strabiliante poema ferroviario di Venedikt Erofeev e lo si passava di mano in mano; negli Stati Uniti di New York v. Sullivan, controllare il pensiero significa conoscere ciò che sta per essere pubblicato ed essere in grado di fermare la scrittura della notizia, la sua stampa, la distribuzione dei giornali o, infine, la loro vendita. Nella società della rete, censurare significa rivolgersi al privato proprietario

---

<sup>28</sup> Secondo la definizione di J. Bambauer, cit. *supra*.

dell'infrastruttura che ha memorizzato l'informazione che s'intende rendere inaccessibile chiedendo che quella informazione sia rimossa<sup>29</sup>.

La *damnatio memoriae* è la cancellazione dall'indicizzazione di Google o di un qualsiasi motore di ricerca che ha reso popolare quella determinata informazione che adesso si vuole rendere inaccessibile.

E' stato acutamente osservato che gli uffici legali degli online intermediaries hanno per la libertà di espressione nella società contemporanea la stessa importanza che aveva la Corte Suprema negli Stati Uniti degli anni cinquanta e sessanta<sup>30</sup>.

Parlare di libertà di espressione, oggi, è parlare di rete e parlare di censura è parlare di come il pensiero può essere cancellato dalla rete.

La censura sulla rete è collaterale<sup>31</sup>: perché il guardiano non si rivolge direttamente all'autore del pensiero ma a colui che lo rende disponibile e accessibile, senza averlo né prodotto né acquistato, sicché l'operato del guardiano appare invisibile da parte della collettività: non è uno spazio bianco sul giornale, ma semplicemente l'impercettibile attimo in cui un post scompare e pochi, davvero pochi, forse neppure coloro che lo avevano letto, forse neppure coloro che lo avevano commentato, sono in grado di percepire la scomparsa.

Più in particolare, la censura collaterale opera quando lo Stato considera un determinato soggetto (l'intermediario) responsabile per quanto un altro soggetto (l'utente) ha pubblicato se il primo non rimuove quanto il secondo ha postato<sup>32</sup>.

Fra le due alternative astrattamente possibili: non ritenere mai l'intermediario responsabile per ciò che pubblica, anche se non ha prodotto o acquistato quel contenuto ed è materialmente impossibile controllare il contenuto di tutti i post, video o brani musicali che ven-

---

<sup>29</sup> J. M. BALKIN, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, 36 PEPP. L. REV. 427, 432 (2009): "A system of free speech depends not only on the mere absence of state censorship, but also on an infrastructure of free expression. The infrastructure of free expression includes the kinds of media and institutions for knowledge, creation, and dissemination that are available at any point in time."; Id., *Old School v. New School*, cit., part. 2301 e ss.

<sup>30</sup> M. Ammori, op. cit., 2260: *While they have been criticized for some of their decisions, the lawyers at companies like Google and Twitter are reminiscent of newspaper lawyers of old in their conscious thinking about and focus on freedom of expression. Their companies are not perfect, just as it was not perfect New York Times. Fifty years from now, though, we will remember this lawyers and their impact on how millions of persons experience freedom of expression. And their paradigmatic decisions already have played significant roles in some of the most important freedom of expression episodes in modern times, including the leaking of classified documents to WikiLeaks and The Guardian, the sharing of anti Islamic videos on YouTube, and the legislative debate over telecommunications and copyright rules such as "network neutrality" and "SOPA."*

<sup>31</sup> L'espressione censura collaterale è di Michael I. Meyerson, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the New Media*, 71 NOTRE DAME L. REV. 79, 118 (1995) (che ha definito la censura collaterale come "the silencing by a private party of the communication of others"). Il discorso è stato sviluppato da J.M. BALKIN, vedi *supra* cui adde: *Free Speech and Hostile Environments*, 99 COLUM. L. REV. 2295, 2298 (1999); Christina Mulligan, *Technological Intermediaries and Freedom of the Press*, 66 SMU L. REV. 157, 160 (2013) (la censura collaterale mette a rischio la libertà di stampa; Seth 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) (che ha inventato le espressioni "proxy censorship" e "censorship by proxy").

<sup>32</sup> J. M. Balkin, *Old School v. New School*, cit., 2309: *Collateral censorship occurs when the state holds one private party A liable for the speech of another private party B, and A has the power to block, censor, or otherwise control access to B's speech. This will lead A to block B's speech or withdraw infrastructural support from B. In fact, because A's own speech is not involved, A has incentives to err on the side of caution and restrict even fully protected speech in order to avoid any chance of liability.*

gono pubblicati o ritenerlo responsabile nel caso in cui il contenuto pubblicato fosse contrario all'ordinamento, la censura collaterale si sposta verso una terza alternativa: ritenerlo responsabile solo nel caso in cui il materiale non sia stato rimosso, non appena l'intermediario ha avuto notizia della sua possibile natura illecita.

La prima alternativa può essere considerata coerente con *Smith v. California*: chi rende accessibile un contenuto, non può essere considerato responsabile con riferimento a quel contenuto perché non lo ha prodotto<sup>33</sup>.

Seguire questa alternativa, probabilmente la più coerente con gli interessi della Silicon Valley, avrebbe significato liberare la rete da qualsiasi controllo, obbligando gli Stati a percorrere complesse piste investigative digitali per rintracciare gli autori materiali dell'illecito e, se del caso, punirli.

Nel secondo caso, l'intermediario è responsabile nel caso in cui lo Stato ritenga e dimostri nelle forme processuali che il diritto comune dell'occidente utilizza per limitare la libertà di espressione, che un certo contenuto è illecito.

In questo caso, la responsabilità emerge per effetto di un processo ed è oggetto della discussione pubblica che quel processo solleva, discussione che costringe lo Stato a rivelare il proprio atteggiamento nei confronti dell'intermediario.

La via intermedia opera come una sorta di responsabilità condizionale in cui l'intermediario è responsabile solo se non si attiva prontamente quando acquista consapevolezza che un determinato contenuto può essere considerato illecito.

Il 230 CDA (Communication Decency Act) può essere considerato un esempio della prima alternativa, mentre la terza alternativa è tipica del sistema europeo e del modello di protezione del diritto di autore che si è snodato a partire dal DMCA 512, con la sua procedura di *notice and takedown* (più precisamente: *cease and desist*)<sup>34</sup>.

Nella prima alternativa, non si ha solo una immunità garantita dal fatto di non avere in alcun modo contribuito ad elaborare il contenuto ritenuto illecito né di averlo acquistato, ma la stessa immunità è garantita anche per il caso in cui l'intermediario – secondo le sue policies – distingua fra contenuti leciti ed illeciti e sopprima i contenuti che ritiene contrari all'accordo che ha [unilateralmente] stipulato con i suoi utenti<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Ivi, 2312: *The closest the Supreme Court has come to recognizing collateral censorship as a First Amendment issue was in a 1959 case, Smith v. California.57 Smith struck down a statute that held booksellers criminally liable for stocking books later judicially determined to be obscene, even if the bookstore owner did not know of the content of the books.*

<sup>34</sup> Vedi Mac Kinnon, R., Hickok, E., Bar, A., & Lim, H., *Fostering freedom online: The Roles, challenges and obstacles of internet intermediaries*. United Nations Educations, 2014.

<sup>35</sup> Mueller ha osservato che il CDA 230 può essere scomposto in due parti. Nella prima, offre un porto sicuro per l'intermediario che può dimostrare di non avere in alcun modo interferito con la libertà di espressione del proprio utente: nella misura in cui l'intermediario si limita ad offrire servizi che consentono ai suoi utenti di manifestare il proprio pensiero non può essere considerato un editore nel senso legale di questa espressione. Nella seconda, si garantisce all'intermediario la possibilità di vigilare, secondo le regole che ha stabilito, sui contenuti pubblicati dai propri utenti, secondo le proprie regole editoriali senza perdere per questo la propria immunità (MUELLER, M. L.. *Hyper-transparency and social control: Social media as magnets for regulation.*, in *Telecommunications Policy*, 39 (9), 804-810, 2015).

Nella seconda alternativa, non si ha alcuna immunità, ma si ha un processo e il processo segue il fatto, punendo, senza evitare le conseguenze dell'illecito, ma anche applicando una volontà concreta di legge e quindi chiarendo il contenuto del pensiero che può essere liberamente espresso in rete e di quello che invece può incontrare delle limitazioni.

Nella terza alternativa, il lavoro della censura è preventivo e si basa su di una logica imprenditoriale: l'intermediario che riceve un avvertimento circa il contenuto potenzialmente offensivo di un determinato contenuto diventa responsabile nel caso in cui non lo rimuova, ma può evitare ogni responsabilità semplicemente rimuovendolo.

Da una parte, sulla bilancia che confronta benefici e costi, c'è la tutela della libertà di manifestazione del pensiero dell'utente e dall'altra il rischio di dover risarcire il danno di colui che ha mostrato sufficiente attenzione e sensibilità da aver reagito al contenuto notificando la citazione.

E' banale osservare che la bilancia pende dalla parte dell'intermediario che, quindi, è indotto ad operare una censura sulla base semplicemente delle richieste dei terzi che si sentono offesi dai contenuti che rende accessibili, senza alcun controllo né delle richieste né dei contenuti<sup>36</sup>.

Dall'altra parte, l'utente può chiedere all'intermediario di ripristinare il contenuto e l'intermediario deve avvertire l'utente che può opporsi alla richiesta del terzo che ritiene di essere stato lesa: non lo fa praticamente nessuno<sup>37</sup>.

La conseguenza è che chi effettivamente decide se un determinato post deve restare on line è il soggetto che ritiene di essere lesa dai contenuti di questo post perché se questo soggetto si lamenta e ha la cultura informatica e l'abilità legale necessari per chiederne la rimozione, può essere sicuro che l'intermediario lo rimuoverà prontamente<sup>38</sup>.

Le norme europee e nazionali (dir. 2000/30/CE e d.lgs. 70/2003<sup>39</sup>) in materia di responsabilità del provider rispettano esattamente questo schema, perché assicurano

---

<sup>36</sup> Weinstein è un importante produttore di Hollywood con delle abitudini igieniche particolari: amava decidere del futuro delle attrici sotto la doccia e questo induceva le aspiranti attrici a trattenerci a lungo sotto l'acqua calda. Quest'abitudine, forse irrilevante sul piano penalistico ma sicuramente discutibile sul piano etico e ancor più interessante per gli amanti delle notizie a tinte vivaci, non sarebbe mai potuta venire alla luce per la denuncia di un'attrice vittima delle attenzioni del produttore se questa signora si fosse limitata a postare qualche immagine sul proprio profilo Facebook, perché Facebook avrebbe ricevuto un avvertimento da parte di uno studio legale incaricato dal potente produttore ed avrebbe prontamente rimosso il post. Al contrario il New York Times ha messo su questa storia importanti risorse investigative e giornalistiche ed è potuto uscire con dei reportage che hanno determinato la rovina del satrapo.

<sup>37</sup> M. AMMORI, "New" *New York Times*, cit., part. 2290, che osserva come sia davvero difficile che un utente reagisca, anche nel caso in cui la richiesta era manifestamente irragionevole e infondata. Non ha nessun interesse a trasformare un post in cui si era limitato a criticare un film trovandolo noioso per annoiarsi di meno mentre lo guardava nelle spese necessarie a mantenere lo studio legale necessario a sorreggere le sue ragioni contro la major che contesta la violazione del copyright.

<sup>38</sup> Vedi FELIX T. WU, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 NOTRE DAME L. REV. 293, 296 (2011).

<sup>39</sup> N. DE LUCA - E. TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'Internet Service Provider. Una materia che esige chiarezza*, in *Giur. comm.*, 2011, 5, 1215; 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; R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 451; A. MANTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di*

un'immunità in ogni caso in cui il contenuto sia prontamente rimosso e quindi spingono all'immediata rimozione del contenuto, per evitare il rischio di una conseguenza pregiudizievole<sup>40</sup>.

Queste osservazioni valgono per i sistemi basati su un notice and takedown, come quelli impostati da DMCA 512, non si applicano quando è il provider stesso che definisce una normativa in materia di contenuti pubblicabili.

Il porto sicuro protetto da CDA 230 è composto di due bacini: il primo offre riparo a chi si limita a fornire gli strumenti necessari per manifestare la propria libertà di espressione sulla rete. Il secondo garantisce che l'intermediario che esercita un'attività di moderazione per i contenuti che ospita non diventa "più" responsabile se fallisce il suo compito o chiude un occhio.

Molti intermediari hanno perciò sviluppato delle normative che definiscono quali contenuti sono ammissibili sulle loro piattaforme in base ai valori che hanno inteso porre a fondamento delle loro comunità e chiedono agli utenti di collaborare con loro nella individuazione dei contenuti che non rispettano queste linee guida<sup>41</sup>.

---

*quello comunitario*, in *Contratto impr. Europa*, 2010, 529; D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore*, in *Riv. dir. Ind.*, 2010, 3, 252; M. TESCARO, *La responsabilità dell'Internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, in *Resp. civ.*, 2010, 3, 177; S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in *Corr. giur.*, 2013, 505; T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "autocomplete"*, in *Dir. inf.*, 2012, 1210; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giur. merito*, 2013, 2584; L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio - case by case*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, 1997; 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.

<sup>40</sup> Da ultimo, Tribunale di Torino 7 aprile 2017, n. 1928 per il quale addirittura esiste un obbligo di filtraggio special-preventivo quando il provider, utilizzando di funzionalità tecniche minime e senza subire un sacrificio sproporzionato, è in grado di impedire nuovi caricamenti di video già oggetto di segnalazione e rimossi a seguito di ingiunzione del tribunale (vedi V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Danno e responsabilità*, 1/2018)

<sup>41</sup> Facebook definisce queste norme come standard della comunità e le organizza in cinque sezioni: **(1)** sicurezza degli utenti contro minacce dirette, incitamento all'autolesionismo, promozione di organizzazioni criminali, diffusione di atti di bullismo e intimidazione, incitamento alla violenza verso personaggi pubblici, promozione di attività criminali, sfruttamento della prostituzione o incitamento alla prostituzione; violazione di privative su beni la cui circolazione è limitata; **(2)** protezione degli utenti da immagini che possono offenderli: nudi, contenuti che incitano all'odio, contenuti che esprimono violenza; **(3)** protezione della privacy: uso della identità autentica; divieto di frodi e spam; divieto di uso di account di amici e parenti che sono venuti a mancare; **(4)** tutela della proprietà intellettuale: *Facebook è uno spazio in cui puoi condividere ciò che ritieni importante. L'utente è il proprietario di tutti i contenuti e le informazioni pubblicate su Facebook e può controllare il modo in cui vengono condivisi mediante le impostazioni sulla privacy e le impostazioni delle applicazioni. Tuttavia, prima di condividere contenuti su Facebook, assicurati di disporre dei diritti necessari per farlo. Ti preghiamo di rispettare diritti d'autore, marchi e altri diritti legali*; **(5)** un sistema di notice and takedown basato sulla collaborazione degli utenti: *La nostra comunità globale è in continua crescita e noi ci impegniamo per offrire alle persone un ambiente privo di contenuti offensivi. Per farlo, ci affidiamo alle persone come te. Se vedi qualcosa su Facebook che, a tuo avviso, non rispetta le nostre condizioni, inviaci una segnalazione. Disponiamo di team in tutto il mondo che si occupano del controllo delle segnalazioni per aiutarci a garantire che Facebook rimanga un ambiente sicuro* (<https://www.facebook.com/communitystandards>). Meccanismi molto simili sono previsti pressoché ovunque: <https://www.tumblr.com/policy/en/community>; <https://www.youtube.com/intl/en-GB/yt/about/policies/#community-guidelines>; <https://help.twitter.com/it/rules-and-policies/twitter-rules>, che sono sviluppate in maniera da consolidare in un solo testo l'informativa sulla privacy e le condizioni di utilizzo del servizio, esplicitando le sanzioni appli-

In questo bacino, si sviluppano ordinamenti originari, in cui vengono definiti i valori su cui si fonda l'erogazione del servizio in termini di valori della comunità; questi valori vengono trasformati in disposizioni che definiscono ciò che non può essere pubblicato; le disposizioni sono trasformate in norme attraverso la segnalazione di coloro che ritengono ci sia una violazione e il giudizio della piattaforma.

Il giudizio della piattaforma è espresso da team di dipendenti, diffusi per tutto il globo, ma concentrati nelle aree in cui il lavoro costa di meno e l'inglese è abbastanza diffuso, i quali leggono numerose segnalazioni, giudicano se meritano attenzione o meno e solo nei casi più delicati si rivolgono ai supervisori<sup>42</sup>, che costituiscono dei piccoli gruppi organizzati come divisioni indipendenti, i quali definiscono i termini di utilizzo e risolvono i casi più complessi<sup>43</sup>.

Si tratta di una forma moderna di inquisizione: utenti anonimi gettano nella bocca di leone formata dal form di segnalazione di Facebook o il flag relativo ai contenuti inappropriati di YouTube [etc.] la loro denuncia; gli inquisitori si mettono in moto e giudicano – senza alcun contraddittorio – il caso che gli è stato sottoposto. Il condannato riceve soltanto la condanna sotto forma di mutilazione dei contenuti che ha pubblicato, senza motivazione e senza conoscere l'identità del giudice che l'ha pronunciata.

Senza tenere conto che chi esercita la censura ha un interesse professionale a censurare perché se mancassero dei contenuti illeciti, non avrebbe ragione di esistere né come ufficio né come persona: « [t]he function of the censor is to censor. He has a professional interest in finding things to suppress. . . . He is often acutely responsive to interests which demand suppression — interests which he himself represents — and not so well attuned to the more scattered and less aggressive forces which support free expression »<sup>44</sup>.

La privatizzazione del controllo sulla manifestazione del pensiero, attraverso la delega [da parte dello Stato]<sup>45</sup> di questa funzione agli intermediari e da questi agli utenti - delatori

---

*cabili: Tutte le persone che accedono ai servizi di Twitter, o li utilizzano, devono rispettare le norme indicate nelle Regole di Twitter. Se non lo fanno, Twitter può applicare una o più delle seguenti contromisure: (i) richiedere la rimozione del contenuto vietato come condizione per poter creare ancora nuovi post e interagire con altri utenti di Twitter; (ii) limitare temporaneamente la possibilità di creare post o interagire con altri utenti di Twitter; (iii) chiedere la verifica della proprietà dell'account con un numero di telefono o un indirizzo email; (iii) sospendere in modo permanente l'account (o gli account). In caso di creazione di nuovi account per aggirare una sospensione permanente, sospenderemo i nuovi account.*

<sup>42</sup> Le modalità di lavoro di questi team sono descritte in ROBERTS, S. T., *Commercial content moderation: Digital laborers' dirty work*. In S. U. NOBLE & B. TYNES (Eds.), *Intersectional internet: Race, sex, class and culture online*. New York: Peter Lang Publishing Inc. □2016, il quale osserva che il prodotto di questi team non può che essere di scarsa qualità e che sono incentivati alla rimozione dei contenuti ostili piuttosto che al loro mantenimento.

<sup>43</sup> Vedi ROSEN, J. (2013). *The Delete Squad: Google, Twitter, Facebook and the new global battle over the future of free speech*, in *New Republic*, April 29. <https://newrepublic.com/article/113045/free-speech-internet-silicon-valley-making-rules>.

<sup>44</sup> EMERSON T. I., *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS, part. 659 (1955), cit. in BALKIN J. M., *Old School v. New School*, cit., part. 2317, per il quale la conseguenza di questo meccanismo è che l'onere di eventuali errori cade sulla persona che intendeva esercitare la propria libertà di espressione, piuttosto che sulla società nel suo complesso, sulla idea di *free market of ideas* che è una delle ragioni di essere della libertà di manifestazione del pensiero negli ordinamenti liberali, ma non su chi esercita la censura.

<sup>45</sup> La parentesi quadra è autoesplicante: al termine del paragrafo si capisce che il senso della parentesi quadra è indicare che l'espressione è inappropriata ma che la dogmatica in essere non consente di sostituirla con

che si affidano a un giudice invisibile e posto in un altrove *overwhelmingly in San Francisco*, può essere osservata da due punti di vista: quello dell'intermediario e quello dell'utente.

Sotto il primo aspetto, l'intermediario sviluppa una propria disciplina in materia di contenuti pubblicabili perché ha interesse a creare un insieme di utenti che condividono i suoi stessi valori e quindi formano una comunità. L'intermediario opera in più ordinamenti sovrani ciascuno dei quali esprime la propria politica in materia di manifestazione del pensiero, vietando o ammettendo determinati contenuti e l'intermediario ha interesse che la propria normativa interna sia la intersezione fra i diversi ordinamenti nei quali opera in modo da rispettare spontaneamente tutte le norme cui è sottoposto, a meno che le norme vigenti in un paese non violino i principi fondamentali dell'intermediario: l'intermediario ha interesse ad adottare una politica in materia di diritto di cronaca e rettifica delle notizie non corrette che sia comune ai principi vigenti in tutti i paesi purché questi principi non esprimano dei valori inaccettabili per la maggior parte dei suoi utenti, come la legge sulle fake news della Malesia che punisce con dieci anni di carcere chi scrive che il signor Najib Razak (il primo ministro) ha fatto un giroconto di 700Mln\$ dallo Stato ai suoi conti esteri.

In questa opera, ciò che conta è la visione strategica della comunità da parte di coloro che hanno sull'intermediario un controllo che assomiglia molto di più alla funzione di indirizzo politico che non all'esercizio della libertà di iniziativa economica, e la comprensione dei diversi ordinamenti da parte degli uffici legali degli intermediari, i quali costruiscono una sorta di diritto comune cercando l'intersezione fra gli ordinamenti, secondo lo schema di Ammori.

Sotto il secondo aspetto, l'utente che subisce la censura può rivolgersi all'entità astratta che lo ha censurato, ma non ha alcun interesse a farlo perché perderebbe il proprio anonimato e comunque molto più tempo a protestare di quanto ne serve per scrivere di nuovo il post, cambiando quello che c'è da cambiare o nascondendo quello che c'è da nascondere<sup>46</sup>.

Privatizzare la censura significa affidare ai valori di un determinato soggetto, il soggetto che ha ricevuto i contenuti dai suoi utenti perché li rendesse accessibili, la decisione di ciò che può essere letto, visto o ascoltato, ovvero un'attività per la quale si ritiene necessario il concorrere di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione, perché da essa dipende la soddisfazione dell'interesse della comunità alla diffusione delle idee e al massimo confronto fra di loro (il *free market of ideas* di John Stuart Mill), il diritto di ogni cittadino ad essere messo in condizione di comprendere correttamente il significato delle scelte che è chiamato

---

una espressione maggiormente esatta, ma solo con perifrasi talmente lunghe da offendere l'intelligenza del lettore.

<sup>46</sup> Si deve osservare, con la timidezza della nota a piè di pagina, che le regole del diritto internazionale privato potrebbero operare diversamente per l'intermediario e per gli utenti, nel senso che la giurisdizione dell'intermediario nel caso in cui il pensiero pubblicato determini un danno a un terzo è la giurisdizione del luogo in cui si è verificato il danno, mentre la giurisdizione "contrattuale" dell'accordo fra l'utente e l'intermediario è il foro dell'intermediario, il che non aiuta gli utenti a far valere le proprie ragioni: un cittadino malese non ha le risorse per promuovere un'azione negli Stati Uniti. Sotto questo aspetto, diventa decisiva l'opera di organizzazioni come la Electronic Frontier Foundation, che operano proprio allo scopo di sensibilizzare i cittadini circa i problemi della rete.



ad operare<sup>47</sup> ma anche il diritto di ciascun essere umano di esprimere liberamente il proprio pensiero perché altrimenti non sarebbe libero e non sarebbe un essere umano<sup>48</sup>.

La privatizzazione della censura appare irragionevole sul piano dei principi costituzionali: non solo la censura è costituzionalmente inconcepibile se non in casi limitatissimi, negli schemi del diritto costituzionale d'occidente, e oggetto di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione, ma immaginare che si possa affidare la censura a organizzazioni private secondo modelli che ricordano lo scandirsi orizzontale del principio di sussidiarietà appare impossibile.

Ma succede e continua a succedere: il congresso degli Stati Uniti ha appena approvato il Fight Online Sex Trafficking Act, che punisce gli intermediari che, anche inconsapevolmente, ospitano organizzazioni o persone che promuovono o favoriscono la prostituzione. Le piattaforme, per evitare di essere considerate responsabili, devono quindi vigilare sugli utenti che potrebbero favorire il meretricio e segnalare prontamente la loro attività<sup>49</sup>.

L'Unione Europea sta discutendo intorno a una riforma della direttiva sul diritto di autore che potrebbe introdurre all'art. 13 un obbligo per gli intermediari di adottare dei sistemi di filtraggio automatici dei contenuti che violano il diritto di autore e che ha scatenato le reazioni della rete<sup>50</sup>.

La rete si è mossa per contrastare questa forma di censura attraverso un'iniziativa di Reporters Without Borders denominata « #Collateral Freedom », il cui scopo è rendere nuovamente accessibili i contenuti censurati<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> In questi termini, MEIKLEJOHN A., *Political freedom: the constitutional powers of the people*, New York: Harper Brothers Publishers, [1948], part. 75, dove si osserva che il vero fine della libertà di espressione « is to give to every voting member of the body politic the fullest possible participation in the understanding of those problems with which the citizens of a self-governing society must deal ».

<sup>48</sup> Cfr. RICHARDS D.A.J., *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45, 62 (1974): « [T]he significance of free expression rests on the central human capacity to create and express symbolic systems, such as speech, writing, pictures ... The value of free expression rests on its deep relation to self-respect arising from autonomous self-determination without which the life of the spirit is meager and slavish ».

<sup>49</sup> Cfr. <https://www.eff.org/deeplinks/2018/03/how-congress-censored-internet>. In una direzione completamente diversa si stanno muovendo una dozzina di Stati, monitorati dalla Electronic Frontier Foundation, nei quali sono in discussione delle proposte (cd. Elisabeth Smart Law, ma Elisabeth Smart che è stata la vittima di un rapimento quando aveva diciassette anni e ha descritto la sua vita da sequestrata come segnata per sempre dalla continua esposizione a filmati porno ha chiesto di togliere il proprio nome da questa proposta, vedi il New York Times del 28 marzo 2018: <https://www.nytimes.com/aponline/2018/03/26/us/ap-us-20-porn-bill.html>) dirette a introdurre in ogni dispositivo che può accedere alla rete dei filtri che impediscono di accedere a contenuti porno, a meno di non pagare, all'atto dell'acquisto del dispositivo, una tassa di venti dollari.

<sup>50</sup> Per la modifica della direttiva si è mossa la comunità degli sviluppatori ubuntu, l'Electronic Frontier Foundation, nonché le diverse coalizioni indicate alla pagine di [liberties.eu](http://liberties.eu), dove si legge: « Se la nuova proposta sul copyright dell'UE venisse approvata, vivremo in una nuova epoca di censura. YouTube, Facebook e altre piattaforme per la condivisione di file sarebbero costrette a implementare nuovi algoritmi per verificare se i contenuti caricati contengano elementi protetti da copyright. I bot valuteranno cosa puoi condividere e cosa può essere condiviso con te. Filtrerebbero e vieterebbero tutto ciò che potrebbe causare dei problemi. Qualunque problema! E' a rischio la nostra libertà di parola. Si tratta di censura ». 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)*.

<sup>51</sup> Nel sito di Reporters Without Borders si trovano i link ai siti che sono stati oggetto di censura e che vengono ospitati da Reporters Without Borders: il Sarawak Report, nel quale era stata denunciata la corruzione del primo ministro malese e che per questo era stato censurato rendendolo inaccessibile in Malesia, è stato nuo-

La politica del secondo bacino, in cui gli intermediari si danno le regole che disciplinano la pubblicazione dei contenuti dei propri utenti, e che si è chiamata del secondo bacino giocando sulla metafora del porto sicuro, pone una questione di fondo piuttosto difficile da risolvere.

Gli intermediari hanno sicuramente la libertà e il potere di moderare i contenuti che ospitano: sono soggetti di diritto privato che organizzano uno spazio aperto al pubblico e possono decidere quali contenuti sono accettabili in questa piazza: non sono obbligati ad ospitare qualsiasi contenuto sia sottoposto loro dagli utenti.

La posizione dell'utente di un intermediario non è di libertà ma di soggezione, come quella dell'avventore di un bar al quale viene offerta una birra: può accettarla, può non avere sete e rifiutarla ma non può dire che è calda senza essere maleducato, perché la birra che gli viene offerta è gratis<sup>52</sup>.

L'avventore di un bar nel quale la birra viene offerta gratuitamente non si può lamentare se il gestore interviene a moderare le discussioni, se redarguisce chi parla troppo forte, allontana le persone che fanno discorsi di politica esprimendo opinioni troppo radicali o semplicemente a lui sgradite, e persino se non si accorge di tutti coloro che dicono parolacce allontanando alcuni e tollerando altri.

La politica del secondo bacino funziona esattamente in questo modo perché consente agli intermediari di operare come il gestore del bar immaginario che si è provato a descrivere.

Tuttavia gli intermediari non sono gestori di un bar qualsiasi che si fa pubblicità durante l'inaugurazione offrendo da bere gratuitamente. Sono dei giganti dell'informazione che decidono quali informazioni rendere accessibili e quali informazioni censurare: per il Sarawak Report è molto diverso essere raggiungibile tramite Google utilizzando come parole chiave Najib Razak o tramite il sito di Reporters Without Borders.

Nella rete, i cd. Faang che alle idi di marzo del 2018 hanno bruciato diverse centinaia di miliardi di capitalizzazione per effetto di uno scandalo collegato alla loro influenza sul discorso democratico possono effettivamente decidere quali notizie e quali informazioni diventano di tendenza<sup>53</sup>. Le regole di Twitter, ad esempio, prevedono che contenuti volgari o che

---

vamente messo on line da Reporters Without Borders ed è accessibile all'indirizzo: <https://swk.global.ssl.fastly.net/>.

<sup>52</sup> L'espressione "free as in beer" in contrapposizione a "free as in speech" è di Richard Stalman e significa che un software può essere gratuito ma non è libero se non attribuisce a chi lo utilizza il diritto di capire come funziona e di eliminare i suoi difetti, è gratis ma non è libero. Il software libero deve consentire di esercitare i seguenti diritti: "(i) You, as the user, have the right to run the software however you would like. Meaning if you have a computer that runs it, great! If you have a phone or calculator that can run the software too, even better; (ii) You have the right to seeing how the software actually works. This would be akin to knowing the secret ingredients in your favorite beer or soft drink. With free beer, the consumer doesn't have that freedom; (iii) You are also able to redistribute the software however you'd like. Whether that means you would package the software as part of your own program or simply provide a mirror so your friends can download it directly from you; (iv) You have the right to improve the program, assuming you know how to, and submit those improvements so the public can benefit from your efforts ([www.howtogeek.com](http://www.howtogeek.com), sub free as in beer) ".

<sup>53</sup> Sulle cybercascades e su come gli intermediari possono trasformare una notizia in un motore sociale vedi C. R. SUNSTEIN, *#Republic*, cit. part. 127 e ss.

incitano all'odio o che violano le regole di Twitter (però Safari non apre il collegamento alle regole di Twitter sulle tendenze) non possano diventare una tendenza<sup>54</sup>.

Questo potere è un potere che può condannare all'oblio un determinato contenuto piuttosto che un determinato autore, semplicemente omettendo di dargli rilevanza e la reazione di collateral freedom alla collateral censorship potrebbe non essere sufficiente.

C'è una grande differenza fra il Sarawak Report che subisce la censura del regime malese a causa della sua attività di denuncia nei confronti della corruzione del primo ministro e il post di un blog che ironizza su alcune persone che rumorosamente pregano su di un treno locale come se fosse una moschea nel deserto del Mali.

Nel primo caso, la libertà di manifestazione del pensiero si ricollega direttamente al discorso democratico e può essere considerata necessaria per l'esercizio consapevole dei diritti politici da parte dei cittadini.

Nel secondo caso, la libertà di espressione è poco più di una novella raccontata nel bar della rete e si ricollega alla libertà di ogni individuo di realizzare la propria personalità esprimendo il proprio pensiero, senza subire alcuna censura ma anche senza il diritto a vedere necessariamente pubblicate le sue opinioni.

I due bisogni di libertà sono profondamente diversi ma si trovano accomunati da un intermediario il cui scopo è semplicemente appropriarsi del plusvalore generato dalle infinite interazioni che il bisogno di comunicare genera, indipendentemente dal loro contenuto.

Questo intermediario, il limitato insieme di questi intermediari, opera nei confronti della libertà di manifestazione del pensiero come la grande piazza in cui ciascuno ha il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni, solo che mentre le piazze sono pubbliche, questa piazza è un luogo aperto al pubblico e i cittadini che vi si trovano non sono titolari di alcun diritto per il semplice fatto che – apparentemente<sup>55</sup> – non pagano quello che ricevono.

La privatizzazione di questa piazza, la trasformazione di una piazza pubblica in un caffè all'aperto, è un problema solo se il caffè all'aperto occupa l'intero spazio della piazza pubblica: se il luogo in cui si organizza il libero mercato delle idee diventa un luogo privato, in cui taluno ha il potere di ammettere solo certe idee e di escluderne altre seguendo un arbitrio troppo vicino ai sentimenti della propria capitalizzazione per essere in buona fede.

La censura collaterale preoccupa nella misura in cui i luoghi in cui si organizza il mercato delle idee diventano spazi aperti al pubblico che operano in regime quasi di monopolio perché gestiti da intermediari le cui dimensioni sono troppo grandi per poter essere scalate non solo dai concorrenti ma persino dalle sovranità nazionali.

Gli intermediari non possono sostituire i grandi giornali perché la rete degli intermediari non permetterebbe al Sarawak Report di criticare il primo ministro della Malesia accu-

---

<sup>54</sup> “ Talvolta potremmo impedire che determinati contenuti diventino di tendenza. Ciò include contenuti che violano le Regole di Twitter ma anche contenuti che tentano di manipolare tendenze “ (<https://help.twitter.com/it/rules-and-policies/twitter-rules>).

<sup>55</sup> Se chi scrive sapesse di dottrina marxista, saprebbe costruire una teoria del plusvalore nella società della rete, basata sulla ignoranza da parte dell'utente del fatto che cede all'intermediario il plusvalore generato dalle informazioni che cede con la sua partecipazione alla vita dell'intermediario come parte di un vivo organismo. Anche questo, naturalmente, detto con la timidezza di una nota a piè di pagina.

sandolo di corruzione o al Washington Post di pubblicare i pentagon papers: il giornalismo investigativo ha bisogno di risorse tradizionali e di un modo di operare tradizionale, che sarebbe messo rapidamente a repentaglio da politiche non irrazionalmente fondate sulla logica del *cease and desist*.

Gli intermediari, però, sostituiscono progressivamente la stampa tradizionale e, forse, il vero tema non è tanto il fatto che gli intermediari esercitano diverse forme di censura sui contenuti che ospitano, quanto piuttosto che gli intermediari si stanno sovrapponendo ai mass media tradizionali, senza avere la stessa capacità di articolare l'offerta di contenuti e di informazioni.

Da una parte, gli intermediari offrono dei servizi che tendono a soddisfare il bisogno di informazione della società, ma, dall'altra, i servizi che offrono non possono avere la stessa qualità della stampa tradizionale, che perciò non sostituiscono, pur facendone venire potenzialmente meno la capacità di tenere il mercato e quindi di sopravvivere.

Gli intermediari, però, possono avere interesse ad investire nella stampa tradizionale e a cercare una convergenza fra social media e media, arricchendo gli uni dei contenuti che solo gli altri possono offrire perché, in fondo, i social media sono appetibili solo nella misura in cui sono ricchi di contenuti, anche dei contenuti più professionali che sfuggono alla logica della disseminazione spontanea.

Jeff Bezos, l'imprenditore proprietario di Amazon, ha acquistato il Washington Post per 250Mln\$ nel 2013: "I didn't know anything about the newspaper business ... But I did know something about the internet," come ha detto Bezos a Business Insider in una intervista del 2014, facilmente reperibile in rete "That, combined with the financial runway that I can provide, is the reason why I bought The Post."

#### **4. *Hic sunt leones*: il web semantico**

Il web semantico, nella nota definizione di Tim Berners-Lee che si è già ricordata, è « un'estensione dell'attuale Web, nella quale all'informazione viene dato un significato ben definito, permettendo così ai computer e alle persone di lavorare meglio in cooperazione ».

Nel web semantico, le informazioni che vengono immesse in rete sono caratterizzate in maniera da poter essere organizzate in termini comprensibili da parte di una macchina e la macchina che raccoglie queste informazioni le organizza in "ontologie", ovvero le trasforma in istruzioni operando in conformità alle informazioni che ha raccolto, elaborato e compreso.

Si tratta di elaborare insiemi molto complessi di informazioni, che riguardano insiemi molti vasti di individui, per trasformarle in significati ("ontologie") i quali a loro volta diventano istruzioni per le macchine che sono state programmate a questo fine.

Nel web 3.0, il mio tostapane può sapere che mi sveglio a una certa ora, può sapere che quando mi sveglio vado in bagno e che, se non mi lavo i denti, desidero fare colazione e farmi trovare il pane tostato esattamente come desidero che sia tostato.

Ma il mio tostapane intelligente può fornire questa informazione anche a terzi e questa informazione unita ai programmi che ho visto su Netflix e ai siti che ho visitato può essere trasformata in una ontologia trasformandomi in un soggetto a rischio o prevedendo i miei

orientamenti di voto, alla stessa maniera in cui Amazon sa quali libri potrebbero interessarmi o iTunes conosce la musica che desidero ascoltare mentre sono al computer e quella che mi piace avere come sottofondo quando sono a desinare.

I social media sono delle miniere di informazioni preziose per chi vuole utilizzare i loro metadati per organizzare delle ontologie e le ontologie possono essere utilizzate per qualsiasi scopo: per migliorare la mia esperienza di navigazione, quando cerco delle informazioni in rete, per offrirmi i prodotti di cui potrei avere bisogno, ma anche per capire se sono o potrei essere un terrorista.

Il web delle ontologie è un web in cui i signori della rete costruiscono un linguaggio, individuando dei significanti e trasformandoli in significati leggibili dalle macchine che programmano per rendere “migliore” la nostra vita e più profittevoli le loro compagnie.

La rete delle ontologie pone la questione di considerare la costruzione delle ontologie secondo i canoni della libertà di manifestazione del pensiero<sup>56</sup>. Chi ritiene che i dati siano una forma di manifestazione del pensiero tutelata a livello costituzionale, presuppone che la tutela della libertà di manifestazione del pensiero sia funzionale alla produzione di conoscenza e perciò ammette che non vi sia tutela quando i dati non servono a produrre pensiero, ma unicamente a consentire operazioni fra apparecchiature interconnesse fra di loro, come i dati relativi al traffico telefonico<sup>57</sup>.

Immaginare che la libertà di manifestazione del pensiero riguardi anche la libertà delle macchine di organizzare i propri pensieri attraverso le ontologie programmate dai loro sviluppatori forse va oltre l'idea di tutelare il pensiero come diritto di libertà.

In questo caso, infatti, il pensiero non è uno strumento per produrre conoscenza, ma uno strumento per indirizzare le macchine verso un determinato scopo: anche nella costruzione di un edificio, nella ideazione di un particolare tipo di impresa o nella coltivazione di un appezzamento di terreno vi è del pensiero, ma questo pensiero non è tutelato di per sé, è tutelato come libertà di iniziativa economica, come proprietà coltivatrice, etc.

Così sembra essere anche per le ontologie, che non sono pensiero nel senso dell'art. 21, Cost., ma qualcosa di diverso.

Nello stesso tempo, vi è qualcosa di misterioso nel funzionamento del web semantico. Il web semantico opera grazie alle informazioni che gli utenti della rete trasferiscono ai loro intermediari, informazioni per le quali ricevono un avvertimento, come quello che ricorda

---

<sup>56</sup> In questi termini, BAMBAUER J., *Is Data Speech?*, 66 STAN. L. REV 57, 60–61 (2014), per la quale *Data communicates. It tells a narrative just as effectively as prose, imagery, and music to those with the training to interpret it. Its style is dry, but this does not interfere with its ability to light up the mind. A database can be interpreted directly by a person with the help of a codebook, and it can also be translated into other more familiar forms of expression like maps, charts, graphs, and descriptive sentences. Lest there be any doubt about data's intimate connection to other forms of expression, one may recall that the very first form of writing was data: the accounting records of traders in ancient Mesopotamia* (ivi, part. 70).

<sup>57</sup> Così la Bambauer, che afferma *When data is the byproduct of other events and services—transactions between a home computer and a website's server, or between a cell phone and a cell tower—these records are no different from other unanticipated marks created by the bustle of life. They have no intended author, and no intended audience. They are mere footprints* (ivi, part. 59).

che quel determinato sito utilizza cookies e che quindi si devono accettare i cookies per proseguire nella navigazione.

Queste informazioni rappresentano il prezzo, il vero prezzo, che si paga per accedere ai servizi offerti “gratuitamente” dagli intermediari che se ne appropriano e grazie alle loro arti le trasformano in qualcosa di prezioso, nella materia prima delle ontologie, ricevendo un prezzo per quest’attività.

In questo contratto, i cittadini della rete trasferiscono agli intermediari i dati che li riguardano e gli intermediari si appropriano del plusvalore generato da questi dati, offrendo in cambio i servizi che vengono richiesti “gratuitamente”.

Questo problema che normalmente viene inquadrato negli schemi del diritto della privacy e viene perciò diversamente risolto in Europa e negli Stati Uniti<sup>58</sup>, è in realtà sia un problema di filosofia politica che riguarda la distribuzione della ricchezza, sia una questione di buona fede sostanziale, che riguarda l’equilibrio fra prestazione e controprestazione nel rapporto contrattuale.

L’appropriazione delle informazioni cedute dall’utente all’intermediario e del plusvalore che le stesse generano obbliga l’intermediario a un uso consapevole e leale, perché trasparente, ma anche ragionevole, di queste informazioni: nessuno cedrebbe le proprie informazioni se sapesse che le stesse sono usate per classificarlo e che da questa classificazione può discendere l’applicazione di misure di prevenzione nei suoi confronti.

Soprattutto, la costruzione di una rete in cui è possibile:

- Operare discriminazioni nel prezzo di determinati articoli sulla base del profilo del consumatore e delle sue abitudini;
- Perseguire l’immigrazione illegale attraverso la ricerca degli immigrati nei social media;
- Usare un sistema di intercettazioni delle comunicazioni in rete come una rete a strascico per individuare i responsabili di reati ma anche per le persone che potrebbero diventare colpevoli di reati sulla base del loro profilo.

E si potrebbe proseguire a lungo, semplicemente navigando fra le issues della Electronic Frontier Foundation.

Dall’altra parte dell’oceano, le norme sulla privacy che si sono dipanate in Europa a partire dal 1995 sono state interpretate come strumenti per ostacolare gli interessi degli Stati

---

<sup>58</sup> Sulla tutela della privacy in Europa e negli Stati Uniti: WHITMAN J. O., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151, 1209 (2004); SAMUELSON P., *Privacy as Intellectual Property?*, 52 STAN. L. REV. 1125, 1127–28 (2000). Per Whitman, la caratteristica del modello americano è quella di essere basato su soluzioni marketbased, al contrario della disciplina molto più stringente vigente in Europa. Secondo questo Autore, le soluzioni predisposte negli Stati Uniti sono rese possibili dalla libertà di espressione: “Freedom of expression has been the most deadly enemy of continental-style privacy in America.” La Corte Suprema si è occupata di privacy in *Sorrell v. IMS Health*, 564 U.S. 552 (2011). In questa sentenza, Justice Kennedy ha avuto modo di affermare, in termini rilevanti per il discorso che si sta cercando di svolgere nel testo, *Facts, after all, are the beginning point for much of the speech that is most essential to advance human knowledge and to conduct human affairs*. Il problema era una legge del Vermont che impediva alle farmacie di collazionare, a scopi di marketing, i dati relativi alle prescrizioni sulle ricette senza il consenso il medico. Questa legge è stata dichiarata incostituzionale, perché la conoscenza, anche la conoscenza del marketing, sarebbe protetta dal Primo Emendamento.

Uniti<sup>59</sup>, un po' alla maniera dell'uso del principio di precauzione con riferimento alla tutela dell'ambiente contro i danni associati agli organismi geneticamente modificati, e quindi con una logica protezionistica. Negli Stati Uniti, la privacy non è stata sostanzialmente normata anche a causa di una industria di riferimento, come quella del diritto di autore, in grado di combattere ad armi pari contro i giganti della Silicon Valley.

L'industria di riferimento della privacy, però, esiste ed è la democrazia, che ha bisogno di evitare che i dati dei cittadini possano essere utilizzati per manipolare il consenso, secondo quando sembra di poter capire dal caso Cambridge Analytica, o per condizionare l'esercizio della loro libertà, come accade quando si diffonde la sensazione della sorveglianza<sup>60</sup>.

Il web semantico trasforma i Big Data, i grandi insiemi di dati relativi agli aspetti più disparati della vita di una persona e immessi in rete dalla domotica di casa come dal telefono, dal computer o la carta di credito, in ontologie, istruzioni comprensibili da una macchina.

E' un'operazione in cui i dati (semplici informazioni relative alla vita di un individuo) sono collegati ad altri dati in insiemi sempre più grandi che poi vengono decodificati e trasformati in istruzioni.

Quest'attività, forse, non è esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, non è scambio di conoscenze per migliorare la comprensione della realtà. E' pensiero semantico, perché i big data sono significanti che la rete trasforma in significati, è creazione di un nuovo linguaggio che consente alle macchine di pensare. Non è semplicemente libertà di pensiero delle persone che elaborano i metadati e sviluppano le ontologie, perché i metadati e le ontologie non sono destinate a suscitare una discussione nel libero mercato delle idee, né a consentire l'esercizio consapevole dei diritti politici da parte dei cittadini, né a permettere la piena realizzazione della personalità del loro autore. Servono a cambiare la sostanza delle cose, in modi che stanno semplicemente apparendo ma che ancora non possono essere considerati del tutto chiari, ma che sicuramente possono essere considerati preoccupanti.

Per questa ragione, è ragionevole dubitare che "Data is speech", che l'elaborazione dei metadati e lo sviluppo delle ontologie sia libertà di manifestazione del pensiero. E' linguaggio, una nuova forma di semantica che permette alle macchine di "comprendere" la realtà, che va oltre le categorie di Barthes e Saussure.

L'invenzione di questo linguaggio (Alphabet, la holding che controlla Google e le altre società del gruppo non si chiama Alphabet per caso) ha bisogno di parametri costituzionali

---

<sup>59</sup> Chander A. e Lê U., *Free Speech*, Iowa Law Review, Vol. 100: 501 (2015), part. 519.

<sup>60</sup> In questi termini, CHANDER A., *Googling Freedom*, 99 CALIF. L. REV. 1, 10 (2011), che richiama il caso deciso dalla Corte Suprema nel quale si dubitava della legittimità costituzionale di un sistema di sorveglianza diffuso nei confronti di coloro che erano ostili all'impegno militare americano nel Vietnam (Laird v. Tatum, 408 U.S. 1, 10 (1972)). Nel suo dissenso, il giudice William O. Douglas ha scritto: *When an intelligence officer looks over every nonconformist's shoulder in the library, or walks invisibly by his side in a picket line, or infiltrates his club, the America once extolled as the voice of liberty heard around the world no longer is cast in the image which Jefferson and Madison designed, but more in the Russian image*. La dottrina degli Stati Uniti ha osservato che molto difficilmente i casi che riguardano la legittimità della sorveglianza preventiva arrivano a una pronuncia nel merito: MICHELMAN S., *Who Can Sue over Government Surveillance?*, 57 UCLA L. REV. 71 (2009).

completamente nuovi, capaci di andare oltre gli stilemi della libertà di manifestazione del pensiero e della privacy.

Nello sviluppo di questi parametri, occorre capire bene che cosa è “pensiero” nel significato *rivoluzionario* di questa parola, nel significato che ha per l’art. 21, Cost. e per il Primo Emendamento), “libero” perché connesso al discorso democratico, ma più ancora al principio personalista, perché non posso essere libero se non sono libero di pensare e di esprimermi, e che cosa è “data” nel senso più orwelliano di questa parola, perché capacità di organizzare le informazioni e i comportamenti in modo da condizionare il discorso democratico, riducendolo a un mercato, e da minare il principio personalista, entrando nelle pieghe del pensiero degli individui e condizionandolo.

Un primo rimedio quasi a portata di mano è la libertà dei codici, impedire che qualcuno si possa appropriare del segreto dei metadati e delle ontologie, far sì che metadati e ontologie, similmente alle strutture del linguaggio, possano continuare ad appartenere alla comunità.

La libertà dei codici consente a tutti gli sviluppatori di partecipare all’elaborazione di questo nuovo mondo, ma anche di rivelarlo e di consentirne la comprensione.

Non certo la pubblicità di terms & conditions che somigliano a bugiardini di medicinali o di prospetti di quotazione, nei quali la correttezza delle informazioni offerte è pari solo alla fatica di leggere.

Sicuramente non basta la libertà dei codici, sicuramente la libertà dei codici consente a chi ha il denaro per conquistare con le sue applicazioni una posizione dominante, di vincere. Ma ci si deve chiedere che cosa sarebbe successo se il diritto dei brevetti fosse nato prima della scrittura?

## 5. Provvisoriamente: conclusioni

Le conclusioni di queste pagine sono provvisorie, sono più che altro l’impegno di cercare il tempo di tornare su questi temi e di essere meno assertivo.

La prima cosa che viene da dire è che la rete vive di gratuità, ma ciò che è gratuito non è sempre un dono e se è un dono vuole comunque qualcosa in cambio, magari più di quello che si è ricevuto.

La gratuità della rete, il suo essere *free as in beer*, ha bisogno di essere approfondita e ricondotta ad equità, ma spiega molto bene il funzionamento dei social media, lo scambio fra gli utenti e gli intermediari funziona perché gli intermediari offrono dello spazio gratuito e acquistano perciò dei diritti sugli utenti che altrimenti non potrebbero avere.

Questa rete assomiglia al locale aperto al pubblico di cui si è parlato, un locale nel quale le persone parlano liberamente, ma nel quale il gestore interviene per reprimere chi parla a voce troppo alta o si esprime in maniera inappropriata.

Questa libertà di espressione non può prendere il posto dei mass media tradizionali, ma ci deve convivere: Facebook non può prendere il posto del New York Times, anche se (non più) i lettori del New York Times diminuissero e migrassero in massa su Facebook, per-



ché il discorso democratico ha bisogno non solo di chi si esprime liberamente ma anche di un giornalismo di qualità.

La seconda cosa che viene da dire è che è sempre più difficile distinguere fra governance delle piattaforme (*governance of platforms*) e governance da parte delle piattaforme (*governance by platforms*), che con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero le decisioni delle piattaforme, adottate dai loro responsabili legali, spesso sinceramente innamorati della libertà di pensiero ma altrettanto spesso costretti a tenere un occhio aperto sugli andamenti di borsa e sulle espressioni dei loro apparentemente amichevoli amministratori delegati, sono destinate ad avere un'importanza cruciale, simile alla mitologia di *NYT v. Sullivan*.

Ci possiamo fidare? A parte pochi e limitati casi, la sensibilità democratica della Silicon Valley e della rete in generale ha dato ottima prova di sé, ma la fiducia che questo possa funzionare anche in futuro ha tremato e si è quasi spenta, quando un "canadese vegano ed omosessuale" e di sinistra ha consentito a una forza conservatrice di interferire con il discorso democratico.

La terza cosa è che i social hanno bisogno di cittadinanza da parte degli utenti, che solo l'esercizio consapevole dei propri diritti, ma soprattutto delle proprie aspettative, dei propri bisogni di giustizia, può rendere la rete effettivamente democratica accompagnando una *collateral censorship* a una *collateral freedom*.

La quarta cosa che viene da sottolineare è la natura solo apparentemente extraterritoriale della rete: le società della rete sono costituite in uno Stato sovrano, quasi sempre gli Stati Uniti, e sono vincolate al rispetto delle regole di quello Stato sovrano, quasi sempre gli Stati Uniti. Il diritto della rete sembra immateriale e internazionale come il diritto del mare di Schmitt, ma nei momenti di crisi diventa molto terrestre e si muove con la crudeltà dei dazi in forma di sequestri e perdita dei dati<sup>61</sup>.

Le società che operano sulla rete si trovano spesso nella difficile posizione di coloro cui spetta il compito di tutelare i diritti costituzionali degli utenti che si sono affidati loro e possono non avere interesse a farlo, possono temere le conseguenze di un comportamento non remissivo nei confronti delle autorità o non vedere alcun vantaggio nel bilanciamento fra costi e vantaggi o addirittura essere costrette al silenzio da provvedimenti restrittivi della libertà di parola<sup>62</sup>.

Sono questioni che si allontanano dalla problematica delle fake news, o meglio la trasformano in due problemi diversi: il diritto di cronaca e quello di satira, che sono eguali sulla rete e fuori dalla rete, che parlano sempre di verosimiglianza e continenza e la capacità di

---

<sup>61</sup> I casi *Roadirecta* e *Megaupload* sono ripercorsi da Chander A. e Lê U., *Free Speech*, cit., 530 e ss., dove si osserva il funzionamento delle regole di diritto internazionale privato, ma soprattutto che tali regole hanno posto i titolari stranieri dei nomi a dominio nella totale soggezione della giurisdizione degli Stati Uniti e del loro Dipartimento di Giustizia.

<sup>62</sup> E' il sistema delle *national security letters* vedi. BALKIN J.M., *Old School v. New School*, cit., part. 2330; Id., *The Constitution in the National Surveillance State*, 93 MINN. L. REV. 1, 3 (2008); Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, 75 FORDHAM L. REV. 489 (2006).

soggetti in grado di conoscere il funzionamento profondo della rete di trasformare una notizia falsa in una “cascata”, nel senso di Sunstein, capace di interferire con il discorso democratico.

In tutte queste questioni, l'unica cosa davvero sicura è che oggi la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di espressione si svolgono sempre di più nella rete e che perciò la *Cyber law* è diventata essenzialmente e strutturalmente *speech law*.

Tuttavia la *Cyber law* non è solo diritto statale, non è solo diritto con cui gli Stati sono in grado di governare le piattaforme, è anche il diritto con cui le piattaforme regolano se stesse, sviluppando un diritto fatto di diritti transnazionali, fatto di intersezioni fra diritti e di progressive convergenze.

E questo diritto della libertà del pensiero è anche sorveglianza, censura privatizzata, costruzione di un linguaggio nuovo in cui la libertà di manifestazione del pensiero è anche delle macchine.

Un diritto in cui le suggestioni di Taddei Elmi sulla intelligenza artificiale diventano improvvisamente attuali e possono essere utilizzate per individuare uno status delle intelligenze artificiali in grado di contenerne l'uso attraverso il riconoscimento di diritti<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra valore e soggettività: fantadiritto o ius condendum?*, in *Il meritevole di tutela* (Studi per una ricerca coordinata da Luigi lombardi Vallauri), Giuffrè - Milano, 1990, pp.685 - -711.