



Roberto Borrello*

**Arte e rete digitale:
i social networks e le *policies* sulla “nudità”****

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. L’evoluzione del mondo della Rete digitale tra accesso, immissione, ricerca ed organizzazione dei contenuti di pensiero inseriti all’interno di essa. L’emergere dei c.d. Gatekeeper ed il ruolo dei Social Network. - 3. Il rapporto tra le varie figure di Internet Provider e i contenuti immessi in Rete: evoluzione e problematiche. L’esperienza europea e quella USA. Le tipologie di condizionamento dei contenuti: la c.d. censura de facto e la c.d. censura de jure, sostanziale e procedurale. - 4. Gli specifici profili problematici della c.d. censura de facto. Origini ed evoluzione- 5. I rapporti tra arte e Rete. La c.d. censura de facto e le opere d’arte. I Community Standards in materia. - 6. Il rapporto tra manifestazione del pensiero, arte e buon costume nell’ordinamento italiano. Il profilo specifico dell’oscenità in Rete. - 7. Gli interventi di moderazione nei confronti della “nudità”: il caso della foto della “Napalm Girl”. Le problematiche nascenti dalla indefinitezza dei criteri-8. La tutela della libertà di manifestazione del pensiero rispetto al potere di moderazione delle grandi piattaforme digitali: un quadro ancora incerto e frammentato di interventi tra USA ed Europa. Le decisioni del Tribunale di Roma su Casa Pound e Forza Nuova e quelle dei giudici francesi sul caso de “L’origine du monde” di Courbet- 9. Conclusioni: l’esigenza di un approccio universale rispetto ad un fenomeno globale.

1. Premessa

La nostra analisi prende le mosse dal fenomeno dell’attività di moderazione effettuata dai titolari dei *Social Networks* (d’ora in poi “*Social*”, mediante operatori umani o algoritmi (o sistemi misti), dei contenuti degli *account* dei propri utenti, in ordine alla loro conformità ad alcuni standards “comunitari”, aventi la connotazione di condizioni generali di utilizzo o *policies*.

È accaduto spesso, al riguardo, che l’inserzione, su una pagina di un *Social*, dell’immagine di un’opera d’arte caratterizzata dalla presenza di nudità, sia incorsa in tali procedure di verifica, che

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l’Università degli Studi di Siena

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Il presente articolo è destinato alla pubblicazione nel volume in corso di preparazione “Arte e censura. Aporie storiche e giuridiche” (a cura di P. MANIA e L. PRINCIPATO)

hanno dato luogo ad interventi sanzionatori nei confronti del titolare dell'*account*, che sono andati dalla rimozione coattiva del *post* fino alla sospensione dell'*account* stesso.

Il tema presuppone una preventiva delineazione dell'attuale collocazione giuridica, nel sistema della comunicazione, delle piattaforme digitali e delle problematiche di ordine generale che tale collocazione solleva.

2. L'evoluzione del mondo della Rete digitale tra accesso, immissione, ricerca ed organizzazione dei contenuti di pensiero inseriti all'interno di essa. L'emergere dei c.d. *Gatekeeper* ed il ruolo dei *Social Network*.

La Rete, come è noto, è caratterizzata, sulla base di una estrema esemplificazione, dalla presenza di una infrastruttura materiale avente dimensione planetaria, composta dai cavi e dalle apparecchiature elettroniche di interconnessione, intese a porre in collegamento tra loro una serie estremamente elevata di computer dislocati nel mondo, in grado di produrre e diffondere contenuti e di riceverli, sulla base di un protocollo comune di trasmissione (attualmente TCP/IP), in grado di operare a prescindere della natura e dalla struttura fisica delle reti interconnesse.

Tale complessa struttura materiale, articolata in varie sottoreti, consente la diffusione di contenuti di pensiero consistenti in scrittura, immagini, suoni, che viaggiano fisicamente sotto forma di impulsi elettronici basati sul linguaggio binario, i bit (circuiti aperti o chiusi), che divengono intellegibili, nella loro attitudine comunicativa, quando arrivano nei terminali dei vari utenti interconnessi. La possibilità di produrre contenuti e di immetterli in rete e, successivamente, di riceverli riguarda tutti i soggetti interconnessi a tale rete planetaria, dotati di idoneo terminale e di software avente la capacità di compiere tutte le operazioni che portano allo scambio del prodotto del pensiero, tra emittente e destinatario.

I momenti cruciali rispetto all'utilizzo del mezzo sono, quindi, rappresentati dall'interconnessione (accesso) alla rete e dalle attività intese, rispettivamente, ad immettere nella rete stessa manifestazioni del pensiero e ad acquisirne la conoscenza.

Quanto al primo profilo, appare innegabile che la possibilità di connettersi ad Internet è ormai ampiamente diffusa e si avvale di svariate modalità, che fanno anche a meno della presenza fisica di una rete cablata (Wi-Fi, satellite ecc.) e concernono anche dispositivi terminali mobili. I costi della connessione vanno, poi, sempre di più diminuendo, sia per quanto riguarda i terminali che la tipologia di permanenza in rete, che appare abbordabile ad amplissime platee di utenti anche nella forma illimitata (*flat*). Siamo in una logica che appare quasi simile a quella della *free television* (la televisione fruibile senza oneri di accesso apparenti, finanziata dalla pubblicità commerciale). In tale angolazione, sono emerse posizioni che sostengono con forza la necessità di riconoscere e garantire uno specifico diritto di accesso ad Internet, quale diritto fondamentale universale, *conditio sine qua non* per la effettività del principio del pluralismo informativo nella Rete in ordinamenti democratici¹,

¹ Vedi M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC* n. 3/2018, p. 390, che evidenzia l'imprescindibilità "di assicurare a tutti il diritto di accesso alla Rete e la capacità di esercitarlo in concreto". In generale vedi M. PETRANGELI (cur.), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli 2011. Sostengono la già sussistente vigenza di tale diritto in Italia quale "diritto sociale" T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 8 (dello stesso autore vedi anche *Libertà, egualità, internet*, Napoli, 2015, p. 13 e, da ultimo, *Internet tra libertà ed uguaglianza. Intervista a Tommaso*

ma anche presupposto, più in generale per la partecipazione alla vita democratica ed all'esercizio di altri diritti fondamentali².

Il secondo profilo, quello concernente l'immissione e l'accesso ai contenuti, appare più articolato e complesso.

Su un piano generale tale attività ha visto una rapida evoluzione, connessa all'aumento della capacità di immagazzinamento ed elaborazione dei dati ed allo sviluppo della c.d. intelligenza artificiale.

Si è passati, in tal modo, attraverso varie fasi, che hanno dato ciascuna una fisionomia tipica al mondo digitale. Si è partiti da uno schema iniziale (il c.d. Web 1.0) caratterizzato da un assetto di tipo orizzontale – contrapposto al modello verticale tipico dei *mass media*-- contraddistinto dalla sopra rilevata, tendenziale facilità fisica ed economica di accesso e dalla capacità di tutti gli utenti di potere, allo stesso tempo, con intercambiabilità abbastanza agevole di ruoli, costruire, diffondere, ricercare e ricevere contenuti. La mole sempre più sconfinata di contenuti immessi sulla rete ha costituito il presupposto per la seconda fase dell'evoluzione (Web 2.0), nell'ambito della quale sono emerse quelle figure, distinte rispetto al paradigma omogeneo, tipico della prima fase dell'*user-producer*, che si sono venute a configurare come prestatori di servizi non incidenti solo sull'accesso alla rete (*Internet provider*) e di fornitori di spazi fisici sul web (*hosting provider*), ma sui contenuti presenti in Rete.

Rispetto a tali contenuti tali soggetti hanno assunto la nota funzione di *gatekeeper*, che li vede come “guide” nello sterminato mondo dei dati presenti in rete ed intermediari tra coloro che costruiscono i contenuti e coloro che li ricercano³. In tal modo, da un lato, i contenuti vengono immessi in rete

Edoardo Frosini, in *Diritto, Mercato e Tecnologia* 10 febbraio 2020, www.dimt.it/index.php/it/notizie/18107-internet-tommaso-edoardo-frosini, sull'azione di blocco dell'accesso ad Internet da parte di alcuni regimi) e O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, in *Giur. It.* 2011, p. 1994. Fondamentali sono anche i contributi più recenti presenti nel volume M.R. ALLEGRI e G. D'IPPOLITO, (cur.), *Accesso a Internet e neutralità della Rete fra principi costituzionali e regole europee* - Atti del Convegno del 31 marzo 2017, Sapienza Università di Roma Dipartimento di Comunicazione e Ricerca Sociale, Aracne Editrice, Roma 2017. Da segnalare anche il dibattito sull'evoluzione della configurazione del diritto di accesso ad Internet da diritto di libertà ricondotto esclusivamente nell'area dell'art. 21 Cost. a diritto sociale, rispetto al quale è stata elaborata l'ipotesi di un art. 34 bis Cost. così formulato: “*Tutti hanno eguale diritto di accedere alla Rete internet, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla Rete Internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale*”. Tale formulazione è dovuta a Guido D'Ippolito (vedi, con ampi riferimenti, il contributo di tale studioso dal titolo *La proposta di un art. 34-bis della Costituzione*, in M.R. ALLEGRI e G. D'IPPOLITO (cur.), *Accesso a Internet e neutralità della Rete* ... cit., p. 65 e ss.) ed è stata oggetto di disegni di legge di revisione costituzionale ad iniziativa parlamentare, presentati nella XVII Leg. (A.S. n. 1561, firmatario l'on. Francesco Campanella, relatore on. Francesco Palermo e A. C. n. 2816), con primo firmatario l'on. Paolo Coppola) e reiterato nell'attuale XVIII (A.C. n. 1136, firmatari gli On. li Giuseppe d'Ippolito e Mirella Liuzzi). Per considerazioni critiche sulla configurabilità di un diritto d'accesso *de iure condito* nell'ordinamento italiano, vedi M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC* n. 4/2012 (16 ottobre 2012), p. 6 e ss. e ID, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino 2012, p. 90 e ss.

² Nell'ambito dell'esperienza francese, il Consiglio costituzionale con la dec. n. 2009-580 del 10 giugno 2009 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009580DC.htm>) ha ricondotto la possibilità di accedere alla rete all'art. 11 della *Declaration* del 1789 in quanto si ritiene sussistente “...l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique ...” e ciò implica “la liberté d'accéder à ces services” (per tali profili vedi O. POLLICINO, *Copyright*....., lc. cit. e A. VENANZONI, *Intersezioni costituzionali - Internet e Intelligenze Artificiali tra ordine spontaneo, natura delle cose digitale e garanzia dei diritti fondamentali*, in *Forum Quaderni costituzionali* (27 aprile 2018), p. 6, nota 17. Vedi sempre per la Francia, *Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 12 décembre 2019 relatif à l'accès à internet dans les lieux de privation de liberté*, in J.O. n. 21 del 6 febbraio 2020, sul diritto di accesso per le persone sottoposte a misure detentive.

³ Vedi per una sintetica ma efficace ricostruzione G. PITRUZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *mediaLaws.it*, fasc. n. 1/2018 p. 23 e ss. e, da ultimo, V. PAMPANIN, *Strumenti di regolazione a garanzia del mercato pluralistico dell'informazione*

in modo nativo nella c.d. forma editoriale tradizionale e, dall'altro essi sono oggetto dell'attività di acquisizione e redistribuzione effettuata da queste piattaforme specializzate, mediante algoritmi che "sondano" le immense praterie della Rete consentendo all'utente di acquisire le informazioni che sta ricercando⁴.

Il regno della diretta espressione e della altrettanto immediata recezione del pensiero, che poneva in teoria i soggetti coinvolti, per come detto, nel mitico assetto dialogico-orizzontale di una moderna *agorà* globale⁵, è stato, sulla base della descritta evoluzione, gradualmente, offuscato da una serie di ben noti fattori negativi, tra i quali la tendenza alla chiusura degli utenti nelle bolle e alla polarizzazione delle opinioni, il fenomeno delle *fake news* ed in particolare della loro capillare e sistematica diffusione anche mediante la creazione di falsi profili (come nel caso del *Russiagate*), l'utilizzo fraudolento di dati personali connessi all'uso delle piattaforme per profilazioni e conseguenziale condizionamento mirato di utenti (elettori, nel caso *Cambridge Analytica*), gli scarsi margini di effettiva partecipazione degli utenti alla vita della rete, ridotta a semplici *like* o il fenomeno della intimidazione verso gli utenti (c.d. *Trolls*)⁶.

online, in G. AVANZINI, G. MATUCCI, L. MUSSELLI (cur.), *Informazione e media nell'era digitale*, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano 2020, p. 399 e ss

⁴ Per un approfondimento della distinzione tra modello editoriale e modello algoritmico vedi O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *MediaLaws.eu*, fasc. n.3/2019, 20 novembre 2019, p. 94 e 116.

⁵ Vedi A. NICITA, *Libertà d'espressione e pluralismo 2.0: i nuovi dilemmi*, in *MediaLaws.eu*, fasc. n.1/2019, 10 marzo 2019, p. 315. Come è noto, è questa la posizione formatasi nel contesto dell'ordinamento statunitense, sulla base della dottrina della sentenza *Reno vs. American Civil Liberties Union*, 521 US.844 (1997), che afferma: "...Through the use of web pages, mail exploders, and newsgroups, the same individual can become pamphleteer..." (par.V, p. 869). La Corte ebbe ad esaltare l'attitudine di Internet quale luogo di realizzazione di un "*new marketplace of ideas*" (par. XI, p. 885, riecheggiante la ben nota espressione usata nella *dissenting opinion* del Justice Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)), trattandosi di mezzo di espressione del pensiero "... not "invasive" as radio or television ..." (*Reno vs. American Civil Liberties Union*, loc. cit.) e quindi non necessitante della complessa regolazione propria di quei Media (sul punto vedi O. POLLICINO e A. MORELLI, *Le metafore della rete. linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC on line*, fasc. n. 1/2018, ora anche in *American Journal of Comparative Law*, 2020, disponibile on line su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3422946>, con il titolo *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*). L'approccio europeo alla tematica vede, come è noto, il riconoscimento alla Rete della capacità di consentire, in modo più ampio del media tradizionali, un massivo e agevole accesso alle notizie e alla diffusione dell'informazione (vedi la sentenza Corte EDU *Kablis vs. Russia* (9 settembre 2019), <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-192769>), ma nel contempo una particolare attenzione verso la possibile minaccia per altri diritti fondamentali e la necessità di salvaguardarli proprio a fronte di tale capacità espansiva (vedi sempre Corte EDU sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtetel c. Ucraina*, 5 maggio 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104685> e, sul punto ancora O. POLLICINO e A. MORELLI, *Le metafore della rete...* cit., p. 21 e ss.)

⁶ Sull'argomento la letteratura si sta gradualmente ampliando: vedi, tra gli altri G. PITRUZZELLA, *La libertà d'informazione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S.QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017, cap. II; ancora M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo...* cit., p. 22 e ss., p. 390; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *Rivista AIC*, p. 6 e ss.; E. GARZONIO, *Responsabilità degli ISP rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali con finalità di comunicazione politica: applicabilità del GDPR alle piattaforme social*, in *MediaLaws.eu*, fasc. n.3/2019, 23 luglio 2019; R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *MediaLaws.eu*, fasc. n. 1/2020, 16 marzo 2020, <http://www.medialaws.eu/rivista/la-tutela-del-pluralismo-informativo-nelle-piattaforme-online/>; M. BETZU e M. DEMURO, *I Big Data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, ivi, 16 marzo 2020, <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2020/03/1-2020-Betzu-Demuro>. Vedi anche, più in generale, *Partecipazione politica e digitale-II libro bianco*, (a cura dell'Associazione dei Copernicani), *opensource* reperibile alla pagina web https://copernicani.it/Libro_bianco/, spec. il capitolo II *Internet, Politica e Democrazia*. Vedi anche la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni Securing free and fair European elections* (COM(2018) 637), dove si osserva che, da un lato, "... online communication has reduced the barriers and costs for political actors to interact with citizens and offers great opportunities", ma che nel contempo "it has equally increased the possibilities for malicious actors to target the democratic debate and electoral processes".

L'essere umano, in tal modo, come è stato efficacemente evidenziato dal filosofo Luciano Floridi, diviene una *human interface* tra determinati soggetti e determinate utilità (denaro, dati personali, consenso, voti)⁷.

In tale complesso e fortemente problematico contesto generale hanno un importante ruolo i più volte menzionati *Social*, che, notoriamente, “consentono agli utenti di costruire un profilo pubblico o semi-pubblico all'interno di un sistema predefinito, creando una propria rete di contatti (tra gli utenti collegati e iscritti alla medesima piattaforma), nonché di visualizzare e scorrere liste di utenti presenti negli altri profili”⁸.

La caratteristica di tali piattaforme (essenzialmente Facebook, Instagram e con caratterizzazioni ibride anche di messaggistica, Twitter) è, quindi, quella di mettere a disposizione degli utenti degli spazi virtuali, la cui caratteristica, a differenza del tradizionale web, è quella di essere contenuti all'interno di una rete, di una vera e propria comunità interconnessa, nell'ambito della quale vi è una interattività tra gli spazi di ciascun utente, i cui contenuti possono essere resi visibili agli appartenenti alla comunità stessa secondo vari livelli di interazione e di scambio. Inoltre, gli spazi degli utenti sono permeabili ai *posts* di vario contenuto, anche notiziale, che vengono creati dai componenti della comunità e che sono inseriti in una apposita pagina (*news feed* o “bacheca”), presente in ogni profilo, mediante l'ausilio di algoritmi, creati e gestiti in via esclusiva e riservata dai titolari delle piattaforme⁹.

La posizione di questi ultimi in ordine a tali contenuti, è, come si anticipava più sopra, più evoluta rispetto a quella dei comuni *Internet Service Provider*, in quanto non vi è una mera attività di facilitazione della pubblicazione dei contenuti, ma vi è anche una attività di organizzazione dei medesimi (sia pure *ab externo*) incidente sul loro modo di circolare all'interno della comunità *Social* e che giunge (ed è questo il profilo che in questa sede appare importante, per quanto più sopra si osservava) fino ad un controllo effettuato sui contenuti in questione, rispetto ad una serie di regole unilateralmente disposte dai titolari delle piattaforme¹⁰.

Ciò a cui si è assistito è stato quindi, da un lato, una tendenza oligopolistica da parte delle piattaforme *Social* sul web, con l'assunzione in buona sostanza da parte di esse di una posizione dominante e, dall'altro, lo sviluppo, per come detto, del fenomeno del controllo dei contenuti presenti nei profili degli utenti, secondo un modello che è stato assimilato ad una sorta di censura “privata” o “collaterale”, che si affianca a quello tradizionale pubblico¹¹.

⁷ L. FLORIDI, *Marketing as Control of Human Interfaces and Its Political Exploitation*, in *Philosophy & Technology*, 10 agosto 2019, <https://doi.org/10.1007/s13347-019-00374-7>, par.2.

⁸ Rapporto AGcom, *Big data - Interim Report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n.217/17/CONS*, 8 giugno 2018, www.agcom.it, p.27, su cui vedi ancora O. GRANDINETTI, op. ult. cit., p. 94.

⁹ Su cui vedi G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws.eu*, 1/2018, <http://www.medialaws.eu/rivista/la-liberta-di-informazione-nellera-di-internet/>, p.27.

¹⁰ Vedi per tale ricostruzione, G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?* in *Rivista AIC on line*, fasc. n. 4/2018, p. 204 e ss.

¹¹ Su tali aspetti vedi in generale C. S. LEBERKNIGHT, F. WONG, M. CHIANG e H. V. POOR, *A Taxonomy of Internet Censorship and Anti-Censorship*, in www.princeton.edu, 31 dicembre 2010, <http://www.princeton.edu/~chiangm/anticensorship.pdf>. Sul tema specifico vedi G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete...cit.*, p. 210 e ss.; M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà di espressione ed i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, fasc. n. 1/2019, p. 35 e ss.; P. BIANCHI, *Pieszczyk e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Giurcost.org*, 10 febbraio 2020, http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/bianchi_scrittiCostanzo.pdf; M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea (Code of practice on disinformation)*, in *Federalismi.it*, 24 aprile 2020, *focus* n. 11, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42125.

3. Il rapporto tra le varie figure di *Internet Provider* e i contenuti immessi in Rete: evoluzione e problematiche. L'esperienza europea e quella USA. Le tipologie di condizionamento dei contenuti: la c.d. censura *de facto* e la c.d. censura *de jure*, sostanziale e procedurale.

Il fenomeno del controllo sui contenuti immessi dagli utenti, esercitato nell'ambito dei *Social* si è venuto a sviluppare, in una certa misura, secondo la logica del noto principio filosofico della eterogenesi dei fini, nel senso che tale controllo ha rappresentato, in partenza, un comportamento necessario, imposto direttamente od indirettamente (come meglio si preciserà tra breve) dalla legge, nell'ottica della definizione del grado di responsabilità configurabile per i titolari delle piattaforme in ordine alle varie ipotesi di illecito scaturenti da quei contenuti stessi. È accaduto, invece, che nel suo sviluppo, tale attività sembra avere, sottilmente e cripticamente, assunto le connotazioni di un vero e proprio potere, sia pure di natura privata, alla base del quale possono essere assunte finalità di vario genere, da quelle di natura schiettamente economica, a quelle ideologiche¹².

Lo schema ordinario e storicamente consolidato della implementazione dei limiti alla manifestazione del pensiero, sul piano della attribuzione di responsabilità relativa alla violazione dei limiti stessi, possiede una connotazione lineare, nella misura in cui si individua un immediato, simmetrico e continuativo nesso di derivazione tra autore e contenuto di pensiero, manifestato e diffuso. Con la nascita dei mezzi di comunicazione di massa (specie quelli più strutturati, organizzativamente e funzionalmente: ovviamente stampa e radiotelevisione per primi) la creazione dei contenuti nasce dalla sinergia di più soggetti¹³ e si è, quindi, sviluppato un modello di responsabilità più complesso, che vede il coinvolgimento, in una logica essenzialmente di intervento *ex post*, anche di soggetti diversi dall'autore diretto (ad es. il direttore responsabile¹⁴). Tale prospettiva, tuttavia, vede, sia pure nella diversità dei ruoli (diretta predisposizione, indirizzo editoriale, controllo), una convergenza di azioni teleologicamente ed omogeneamente protese alla creazione di contenuti di pensiero, quale univoco processo produttivo culturale¹⁵.

¹² Vedi, da ultimo, M. MANETTI, *I nuovi diritti nascenti dal mercato: illusioni e delusioni*, contributo compreso nella sezione dedicata all'Omaggio al Prof. Pace, in *Giur.cost.* 2019, p. 3386.

¹³ Secondo la classica ricostruzione di A. PACE, *Comunicazioni di massa* (diritto), *ad vocem*, in *Enc. Sc. Soc. Treccani*, Roma 1992, II, p. 171 e ss., ora anche on line: http://www.treccani.it/enciclopedia/comunicazioni-di-massa_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/ (vedi anche ID, *La libertà di manifestazione del pensiero come valore. La disciplina dei mezzi di diffusione*, in A. PACE e M. MANETTI, *Rapporti civili: art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, vol. XXXIV, Zanichelli e Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma 2006, p. 528 e ss.), il quale evidenzia (vedi par.1) come nei mezzi di comunicazione di massa “il soggetto emittente non è mai una persona singola ma un'organizzazione sociale di rilevanti dimensioni, ancorché il compito di esternare il messaggio sia affidato a singoli individui” e che “soltanto una complessa organizzazione specializzata, costituita da un'impresa con un elevatissimo numero di addetti con competenze diversificate e dotata di rilevanti mezzi tecnici e finanziari, può gestire un mezzo di comunicazione di massa”.

¹⁴ Il Direttore responsabile, in base all'art. 3 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (così come interpretato in modo conforme all'art. 27 Cost., da Corte cost., sent. n. 3 del 1956 in relazione all'art. 57, n. 1 C.P.) risponde, come è ben noto, per l'omissione degli obblighi di vigilanza e controllo sui contenuti pubblicati (vedi A. PACE e M. MANETTI, *Rapporti civili: art. 21...cit.*, p. 465, nota 112).

¹⁵ Cfr. A. PACE, *Comunicazioni di massa...cit.*, loc. ult. cit. e M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws* n.3/2018, p. 52, nota 24.

La posizione delle piattaforme digitali in esame appare invece molto più complessa e per certi versi poco lineare nella prospettiva della responsabilità rispetto ai contenuti di pensiero¹⁶.

L'approccio regolativo adottato nell'Unione Europea, ad esempio, si basa sulla supposta circostanza che i fornitori di servizi operanti in Rete non inciderebbero sui contenuti delle informazioni trattate nella varia tipologia delle attività espletate (mero trasporto- *mere conduit*, memorizzazione temporanea-*caching* e memorizzazione effettuata su richiesta del destinatario del servizio-*hosting*). Per tali tre categorie di *Internet Service Provider* è stata esclusa la responsabilità per i contenuti immessi dagli utenti, essendo esonerati da “un obbligo generale di sorveglianza” sulle informazioni trasmesse o memorizzate e, parimenti, da un “obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”¹⁷. Solo quando le tre tipologie di attività siano svolte con modalità tali da incidere sui contenuti, viene meno l'esenzione di responsabilità per l'operatore¹⁸.

Particolarmente importante è, in tale angolazione, la fattispecie dell'*hosting provider* che può invocare l'esenzione quando risulti che: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e b) per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione¹⁹. Inoltre, lo stesso prestatore di servizi di *hosting*, sempre per essere esente da responsabilità, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso²⁰. La Direttiva lascia, comunque, liberi i legislatori degli Stati membri di imporre loro l'obbligo di informare la pubblica autorità circa presunte attività comunicative illecite compiute dai destinatari dei loro servizi, nonché l'obbligo di comunicare all'autorità competente che ne faccia richiesta le informazioni indispensabili all'identificazione dei destinatari dei loro servizi²¹.

Alla stessa logica, basata sulla separazione tra la funzione di gestore della piattaforma e le attività che su di essa si svolgono²², appare ispirata la normativa in vigore negli USA, che prevede, sulla base dell'art. 230 del titolo V del *Telecommunications Act of 1996* (denominato *Communications Decency Act* (CDA)), il principio generale secondo il quale “No provider or user of an interactive computer

¹⁶ Vedi sul tema, con riferimenti ulteriori, S. SICA e G. GIANNONE CODIGLIONE *I social network sites e il “labirinto” delle responsabilità*, in *Giur. Mer.* 2012, p. 2714 e ss. (spec. p. 2727 e nota 58); nonché M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in M. MANETTI e R. BORRELLO, *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena 2019, p. 24 e ss..

¹⁷ Vedi in tal senso la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo (specialmente il n. 42 dei Considerando) e del Consiglio del 8 giugno 2000, attuata in Italia mediante il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 e specificamente, di quest'ultimo, l'art. 17 comma 1 (sul tema vedi S. SEMINARA, *La diffamazione e le responsabilità penali sul web*, in G. AVANZINI, G. MATUCCI, L. MUSSELLI (cur.), *Informazione e media nell'era digitale...*cit., p. 67 e ss.; P. BIANCHI, *Pieszczyk e l'Independent Oversight Board di FB...*cit.; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici online?*, in *Media Laws.eu*, fasc. n. 1/2017, p. 101 e ss. Sul profilo più generale, a monte, della c.d. *Net neutrality*, di cui al Regolamento UE 2015/2120, vedi, da ultimo, la sentenza della CGUE n. 807 del 15 settembre 2020 nelle cause riunite C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország Zrt contro Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke*, reperibile alla pagina web: www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=231042&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5534554.

¹⁸ Vedi le fattispecie di cui agli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 cit.

¹⁹ Art. 16 cit., comma 1 lett.a).

²⁰ Disp. ult. cit., lett.b).

²¹ Art. 15 comma 2 della Direttiva 2000/31/CE cit.. Sul punto vedi P.CARETTI e A.CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 260 e ss.

²² P. BIANCHI, *Pieszczyk e l'Independent Oversight Board di FB...*cit., p.2.

service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider”.

Tale assetto regolativo si è evoluto, nel suo complesso, a partire dagli inizi del nuovo millennio -in relazione alla tendenza sopra evidenziata ad una accentuazione della capacità di influenza e condizionamento dei contenuti informativi da parte delle piattaforme online, in una logica definita di *hosting* attivo²³- verso un maggiore coinvolgimento, spontaneo o indotto, delle piattaforme stesse nell’ambito dell’intervento repressivo verso il contenuto illecito²⁴.

Tale coinvolgimento è venuto ad affiancarsi a moduli di intervento di tipo tradizionale, gestiti direttamente ed interamente da autorità pubbliche²⁵, che hanno riguardato specifici settori, come quelli delle *fake news*, nell’ambito della disciplina della comunicazione politica²⁶.

Da un lato, in tale prospettiva, si è assistito all’attivazione di autonome iniziative da parte di tali piattaforme (denominate “censura *de facto*”) e, dall’altro, a forme di avvalimento delle piattaforme stesse da parte degli ordinamenti, sulla base di una tipologia di censura “delegata”, definita *de jure*, avente due varianti: quella funzionale e quella sostanziale²⁷.

La c.d. censura *de jure* funzionale prevede un ruolo per la piattaforma di mero esecutore rispetto ad un processo valutativo procedimentalizzato, collocato a monte e operato da soggetti pubblici (giudici ed amministrazioni)²⁸. La c.d. censura *de jure* sostanziale comporta, invece, l’attribuzione

²³ Distinzione risalente alla Corte di Giustizia UE, grande sez., sentenza *Louis Vuitton c. Google France* del 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08 (cfr. anche ID., 12 luglio 2011, causa C-324/09, L’Oréal). Sul punto vedi ancora P. CARETTI e A. CARDONE, *Diritto dell’informazione*...cit., p. 258.

²⁴ Vedi per profili di ordine generale M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*...cit. (in *MediaLaws.eu* cit.), p. 51 e ss.

²⁵ Ovviamente la censura pubblica diretta e preventiva su contenuti di pensiero presenti sulla Rete è tipica delle forme di Stato autoritarie ed è caratterizzata, come è noto, spesso da forme di oscuramento di siti o di *account* presso piattaforme (vedi C. S. LEBERKNIGHT, F. WONG, M. CHIANG e H. V. POOR, *A Taxonomy of Internet Censorship*...cit., p. 3 e ss. ed il Rapporto UNESCO *World Trends in GLOBAL REPORT 2017/2018. Freedom of Expression and Media Development*, Parigi, 2018, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261065>, p. 40 e ss. Vedi su tali profili E.LEHNER, *Fake news e democrazia*, in M. MANETTI e R. BORRELLO, *Il diritto dell’informazione. Temi e problemi*...cit., p. 63 e ss. I modelli a cui si fa riferimento nel testo sono, invece, collocati nel quadro della forma di Stato di democrazia pluralista e sono caratterizzati da forme di intervento pubblico incidenti su aree specifiche e sensibili (vedi nota seguente).

²⁶ Vedi, per l’esperienza francese, la *loi* n. 2018-1202 del 22 dicembre 2018 *relative à la lutte contre la manipulation de l’information*, estesa con la legge organica n. 1201 in pari data alle elezioni presidenziali, che prevede un controllo giudiziario diretto, in base a parametri in verità evanescenti, di tale tipologia di notizie diffuse online. Tale normativa stabilisce, tra l’altro (art. 1) che nel periodo elettorale, quando sono divulgate accuse o imputazioni imprecise o fuorvianti di un fatto, che alterano l’autenticità (*sincérité*) del voto, deliberatamente, artificialmente o automaticamente e in modo massiccio attraverso un servizio di comunicazione pubblica online, è attribuita la possibilità di esperire un’azione giurisdizionale (al pubblico ministero, ai candidati, a tutti i movimenti politici che partecipano al voto o a qualsiasi persona che abbia un interesse ad agire), intesa all’ottenimento di tutte le misure proporzionate e necessarie, contro le piattaforme online, per fermare la diffusione. Il giudice si pronuncia entro 48 ore sul ricorso; in caso di appello sempre entro 48 ore dalla domanda (sul tema vedi C. MAGNANI, *Libertà d’informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forumcostituzionale.it*, 4 aprile 2019, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/04/magnani.pdf>; E.LEHNER, *Fake news e democrazia*...cit., p. 65 e ss.; M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura*...cit., p. 297 e ss.

²⁷ Per tale tassonomia vedi M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms*...cit., p. 37 e ss.

²⁸ Ivi, p. 39. Nel nostro ordinamento ad es. troviamo la normativa in materia di siti pedopornografici (art. 14-bis della legge 3 agosto 1998, n. 269, introdotto con legge 6 febbraio 2006, n. 36) che prevede l’attività di un Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet, presso il Ministero dell’Interno, che provvede, sulla base di segnalazione da parte di soggetti pubblici e privati e ferme restando le iniziative e le determinazioni dell’autorità giudiziaria, all’inserimento, in caso di riscontro positivo, di siti aventi tali connotazioni, nonché dei nominativi dei gestori e dei beneficiari dei relativi pagamenti, in un elenco costantemente aggiornato. I vari *providers* devono adottare appositi strumenti di filtraggio e relative soluzioni tecnologiche (conformi ai requisiti individuati con decreto del Ministro delle comunicazioni, di concerto con il Ministro per l’innovazione e le tecnologie e sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei fornitori di connettività della rete Internet) per impedire l’accesso ai siti inclusi nell’elenco (art. 14-quater della legge n. 269 del 1998). Per ulteriori

alla piattaforma on-line, da parte della legge o di *soft law* dalla legge stessa abilitato, di un ruolo diretto di valutazione-bilanciamento rispetto ai valori-principi di rango costituzionale o aventi connotazioni di diritti umani alla stregua di carte internazionali o sovranazionali, che vengono in considerazione in vari ambiti. Tale meccanismo si rinviene a livello nazionale, ad esempio, in materia di repressione del cyberbullismo in base alla legge 29 maggio 2017 n. 71, che prevede che i soggetti legittimati (minori, genitori ecc.) possano indirizzare al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del *Social* un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore, diffuso nella rete Internet²⁹ e che il titolare della piattaforma, in buona sostanza, valuti se i comportamenti denunciati integrino le ipotesi di cyberbullismo individuate nell'art. 1 comma 2 della stessa legge³⁰.

4. Gli specifici profili problematici della c.d. censura *de facto*. Origini ed evoluzione.

L'ambito che presenta i profili problematici più accentuati è, dal canto suo, quello della censura *de facto*, che è anche quello che appare rilevante ai fini dell'analisi della fattispecie oggetto della nostra attenzione e cioè quella degli interventi di moderazione sulle opere d'arte contenenti nudità.

Il fenomeno è nato nel contesto statunitense dove, da subito, le piattaforme on line e soprattutto i *Social* hanno predisposto autonomamente ed unilateralmente criteri per stabilire la liceità o meno, rispetto a taluni parametri, dei contenuti immessi dai propri utenti, provvedendo, in modo altrettanto autonomo ed unilaterale, ad agire sugli *account*, in una logica contrattuale di sanzione dell'inadempimento da parte dell'utente stesso di condizioni di utilizzo che gli vengono rese note preventivamente³¹.

Il fenomeno appare correlato alla logica del più sopra menzionato art. 230 CDA del 1996, che, nel momento stesso in cui esonera da responsabilità chi si limita a fornire gli strumenti necessari per manifestare la propria libertà di espressione sulla Rete, nello stesso tempo “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”³². In tal modo, le varie piattaforme *Social*

esempi (siti terroristici, siti di scommesse privi di autorizzazione ecc.), vedi M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...* cit., pp. 39-40.

²⁹ Art. 2 comma 1 della legge n. 71 del 2017. Solo in caso di mancato intervento della piattaforma, è prevista l'azione del Garante per la protezione dei dati personali. Sulla stessa linea appare anche il modello tedesco diviso dalla *Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG* del 30 giugno 2017, su cui vedi C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza?* ...cit., p. 13 ess., con alla nota 64 ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁰ Vedi sul punto, ancora M. MONTI, op. ult. cit., p. 40 e ss. con indicazioni anche di modelli di delega censoria prefigurati da Codici deontologici di origine eurounitaria (ad es. in materia di *Hate Speech (Code of conduct on countering illegal hate speech online* del 30 giugno 2016 o sulle *Fake News (Code of Practice on Disinformation* del 26 settembre 2018)): su tali aspetti vedi specificamente M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura...* cit., p. 291 e ss., con riferimento, da ultimo, anche alla problematica sollevata dalla recente decisione della Corte di Giustizia UE, *Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, C-18/18 sulla rimozione di contenuti identici ad altro già rimosso (ivi, p.300). Su tale sentenza vedi anche O. POLLICINO, *L'“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, fasc.n. 19/2019 e P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB* ... cit., p.4.

³¹ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...* cit. 37 e s.

³² , G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione...* cit., p. 213, il quale, a p. 211 cita M. L. MUELLER, *Hyper-transparency and social control: Social media as magnets for regulation*, in *Telecommunications Policy*, 39 (9), 804-810, 2015, che vede nell'art. 230 CDA due disposizioni. La prima, conferisce l'immunità all'intermediario che può dimostrare di non avere in alcun modo interferito con la libertà di espressione del proprio utente: nella misura in cui

stabiliscono discrezionalmente e preventivamente quali contenuti sono ammissibili sugli spazi messi a disposizione degli utenti e chiedono agli utenti di collaborare con loro nella individuazione dei contenuti che non rispettano queste linee guida³³.

Tali regole di “moderazione” sono state oggetto di un attento studio, che ha evidenziato come sono quattro le categorie di fattori che ne condizionano la loro stesura³⁴: a) la filosofia aziendale (connessa alla tipologia di prodotto ed ai valori condivisi); b) la adesione a normative di singoli stati od ordinamenti sovranazionali a cui la piattaforma volontariamente o per insuperabile forma di condizionamento si sottopone; c) la massimizzazione del profitto, stante la natura imprenditoriale delle piattaforme stesse; d) le pressioni che provengono dal mondo dell’utenza o in generale dalla collettività, esercitate nella forma di azioni di protesta promosse da singoli o di aggregazioni di varia entità.

Tale composito e problematico retroterra delle regole di moderazione, appare come un profilo estremamente critico della censura *de facto*, e cioè l’utilizzo da parte di chi valuta il contenuto di pensiero di parametri stabiliti in forma unilaterale e discrezionale, espressivi di ideologie sottese e non trasparenti³⁵, con la tendenziale possibilità di discostarsi a proprio piacimento, in *peius* o in *melius* rispetto ai livelli di garanzia (ed ai correlativi limiti) assicurati dai vari ordinamenti, nazionali, sovranazionali ed internazionali a situazioni giuridiche soggettive connesse alla manifestazione del pensiero.

Si è così assistito, ad esempio, a fenomeni come la rimozione da parte di You Tube di video relativi a pestaggi di attivisti egiziani dissidenti e, allo stesso tempo, il mantenimento del video dell’esecuzione di Saddam Hussein, entrambi in astratto egualmente contrari agli standard relativi alle manifestazioni di violenza³⁶.

Sotto tale punto di vista, accade spesso che la sopra rilevata logica di tipo commerciale che caratterizza l’operato dei *Social*, porti alla valutazione della opportunità di evitare contenuti che urtino la suscettibilità di regimi autoritari o criptoautoritari, finendo per standardizzare in via assoluta un certo criterio selettivo (ad es. la censura su contenuti inneggianti al PKK, notoriamente riguardanti il contesto turco), in assenza di meccanismi di *geoblocking*, come avviene per Facebook³⁷.

Per chiudere tali profili generali, vanno brevemente evidenziati quali sono i meccanismi previsti per l’applicazione di tali regole. Tali meccanismi, aventi i connotati sostanziali di *arcani imperii* e, quindi, accuratamente celati al pubblico nel corso del tempo, hanno iniziato di recente ad essere svelati, sia pure con molta circospezione. In particolare, il 24 aprile 2018 Monika Bickert,

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. La seconda 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.

³³ L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione...* cit. 213.

³⁴ B. SANDLER, *Freedom of expression in the age of online platforms: the promise and pitfalls of a human rights-based approach to content moderation*, in *Fordham’s International Law Journal* 2020, vol. 43, p. 948 e ss., disponibile alla pagina web <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol43/iss4/3>.

³⁵ Vedi in tal senso i profili critici messi in luce da J. M. BALKIN, *Fixing Social Media’s Grand Bargain*, in *Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, Aegis Series, Paper n. 1814* (16 ottobre 2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266942, spec. p.8 e ss.

³⁶ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...* cit, lc. ult. cit.

³⁷ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...* cit, p. 38.

Vicepresidente del *Global Policy Management* di Facebook ha pubblicizzato sul *Social* un intervento dal titolo *Our Internal Enforcement Guidelines and Expanding Our Appeals Process*³⁸.

In tale intervento è stato specificato che, per una migliore comprensione degli *Standards* di Facebook, definito luogo sicuro, ma anche sede di libera espressione e discussione di diversi punti di vista, appariva opportuno fornire la conoscenza delle *Internal Guidelines* usate per applicare tali *Standards*. Inoltre, si annunciava l'introduzione di una sorta di ricorso "gerarchico" contro le decisioni prese nei confronti dei *post* individuali, svelandosi allo stesso tempo che esiste un Team per l'elaborazione dei *Community Standards* dislocato in undici uffici su base mondiale e composto da esperti nelle varie materie, provenienti da vari settori professionali (accademia, magistratura, organizzazioni non governative, avvocati). Viene anche spiegato che l'identificazione delle violazioni viene effettuata utilizzando una combinazione tra intelligenza artificiale e le segnalazioni degli utenti, quest'ultime valutate da un *Community Operations Team*, all'opera sette giorni su sette e 24 ore su 24, composto da 7500 persone.

Tra le materie oggetto del ricorso "gerarchico", non ancora a carattere universale, risultano comprese quella della *nudity / sexual activity*, dell'*hate speech* e della *graphic violence*.

La possibilità di rivalutazione della questione viene già indicata nel messaggio con cui Facebook comunica la rimozione di foto, video e *posts* e tale rivalutazione viene effettuata entro 24 ore da un singolo revisore, con immediato ripristino dei contenuti, in caso di rilevamento di errori.

5. I rapporti tra arte e Rete. La c.d. censura *de facto* e le opere d'arte. I *Community Standards* in materia.

In linea generale, il rapporto tra arte e Rete appare estremamente virtuoso, in quanto viene data a tutti gli artisti, anche a quelli meno conosciuti e che non sono in grado di accedere ai canali tradizionali di diffusione, la possibilità di far conoscere le proprie creazioni ad una platea vastissima di persone³⁹. Inoltre, le istituzioni museali, mediante la Rete, sono in grado di far conoscere ad un pubblico vastissimo le opere in essi esposte e promuovere manifestazioni e mostre con altrettanta efficacia⁴⁰. Più di recente è, addirittura, scaturito il fenomeno della c.d. *Internet Art*, nell'ambito della quale le opere sono, per così dire, native digitali, in quanto vengono create, come è stato rilevato, "con e per la rete", essendo Internet, in tal caso, "simultaneamente strumento di creazione e mezzo di diffusione"⁴¹.

Il fenomeno della c.d. censura delle opere d'arte in Rete, appare, quindi, sulla base delle premesse generali sopra delineate, un fenomeno che si innesta, con effetti non virtuosi, sui sopra evidenziati processi virtuosi.

³⁸ <https://about.fb.com/news/2018/04/comprehensive-community-standards/>

³⁹ Come viene ricordato, in premessa, nella lettera aperta inviata al Capo dell'Area *Global Policy Management* di Facebook dalla *National Coalition Against Censorship* in data 2 giugno 2019, https://ncac.scdn6.secure.raxcdn.com/wp-content/uploads/2019/05/NCAC_Letter_to_Facebook_6.2.2019.pdf

⁴⁰ Ivi.

⁴¹ Così E. G. ROSSI, voce "*Internet Art*" in Enc. It., IX, Appendice (2015), http://www.treccani.it/enciclopedia/internet-art_%28Enciclopedia-Italiana%29/.

Normalmente essa riguarda prodotti già esistenti materialmente (con diverse connotazioni fisiche) nel mondo “analogico” (dipinti, sculture, fotografie, componimenti letterari, film ecc.) che vengono riprodotti in formato digitale, divenendo contenuto integrante del contenuto di pensiero espresso on line.

L'intervento della piattaforma digitale sulle opere artistiche si basa, come si anticipava nel precedente paragrafo, sull'applicazione delle regole, da esse stesse stabilite, sui contenuti che possono essere inseriti negli spazi messi a disposizione delle varie categorie di utenti, la cui violazione comporta la sospensione o rimozione degli *account* e l'oscuramento delle immagini.

Le fattispecie che si sono verificate sono state molteplici in tal senso ed hanno riguardato un periodo compreso tra gli inizi della seconda metà del primo decennio del XXI secolo e i giorni nostri. In via esemplificativa basti pensare alle vicende delle immagini riproducenti il Trittico della Deposizione dalla Croce, di Pieter Paul Rubens, postate dall'Ufficio del Turismo fiammingo⁴², dell'immagine di nudo femminile del fotografo Gerhard Richter postata sulla pagina del Centre Pompidou⁴³, di *posts* riproducenti l'opera di Gustave Courbet “*L'origine du monde*”⁴⁴ ed in Italia, delle immagini dell'opera “Le tre Grazie” dello scultore Canova, postate dal Museo Gypsotheca di Possagno⁴⁵.

Nella specie, tali opere, espressioni di arte figurativa, sono entrate in collisione con le regole stabilite dalle varie piattaforme digitali, per profili attinenti alla rappresentazione di nudità di soggetti umani, anche con particolari anatomici della sfera dell'apparato riproduttivo (senza, comunque, la rappresentazione di atti sessuali).

Al riguardo le immagini in questione sono state utilizzate sia per *posts* di utenti, sia per inserzioni pubblicitarie a pagamento da parte di istituzioni museali e culturali in genere.

La piattaforma coinvolta in misura prevalente è stata Facebook, che prevede per le due tipologie di contenuti sopra richiamate un differente corpus di regole.

Per quanto riguarda i *posts* degli utenti, vengono in considerazione i cd. “*Standard della Community*”, che, nella loro vigente formulazione⁴⁶, indicano come “...contenuti da non pubblicare...” la raffigurazione di “...Adulti completamente nudi...”, specificando nel dettaglio che la nudità deve comportare, per essere rilevante, la visibilità di alcune parti del corpo riguardanti l'apparato riproduttivo e digerente, con la previsione, tuttavia di alcune cause di giustificazione⁴⁷.

⁴²M. FERRAIOLI, *Ennesimo pasticcio di Facebook: censura come “pornografiche” alcune opere di Rubens*, in Artribune.com, 30 luglio 2018, <https://www.artribune.com/dal-mondo/2018/07/facebook-censura-rubens/>

⁴³ *Gerhard Richter Painting Pulled From Pompidou Center Facebook Page*, in Artlyst.com, 1 agosto 2012, <https://www.artlyst.com/news/gerhard-richter-painting-pulled-from-pompidou-center-facebook-page/>.

⁴⁴In particolare, la vicenda francese risalente al 2011, caratterizzata anche da una fase contenziosa su cui si tornerà più avanti, su cui vedi *Origine du monde censurata, il tribunale: Facebook ha sbagliato, ma il reclamo è respinto* (a cura della Redazione), in *Finestresullarte.info.it*, 19 marzo 2018, <https://www.finestresullarte.info/attualita/tribunale-francese-facebook-censura-origine-du-monde-reclamo-respinto>

⁴⁵ *Canova censurato, Sgarbi fa causa a Facebook e Instagram*, in www.vvox.it, 23 settembre 2019, <https://www.vvox.it/2019/09/23/canova-sgarbi-censura-facebook-instagram/>.

⁴⁶ Parte III (“Contenuti deplorabili”), n. 14 (“Immagini di nudo e atti sessuali di adulti”, <https://www.facebook.com/communitystandards/adult-nudity-sexual-activity>

⁴⁷ Ad esempio, nel contesto del parto e dei momenti successivi al parto o in situazioni correlate alla salute (ad es. chirurgia di conferma del genere, autoanalisi per la prevenzione/diagnosi di cancro o malattie). Nello stesso modo il “fondoschiena” può apparire “se ritoccato su un personaggio pubblico” e il seno integrale “nel contesto di allattamento al seno, parto e momenti successivi al parto, situazioni correlate alla salute (ad es. in seguito a una mastectomia, sensibilizzazione sul cancro al seno o chirurgia di conferma del genere) o atto di protesta”.

Le regole concernenti le inserzioni a pagamento (c.d. *policies ads*) sono più severe, in quanto, oltre al richiamo al necessario rispetto dei *Community Standards*, il profilo della nudità, preso in considerazione ai fini del divieto, viene formulato in modo più ampio, laddove si afferma che “Le inserzioni non devono includere contenuti per adulti, comprese immagini di nudo...”, specificandosi che va inteso come tale il “...nudo o nudo implicito ...”, comprensivo, in tale secondo senso, di “...scollature o scollacci eccessivi, anche se non di natura esplicitamente sessuale ...” ed “...immagini che mettono in risalto specifiche parti del corpo, come addominali, fondoschiena o petto, anche se non di natura esplicitamente sessuale ...”⁴⁸.

Il fondamento di queste scelte, come specificato in una apposita parte delle *Community Standards*⁴⁹, risiede nella volontà di “...non urtare la suscettibilità di alcune persone della community che sono particolarmente sensibili a questo tipo di contenuti”. Si prende atto, quindi, della particolare natura composita dell’utenza della piattaforma, per la quale vanno forgiate regole che devono impattare su contesti culturali variegati, che, tuttavia, vengono in considerazione sotto una specie unitaria, nella logica globalizzante delle piattaforme.

In una prospettiva di profitto d’impresa, appaiono inevitabilmente condizionanti le tendenze proprie di segmenti di utenza numericamente consistenti e collocati in mercati geograficamente appetibili. Ciò rischia, come si osservava più sopra, di favorire eventuali contesti ordinamentali di tipo illiberale o comunque ultraconservatore in cui quei bacini d’utenza potrebbero essere collocati. In altri termini, per non perdere ampie fasce di utenti sensibili sul tema, la tentazione potrebbe essere quella di un approccio più rigoroso rispetto ad un fenomeno come la rappresentazione della nudità.

Tale approccio verrebbe a stridere, in tal caso, con i principi accolti, in ordine al limite del pudore sessuale per le manifestazioni del pensiero, negli ordinamenti appartenenti all’area delle democrazie pluraliste, sia quando si cerca di fissare l’asticella in un punto estremamente alto per sintonizzarsi su aree caratterizzate da una visione estremamente restrittiva della libertà di pensiero stesso, sia anche, come è stato giustamente notato, quando, sia pure in una comune prospettiva liberaldemocratica, si impongono visioni di ordinamenti non in piena sintonia con quelle di altri ordinamenti (ad es. l’ordinamento USA rispetto a quello europeo⁵⁰). A ciò va aggiunto, anche, che accanto agli algoritmi, largo spazio viene dato, in ordine alla rimozione dei contenuti illeciti, quali quelli del tipo in esame, alle segnalazioni di altri utenti, che, specie quando sono politicamente od economicamente importanti, ricevono molta attenzione dalle piattaforme. Nel contesto europeo, come è noto, i sopra richiamati principi della Direttiva del 2010, sono stati interpretati nel senso della sussistenza di una responsabilità a posteriori della piattaforma che non si attivi a seguito di una diffida da parte del titolare di diritti che si assumano lesi, che si configura anche prima dell’intervento di un’autorità giurisdizione od amministrativa⁵¹. L’iniziativa del soggetto che si assume leso, può portare, quindi,

⁴⁸ Vedi la Sezione “Contenuti vietati”, sub n. 9 “Contenuti per adulti”, reperibile alla pagina <https://www.facebook.com/policies/ads/>

⁴⁹ Vedi il paragrafo collocato all’inizio del cit. n. 14 della Sez. III, intitolato significativamente “fondamenti della normativa”.

⁵⁰ Come rileva M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...* cit., p.37, nota 17.

⁵¹ Vedi l’ordinanza Trib. Napoli II civ., 3 novembre 2016, intervenuta nel famoso caso di Tiziana Cantone, reperibile alla pagina web www.iurisprudenzia.it/public/sentenze/636140668276866250_ord%20031116%20reclamo%20facebook.pdf, che ha ritenuto che “appare irrazionale dover attendere un ordine dell’autorità il quale potrebbe intervenire quando ormai i diritti in questione sono irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione” (sul punto vedi G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione...* cit., p.38 e ss.).

anche in presenza di una azione pretestuosa ed infondata, ad una forma di censura, difficilmente rimediabile, di un contenuto di manifestazione del pensiero del tutto lecito.

6. Il rapporto tra manifestazione del pensiero, arte e buon costume nell'ordinamento italiano. Il profilo specifico dell'oscenità in Rete.

La fattispecie sopra ricostruita di un contrasto tra la normativa interna e le regole a portata globale di una piattaforma digitale rispetto al fenomeno della nudità può essere efficacemente focalizzata esaminando il caso dell'ordinamento italiano.

Volendo ricostruire brevemente quella che è la disciplina in Italia del rapporto tra oscenità ed arte, va ricordato che l'espressione artistica è fondamentalemente oggetto di tutela da parte degli artt. 21 e 33 Cost., dovendosi, allo stesso tempo, tenere conto del contesto di tutela multilivello che caratterizza l'area delle democrazie pluraliste contemporanee, così, come tale, esplicitamente richiamata, nel nostro ordinamento, dalla disposizione generale dell'art. 117 co.1 Cost.

Le fonti sovranazionali (art. 3 comma 3 T.U.E., artt. 11 e 13 Carta Diritti fondamentali U.E.) e quelle internazionali, generali (art. 19 Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo ONU del 1948 ed art. 19 del Patto Internazionale sui Diritti civili e politici) e regionali (art. 10 CEDU), prevedono infatti la tutela della libertà di pensiero, nell'ambito della quale va compresa anche la libertà di creazione e diffusione artistica. Tutte tali fonti stabiliscono come gli ordinamenti nazionali godano di spazi di discrezionalità nella apposizione di limiti, nel quadro delle rispettive costituzioni, anche a tutela della morale pubblica, comprensiva di forme di intervento nei confronti dell'osceno e della pornografia.

Nell'ordinamento italiano, i due profili della libertà dell'arte, la creazione e la diffusione sono stati ricostruiti dalla Corte costituzionale come oggetto delle due diverse disposizioni sopra citate. Nella sentenza n. 59 del 1960 è stato, infatti, puntualizzato⁵² che un conto è "la libertà di concepire e di manifestare le idee e le varie espressioni ...dell'arte", rientrante nell'art. 33 Cost. ed un conto è "la libertà di avvalersi di ogni possibile mezzo per diffonderle", rientrante nel comma 1 dell'art.21 Cost.

Su tale base, il momento creativo dell'opera d'arte, comprensivo di tutta l'attività intesa a confezionarlo, pervenendosi ad un prodotto culturale pienamente realizzato, non soggiace al limite del buon costume, inteso come pudore sessuale ai sensi dell'art. 21 comma 6 Cost., come anche specificato, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 529 comma 2 C.P., che recita: "Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto". Come tale ultima stessa disposizione conferma, il momento creativo, in tutte le sue fasi, viene tutelato anche ove l'oggetto sia astrattamente osceno, laddove acquista invece rilievo nel momento della diffusione, ad opera dell'autore o di altri soggetti. Sotto tale punto di vista la dottrina prevalente e la giurisprudenza della Corte costituzionale delineano, in generale, una rilevanza del limite del buon costume, come pudore sessuale, non come principio in sé, ma rapportato esclusivamente a messaggi e prodotti culturali destinati ad una indiscriminata diffusione pubblica, coinvolgente un pubblico

⁵² V. il n. 6 del *Considerato in Diritto*.

indifferenziato, comprensivo di ogni fascia di età e, nella sua componente adulta, non posto in grado di esprimere una specifica volontà di attingere a quel genere di messaggio⁵³.

In altri termini l'oscenità, per essere rilevante, va commisurata alla sua capacità di raggiungimento, selettivo o indeterminato, della platea dei destinatari astrattamente rilevanti.

Sulla base di tali riferimenti normativi, nell'ordinamento italiano, nel caso di una immagine fotografica riprodotte un oggetto prospettato come opera d'arte, va, quindi, effettuato, innanzitutto l'accertamento della effettiva connotazione artistica dell'oggetto rappresentato nell'immagine, ai sensi dell'art. 529 comma 2 C.P.⁵⁴. L'eventuale esito positivo di tale accertamento comporta la possibilità di diffusione dell'immagine, con il solo limite della tutela dei minori (art. 529 C.P., comma 2, in relazione all'art. 31 comma 2 Cost.) e, non evidentemente, con quello della tutela di quegli adulti che potrebbero essere urtati nella loro sensibilità, rispetto alla sfera del pudore sessuale, dall'immagine dell'opera d'arte.

Solo ove si riscontri l'insussistenza della qualità "artistica" dell'oggetto, "riprende intero valore il giudizio sull'oscenità di tale opera"⁵⁵, da condursi, secondo la sopra ricostruita interpretazione.

La fattispecie oggetto della nostra attenzione riguarda specificamente, come si è visto, l'utilizzo della Rete come mezzo di diffusione dell'immagine dell'opera d'arte, caratterizzata dalla presenza di nudità.

La giurisprudenza, per quello che ci consta, non ha affrontato, sino ad ora, tale tema specifico, ma, su un piano generale, ha ritenuto configurabile da subito il reato di cui all'art. 528 C.P. in ordine alla condotta di divulgazione attraverso la via telematica di disegni, foto, immagini oscene di cui ognuno possa prendere visione, poiché "... nell'accezione di 'mettere in circolazione' devono essere ricompresi tutti i diversi modi con cui un soggetto può diffondere ad un numero indeterminato di individui, documenti, foto, immagini etc."⁵⁶. Sotto tale punto di vista è stata superata l'originaria incertezza derivante dalla difficoltà di individuare un supporto materiale definito e delimitato dell'immagine digitale diffusa in Rete, al fine della configurabilità di un "oggetto" osceno, secondo la dizione letterale dell'art. 528 C.P.⁵⁷

Ciò che è stato colto, in particolare, è la sussistenza, per tale tipo di reato, della volontà (nella forma del dolo specifico) di determinare una "pubblica esposizione" degli oggetti osceni, che, nella

⁵³ Vedi la sent. n. 368 del 1992 e l'accurata e convincente ricostruzione della materia di M. MANETTI, *Il buon costume*, in A. PACE e M. MANETTI, *Rapporti civili: art. 21...cit.*, p. 223 e ss. In giurisprudenza di legittimità tale orientamento è emerso a partire da Cass. Sez. un. pen., 24 marzo 1995 n. 5606, ric. Gasparato e 24 marzo 1995 n.5, ric. Barbuto, che hanno delineato l'oscenità penalmente rilevante nella idoneità ad essere percepita da un numero indeterminato di persone, senza l'adozione di idonei accorgimenti per garantire la riservatezza nel momento diffusivo.

⁵⁴ Cfr. al riguardo la risalente, ma ancora seguita e fondamentale, sentenza Cass. Sez. III pen., 20 gennaio 1959, ric. De Mucci, in Foro it. 1959, II, col. 113 e ss., che evidenzia come "in via di generale principio, anche il prodotto artistico o scientifico può risultare concretamente lesivo del pudore dei terzi e meritare, pertanto, la qualifica di osceno". La stessa sentenza ha affermato che l'art. 529 comma 2 C.P. opera una *fiction iuris* secondo la quale oggetti effettivamente capaci di offendere il sentimento del pudore devono essere considerati nell'ordinamento come non osceni. Altro punto fondamentale, anche questo seguito dalla giurisprudenza successiva, è stato rappresentato dalla rilevata necessità di accertamento oggettivo della natura artistica dell'opera, che non può basarsi sulla mera opinione del suo autore.

⁵⁵ Vedi in tal senso Cass. Sez. III pen., 29 gennaio 1976, ric. Grimaldi, sul caso di "Ultimo tango a Parigi".

⁵⁶ Trib. Milano, sez. IX, sent. 24 ottobre 2000 (16 gennaio 2001), in *Foro ambr.* 2001, p. 164. Vedi anche Cass. Pen. sez. III, sent. 29 maggio 2002, n. 26608.

⁵⁷ Messa in luce da L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via internet* in *Dir. informatica* 1999, p. 304, con ulteriori indicazioni a nota 47.

Rete, si traduce nel loro inserimento in un sito accessibile, senza alcuna restrizione⁵⁸. Lo snodo cruciale è, quindi, rappresentato dalla circostanza che, in buona sostanza, sulla Rete è possibile inserire immagini oscene a condizione che sia predisposto, precedentemente all'ingresso all'interno del sito internet, un avviso che vieti l'accesso ai minorenni e metta in guardia gli adulti sui contenuti che possono incontrare procedendo oltre nella visione delle pagine interne, in modo da tutelare chi non intende prendere cognizione di quel particolare tipo di materiale⁵⁹.

L'unica eccezione concerne, come è ben noto, ogni attività, comprensiva anche della creazione e diffusione di immagini in sé, comportante il coinvolgimento di minori⁶⁰. In tal caso le immagini non possono proprio essere immesse in Rete, a prescindere dall'adozione di filtri e forme di limitazione nella visualizzazione e della sussistenza di un effettivo pericolo di diffusione⁶¹. Le limitazioni concernenti le immagini di minori riguardano, comunque, quelle aventi connotazioni pornografiche, nel significato ora delineato dall'art. 4, 1° co., lett. h, della legge 1 ottobre 2012, n. 1721 che ha introdotto il 7 comma dell'art. 600 ter C.P., che fa riferimento ad “ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore per scopi sessuali”.

Sotto tale punto di vista la giurisprudenza ha specificato⁶² che la semplice nudità di minori non è elemento sufficiente a qualificare un'immagine come pornografica, ove manchi il coinvolgimento in condotte sessualmente esplicite o, comunque, il perseguimento di uno “scopo sessuale”⁶³.

In questo quadro appare tuttavia problematica la valutazione della fattispecie di immagini di minori prospettate come opere d'arte, ove possa sussistere un elemento di connotazione pornografica. L'immagine che sia individuata come artistica ai sensi dell'art. 529, comma 2 C.P. come si è visto, “non si considera oscena”, ma la normativa sulla repressione della pedopornografia non richiama tale disposizione, prospettando una tutela “assoluta” ed inderogabile della protezione del minore⁶⁴, per il quale vi è la rilevanza, già richiamata più sopra, degli artt. 30 e 31 Cost. Inoltre, l'art.

⁵⁸Trib. Milano cit., *ivi*, p. 165.

⁵⁹ Vedi in tal senso Cass. sez. III pen., sent. 3 gennaio 2013, n.2348, in *Diritto e Giustizia online* 2013, p.11, con *ivi* nota di A.FOTI, *Siti internet contenenti immagini oscene: quali regole per la tutela dei minori?*, il quale nota, sulla scorta della sentenza, che, qualora una siffatta avvertenza venisse inserita alla fine della pagina web, come avvenuto nel caso de quo, risulterebbe chiaramente vanificata la ratio sottesa all'introduzione dell'avviso stesso, in quanto chiunque potrebbe liberamente avere accesso alle fotografie oscene, mentre, al contrario, è necessario che la visibilità in chiaro di tali immagini sia consentita solo ed esclusivamente dopo la lettura e la relativa accettazione del prodromico avviso per la maggiore età. In precedenza, tuttavia, la stessa Cassazione aveva ritenuto i contenuti osceni di una pagina web assimilabili a pubblicazioni a stampa contrarie al buon costume e, come tali, da ritenersi vietati in sé in quanto rientranti nella previsione dell'art. 21 Cost., comma 6 e sottoponibili, proprio ai sensi di detta norma, a sequestro preventivo (Cass. pen., sez. IV, sent. 20 maggio 2008, n. 27530).

⁶⁰ La legge 3 agosto 1998, n. 269, modificata da l. 6 febbraio 2006, n. 38, ha introdotto nella sezione dei delitti contro la personalità individuale i nuovi delitti di pornografia minorile (artt. 600-ter e ss. C.P.), che sanzionano condotte aventi ad oggetto esibizioni e materiali pornografici in cui sono utilizzati minori di anni diciotto.

⁶¹ Vedi tra le tante sentenze, Cass. Sez. Un. Pen., 15 novembre 2018, n. 51815, con nota di S. SCOTTI, G. SIMEONE, A. SPINA, *L'evoluzione del reato di pornografia minorile*, in *Iusinitinere.it*, 19 luglio 2019, www.iusinitinere.it/evoluzione-del-reato-di-pornografia-minorile-22325.

⁶² Cass. Pen. Sez. III, 9 gennaio 2013 n. 5874; vedi per altro, già prima della riforma del 2012, Cass. pen. Sez. III, 22 marzo 2010, n. 10981.

⁶³ Sotto tale punto di vista la stessa Cassazione ha, da ultimo, posto in rilievo, come, fermo restando lo scopo sessuale, siano pornografiche immagini di minori comprensive non solo degli organi riproduttivi, ma anche i c.d. organi sessuali secondari (seni e glutei): Cass. Pen., sez. III, sent. 9 marzo 2020, n.9354.

⁶⁴ Vedi A. SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di “pornografia”: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Diritto penale e processo* 2010, p. 976 e G. COCCO, *Nota a: Cassazione penale , 4 marzo 2010, n.10981, sez. III, in Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.10, 2010, pag. 2073 e ss.

414-bis-C.P. punisce l'istigazione a commettere i reati concernenti l'area della pedopornografia, stabilendo all'ultimo comma che "[n]on possono essere invocate, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume".

Sembrerebbe, quindi, che un'opera d'arte che ritrae un minorenne vada vagliata, contrariamente a quello che accade ex artt. 528 e 529 C.P., sotto il profilo della presenza di quelle connotazioni pornografiche rilevanti in base alla normativa speciale vigente e sopra ricostruita.

7. Gli interventi di moderazione nei confronti della "nudità": il caso della foto della "Napalm Girl". Le problematiche nascenti dalla indefinitezza dei criteri.

L'accento che si è fatto alla normativa italiana, inevitabilmente sintetico, vuole evidenziare l'estrema complessità della valutazione di fattispecie che coinvolgono la tutela di valori costituzionali concomitanti di carattere fondamentale.

Appare quindi ancora più sconcertante il potere esercitato rispetto ai casi più sopra menzionati, da parte della piattaforme digitali, che, nella loro ansia globalizzante preferiscono, per usare una metafora bucolica, usare la falce piuttosto che eliminare le sole effettive erbe infestanti nell'approccio al fenomeno della nudità nelle immagini, facendo saltare i delicati equilibri che i sistemi giuridici dell'area del costituzionalismo di ultima generazione hanno conquistato nel corso dei secoli.

Particolarmente emblematico appare, in tal senso, il caso della notissima immagine della bambina vietnamita di nove anni, ripresa completamente nuda assieme ad altri bambini e adulti ustionati dal Napalm in Vietnam. La fotografia ha evidenti connotazioni, non solo informative e storiografiche ma anche artistiche, nella cruda, ma efficace, sintesi iconica che fa degli orrori della guerra, essendo del tutto priva di finalità pornografiche, nell'accezione legislativa sopra ricordata. Una attenta valutazione alla stregua dei parametri normativi evidenziati nel paragrafo precedente, operanti nell'ordinamento italiano, consente *de plano* la diffusione della foto in Rete, al più con avvertenza sulla visione per minorenni o persone impressionabili.

L'intervento *tranchant* operato da Facebook, trovandosi dinanzi al caso della collocazione di tale foto in un post dello scrittore norvegese Tom Egeland, che aveva lanciato una discussione su "sette fotografie che hanno cambiato la storia della guerra", ha, invece, per prima cosa sospeso l'*account* dello scrittore stesso⁶⁵. In un crescendo parossistico, dinanzi alla decisione del quotidiano norvegese *Aftenposten* di pubblicare un articolo nel quale accusava Mark Zuckerberg di abuso di potere, riportando nuovamente la foto incriminata, Facebook chiedeva al giornale di cancellare o rendere irriconoscibile la foto dalle sue edizioni online⁶⁶ e, prima ancora di ricevere una risposta, decideva poi di oscurare articolo e foto sulla pagina del giornale presente sul *Social*⁶⁷. Subito dopo vi era stata

⁶⁵ Vedi l'articolo di A. TARQUINI, *Facebook "cancella" post con foto bimba vietnamita bruciata dal Napalm. Poi la retromarcia*, in *repubblica.it*, 9 settembre 2016, https://www.repubblica.it/esteri/2016/09/09/news/zuckerberg_accusato_di_censura_facebook_cancella_post_con_foto_bimba_vietnamita_bruciata_dal_napalm-147431429/

⁶⁶ Affermando, come riporta l'articolo citato nella nota precedente che "foto che mostrano persone completamente nude e rendono visibili i genitali o donne totalmente nude secondo le nostre regole vanno totalmente rimosse".

⁶⁷ *Ibidem*

una diffusa reazione in capo a molti norvegesi, tra cui la premier Elna Solberg, che nei loro *account* sul *Social* postavano per protesta la foto della Napalm Girl. Dopo che anche il primo ministro aveva subito la rimozione del *post*, dinanzi alle reazioni anche di tipo istituzionale che facevano il giro del pianeta, Facebook faceva un passo indietro e annunciava che nei giorni successivi sarebbe stato possibile utilizzare la foto in questione. Al riguardo, nel comunicato diffuso il 9 settembre 2016, veniva precisato che “Un’immagine di una bambina nuda dovrebbe normalmente essere considerata come in violazione dei nostri *Community Standards* e in qualche paese potrebbe essere qualificata come pedopornografia. In questo caso noi riconosciamo l’importanza storica e globale di questa immagine, nel documentare un particolare momento nel tempo”⁶⁸. Si faceva anche presente che Facebook avrebbe promosso una verifica delle proprie policies per promuovere sia la libera espressione delle idee, sia la salvaguardia della *community*⁶⁹.

Il caso appare significativo, anche perché pone in evidenza come la sorte dell’esercizio di libertà fondamentali dipenda da fattori collocati in modo eccentrico rispetto al fondamentale principio della certezza e stabilità della regola giuridica, legandosi ad esempio, come in tal caso, al peso di alcuni soggetti (come il primo ministro norvegese), determinando una “asimmetria del potere di reclamo”⁷⁰ e alla discrezionale applicazione di regole generiche e tautologiche.

Le stesse considerazioni valgono per la valutazione della presunta oscenità delle opere d’arte. Al riguardo occorre evidenziare come, a causa delle veementi reazioni che si sono manifestate dinanzi ai casi di censura di “nudi” artistici più sopra richiamati, Facebook, ha inserito nei *Community Standards* la seguente regola: “È permessa anche la pubblicazione di fotografie di dipinti, sculture o altre forme d’arte che ritraggono figure nude”.

Tuttavia, ciò non ha impedito, anche successivamente all’introduzione di tale policy, di continuare, nei confronti del nudo artistico, nella censura *de facto*, spesso in modo contraddittorio, dimostrando l’insostenibilità del modello in essere.

8. La tutela della libertà di manifestazione del pensiero rispetto al potere di moderazione delle grandi piattaforme digitali: un quadro ancora incerto e frammentato di interventi, tra USA ed Europa. Le decisioni del Tribunale di Roma su Casa Pound e Forza Nuova e quelle dei giudici francesi sul caso de “*L’origine du monde*” di Courbet

Occorre, allora, riflettere su come assicurare la tutela del diritto di espressione e della libertà artistica nei confronti di queste supposte prerogative delle piattaforme on line, espresse attraverso l’attività di moderazione.

Come si è accennato più sopra, formalmente si tratta di soggetti privati che gestiscono beni produttivi ed impongono regole di tipo contrattuale agli utenti, elaborate nell’esercizio di autonomia negoziale. Il loro carattere globale fa sì che la l’attività estrinsecata non possa essere efficacemente inquadrata e regolata ai fini che qui si stanno prendendo in considerazione, nell’ambito tradizionale

⁶⁸ Vedilo riportato nell’articolo del *Guardian* del 9 settembre 2016, *Facebook backs down from 'napalm girl' censorship and reinstates photos*, <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/09/facebook-reinstates-napalm-girl-photo>

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ Come proprio per il caso della Napalm Girl ha annotato M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...* cit., p.38.

di garanzia degli ordinamenti nazionali. La loro peculiarità è quella tra l'altro, di essere in posizione di oligopolio a livello mondiale nell'offerta di spazi che consentono una diffusione così estesa ed interattiva del proprio pensiero. Rispetto ai tradizionali media dominanti (sviluppatasi, come è noto nel settore della stampa prima e della radiotelevisione dopo) essi hanno un grande potere non sulla costruzione diretta dei contenuti, ma sul condizionamento dei contenuti immessi da altri soggetti, attraverso il potere sopra ricostruito di filtraggio e selezione. Quest'ultimo, a valle dei processi, per ora ha, come output, forme di forte influenza sui consumi in ambito economico, ma potrebbe pericolosamente virare sul settore politico, attraverso la costruzione di consenso.

Per ora, la forma di tutela contro l'estrema latitudine della c.d. censura *de facto*, appare ancora muovere i primi passi nelle democrazie pluraliste, in forme e modi estremamente articolati, ovviamente in relazione al contesto di riferimento.

Negli USA potrebbe avere un fecondo sviluppo, un orientamento che, pur partendo dalla natura privata delle piattaforme *Social*, considera gli spazi digitali da esse messi a disposizione degli utenti come luoghi di pubblico dibattito (con conseguente rilevanza pubblica, *in parte qua*, anche dei loro titolari) nei quali deve essere garantita la libertà di espressione prevista nel Primo Emendamento e nei quali appare rilevante sia la garanzia di un accesso indiscriminato per i cittadini, sia la rilevanza di comportamenti censori da parte delle stesse piattaforme, nella misura in cui ostacolano l'esercizio di tali diritti fondamentali⁷¹.

Non si può non segnalare, su questo piano, ma con connotazioni del tutto peculiari e apparentemente non suscettibili di sviluppi, in un orizzonte di lungo periodo, la vicenda riguardante un *post* di Trump sul voto a distanza come fonte certa di frodi elettorali, contrassegnato come necessitante di *fact checking* da parte di Tweet⁷². Tale "censura" ha provocato la reazione del presidente che, a mezzo di un *executive order*⁷³, è intervenuto sulla materia evidenziando le criticità a suo avviso emerse nell'attività delle piattaforme *Social* nell'incidere sui contenuti di pensiero espressi dagli utenti. Partendo dalla sopra prospettata natura di *public square* dei *Social*, il provvedimento indirizza al complesso dell'apparato dell'esecutivo una serie di direttive aventi lo scopo di ridimensionare la portata del più sopra evocato art. 230 CDA sul piano della limitazione di responsabilità delle piattaforme digitali, al fine della tutela del *free speech* di cui al primo emendamento, ritenuto leso dai comportamenti censori più volte richiamati. Ovviamente, conformemente all'architettura costituzionale statunitense, la portata dell'*Order* appare più di natura politica che giuridica, stante l'impossibilità di produrre effetti incisivi su una fonte legislativa, quale la

⁷¹ Vedi M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...*cit., p. 42 e ss., che fa riferimento alla c.d. *state action doctrine*, nata in relazione alla fruibilità di spazi privati per pubbliche manifestazioni, estensibile anche alla Rete, come sembra desumersi da una sentenza di tre anni fa (*Packingham vs. North Carolina* 582 U.S. (2017)). In tale prospettiva si pone anche la nota decisione di una Corte di appello federale, che ha riconosciuto la natura di *public forum* dell'*account* Tweet di Trump. Tale qualificazione comporta l'impossibilità per il titolare di escludere altri utenti dal postare commenti (*Knight First Emendament Institute et al. vs. Donald J. Trump et al.*, No. 18-1691 (2d Cir. 2020), 9 luglio 2019, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/18-1691/18-1691-2020-03-23.html>).

⁷² Vedi sul caso in esame, H. LYBRAND e T. SUBRAMANIAM, *Fact-checking Trump's recent claims that mail-in voting is rife with fraud*, 29 maggio 2020, <https://edition.cnn.com/2020/05/27/app-politics-section/donald-trump-mail-in-voter-fraud-fact-check/index.html>. Sul tema vedi il documento, con rinvio ad ulteriori link, *Debunking the Voter Fraud Myth*, a cura del Brennan Center for Justice-Twenty Year- at New York University of Law, 22 aprile 2020, https://www.brennancenter.org/sites/default/files/analysis/Briefing_Memo_Debunking_Voter_Fraud_Myth.pdf.

⁷³ *Executive Order on Preventing Online Censorship*, 28 maggio 2010, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/>

disposizione in esame. Il merito del provvedimento è, comunque, quello di avere posto in risalto, in una sintesi non priva di efficacia, i nodi dell'azione dirompente, ritenuta eccessivamente tutelata dall'art. 230 citato (e quindi da ridimensionare) degli *Over the Top*, specialmente i *Social*⁷⁴.

Anche nel contesto europeo la situazione appare ancora fluida. A livello europolitano appare importante (ma ancora tutta da definire) la volontà di adozione di un *Digital Services Act* inteso ad innovare profondamente il quadro regolativo delle aziende che forniscono servizi digitali all'interno dell'Ue, rispetto alla ormai risalente normativa del 2000, più volte richiamata⁷⁵. Tale progetto si impernia su due direttrici fondamentali: attuare l'equilibrio tra la garanzia delle libertà fondamentali e la prevenzione dell'illegalità e di attività socialmente pericolose e stabilire una regolazione ex ante che si focalizzi sull'ormai evidente ruolo di *gatekeeper* delle piattaforme (ben diverso dai comportamenti individuati nella direttiva e-commerce del 2000), allo stato privo di idonei contrappesi, sia per gli effetti sugli utenti, sia sul piano della tutela della libera concorrenza⁷⁶.

In vista della adozione del *Digital Services Act* sono state avviate delle consultazioni pubbliche, ormai chiuse, nell'ambito delle quali appare interessante il contributo predisposto dal BEREC⁷⁷, l'organismo ufficiale dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche. In tale documento si trova anche una parte, nell'ambito dell'analisi di “*Negative societal effects*” delle piattaforme digitali, nella quale si fa riferimento proprio al già menzionato tema del gatekeeper, rispetto al quale viene evidenziata la capacità di condizionamento dei contenuti, che, se utilizzata in modo scorretto “... negatively affects consumer choice, freedom of expression and media plurality ...”. Il BEREC propone, anche sotto tale punto di vista, un modello di intervento ex ante di tipo asimmetrico, non inteso tuttavia a regolare tutte le piattaforme digitali, né Internet nella sua totalità, ma ad affrontare specifiche problematiche create da quelle piattaforme “con notevole potere di intermediazione”⁷⁸. Inizia, quindi, ad emergere un approccio che tende ad affrontare preventivamente ed in via generale (anche se selettivamente sul piano dei destinatari) il tema del potere “privato”, ma di dirompente entità, dei grandi attori del mondo digitale, nell'ambito del quale anche l'attività “censoria” acquista notevole rilevanza.

Al momento., tuttavia, la tutela della libertà di espressione sui *Social* ha trovato una concreta realizzazione solo in alcune pronunce giudiziarie intervenute all'interno di singoli ordinamenti.

In Italia per ora, come si anticipava più sopra, il tema della censura alle opere d'arte valutate come oscene non è stato oggetto di specifiche decisioni.

⁷⁴ Da ultimo, come è noto, il tema ha assunto connotazioni estreme, in occasione degli eventi di Washington del 6 gennaio 2021, con la chiusura ad opera dei c.d. giganti del web dei vari account digitali di Trump, colpito in quanto portatore di *hate speech*: su tali aspetti, in ordine ai quali il dibattito dottrinario assumerà sicuramente assetti sempre più ampi ed articolati, vedi, sin da ora, O. POLLICINO, *Odio e rabbia in rete. Così il presidente ha nutrito i sostenitori*, in *Sole 24 ore*, 8 gennaio 2021.

⁷⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

⁷⁶ Vedi il comunicato della Commissione europea *Shaping Europe's digital future. The Digital Services Act package*, 22 giugno 2020, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>.

⁷⁷ *Response to the Public Consultations on the Digital Services Act Package and the New Competition*, 7 settembre 2020,

https://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/others/9411-berec-response-to-the-public-consultation-on-the-digital-services-act-package-and-the-new-competition-toolpdf

⁷⁸ Vedi su tale aspetto, P. LICATA, *La proposta del Berec: per le web company regole ex-ante come per le telco*, in www.corrierecomunicazioni.it, 8 settembre 2020, <https://www.corrierecomunicazioni.it/telco/la-proposta-del-berec-per-le-web-company-regole-ex-ante-come-per-le-telco/>

La dottrina ha, per altro, tentato di ricostruire, come si anticipava più sopra, l'assetto della Rete nel menzionato senso dialogico-orizzontale, configurando, sulla scorta della giurisprudenza USA sui fori pubblici, i *Social* come “luoghi pubblici” o “aperti al pubblico”⁷⁹, venendo anche richiamata la rilevanza dell'art. 17 Cost., in tema di libertà di riunione, in ordine alla garanzia delle attività virtuali che vengono svolte in tali “luoghi”⁸⁰. Tale posizione, stante la rilevanza del solo ordine pubblico in senso materiale per l'esercizio della libertà di riunione, renderebbe illegittimo l'esercizio della censura privata delle piattaforme digitali, in contrasto con tali garanzie di rango costituzionale⁸¹.

Vi sono, per altro, anche posizioni dottrinarie che offrono letture “neocorporative” dell'assetto dei *Social*⁸², configurando le comunità di utenti delle piattaforme come formazioni sociali ex art. 2 Cost.⁸³, che sarebbero titolari, come tali, dei diritti inviolabili evocati dalla disposizione citata, inclusa la libertà di manifestazione del pensiero e, quindi, in grado di condizionare legittimamente i contenuti espressi, all'interno della comunità stessa, dai singoli consociati mediante il potere di “censura” in esame⁸⁴. Tale tesi appare, in verità, condizionata dalla ricostruzione che si intende assumere del grado di efficacia della garanzia di tutela dei diritti inviolabili della persona umana anche all' “interno” delle formazioni sociali, dovendosi verificare fino a che punto la salvaguardia della “tendenza” ideologica di cui è portatrice l'organizzazione non travalichi il confine costituzionalmente stabilito, divenendo “oppressione” del singolo⁸⁵.

Sono da segnalare, sotto tale punto di vista, due relativamente recenti pronunce di segno opposto del Tribunale di Roma, intervenute sull'esercizio del potere sanzionatorio di Facebook in ordine al rispetto dei *Community Standards*. Le decisioni riguardano due formazioni politiche e si intrecciano con la posizione attribuita nell'ordinamento costituzionale ai partiti, formazioni sociali ex artt. 2 e 18 Cost., ma dotate di statuto speciale ex art. 49 Cost., quali protagonisti del pluralismo politico, fonte della “determinazione della politica nazionale”.

La prima decisione, resa a favore di Casa Pound⁸⁶, valorizza la pregnanza della posizione del soggetto destinatario del potere di moderazione del *Social* (nella specie su *hate speech*), ma afferma anche principi che trascendono il caso di specie.

⁷⁹ Vedi riferimenti in V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa intendiamo oggi per “media”?*, in M. MANETTI e R. BORRELLO, *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena 2019, p. 16, nota 9. Vedi, anche, in giurisprudenza, per tale impostazione, Cass. Pen. Sez. I, 12 settembre 2014 -ud. 11 luglio 2014, n. 37596, in *Federalismi.it*, https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?artid=27353.

⁸⁰ Vedi in tal senso ad es. T. E. FROSINI, *Internet ai tempi del coronavirus*, in *Diritto di Internet*, fasc. n. 2/2020, p. 204. Per una critica alla applicabilità dell'art. 17 Cost. alla Rete, quale ipotesi di “sovra-interpretazione costituzionale, vedi M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC on line*, fasc. n. 4/2012 (16 ottobre 2012), p.4.

⁸¹ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...cit.*, p. 44.

⁸² Così criticamente definite da M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in M. MANETTI e R. BORRELLO, *Il diritto dell'informazione ...cit.*, p. 25 e ss.

⁸³ Vedi ad es., anche per il profilo della libertà di riunione in rete, M. A. ALLEGRI, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano 2018, p. 32.

⁸⁴ Vedi su tale aspetto, con indicazioni e criticamente M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms...cit.*, p. 43.

⁸⁵ Su tale profilo dell'art. 2 Cost. cfr. A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, 3 ed., Padova 2003, p. 13 e ss. e R.BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 21 ed., Torino 2020, p. 562. Vedi anche, con riferimento all'ordinamento sportivo, A. BONOMI, *L'ordinamento sportivo e la costituzione*, in *Quad. cost.* 2005, p. 370.

⁸⁶ Trib. Ord. Roma, Sez. spec.in materia di Impresa, ord. 11/12 dicembre 2019, resa sul ricorso ex art. 700 C.P.C. della Associazione di Promozione sociale CASAPOUND ITALIA e di Davide Di Stefano contro Facebook Ireland Limited,

In via preliminare viene sottolineato il “rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri *Social Networks* ad esso collegati) con riferimento all’attuazione di principi cardine essenziali dell’ordinamento come quello, sopra menzionato, del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.)”⁸⁷. Tale “servizio” rende in sostanza la piattaforma, ad avviso del giudice, una sorta di mezzo di comunicazione di massa, rispetto al quale si pone una problematica di accesso (nella specie a favore di soggetti politici) a causa della sua scarsità, non essendoci piattaforme alternative aventi paragonabili capacità di diffondere i contenuti di pensiero in essa immessi dagli utenti. Nella ordinanza viene infatti affermato che” ...il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee”⁸⁸.

In tal modo il rapporto tra Facebook e l’utente, secondo il Tribunale di Roma, non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi, in quanto la piattaforma, quale “potere privato”, è tenuta all’osservanza dei principi costituzionali ed ordinamentali che sono, nello stesso tempo, “condizione e limite nel rapporto con gli utenti che chiedano l’accesso al proprio servizio”⁸⁹. In altri termini, secondo il giudice, i principi costituzionali costituiscono sia limiti per gli utenti, quando tali principi siano riflessi nelle condizioni generali di contratto espresse nei *Community Standards*, sia limiti per Facebook nell’esercizio del potere c.d. censorio (di natura comunque contrattuale).

Nel rapporto tra i due ordini di limiti, sussisterebbe, in sostanza, una presunzione di legittimità dell’operato degli utenti, specie quando questi ultimi siano portatori di posizioni costituzionalmente qualificate, come quelle connesse al pluralismo politico. In tal caso Facebook, nella contrattazione con gli utenti, ivi incluso l’esercizio del potere di moderazione, deve “...strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell’utente.”⁹⁰. Ciò sembra significare che il potere di moderazione della piattaforma non possa essere esercitato nella forma sommaria che gli è tipica, ma debba passare attraverso un accertamento giudiziale pieno⁹¹.

Nella seconda decisione, più recente⁹², resa sempre con riferimento alla problematica del potere di moderazione, espresso su contenuti di *hate speech* immessi nei profili da parte di una forza politica e di associazioni politiche e sindacali ad essa collegati, lo stesso Tribunale di Roma, con una motivazione molto più articolata, ha invece dato ragione a Facebook.

Il giudice, a fronte di una fattispecie analoga, non ha dato rilevanza questa volta alla posizione costituzionalmente qualificata del soggetto coinvolto, quale protagonista del pluralismo politico ex

reperibile alla pagina web . http://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7B5f015ef5-9468-4470-b03f-f31a3a744d28%7D_tribunale-roma-sezione-impresa-ordinanza-12-dicembre-2019.pdf

⁸⁷ Ivi, p. 4.

⁸⁸ Lc. ult. cit.

⁸⁹ Lc. ult.cit.

⁹⁰ Lc. ult. cit.

⁹¹ Cfr. P. ZICCHITTO, *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, in MediaLaws.eu, Anteprema, 9 aprile 2020, <http://www.medialaws.eu/rivista/la-liberta-di-espressione-dei-partiti-politici-nello-spazio-pubblico-digitale-alcuni-spunti-di-attualita/>, p. 5.

⁹² Trib. Ord. di Roma, Sez. Diritti della persona e immigrazione, ord. 24 febbraio 2020, resa sul ricorso ex art. 700 c.p.c., proposto da Forza Nuove ed altri c. Facebook Ireland LTD, riportata alla pagina <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2345/ordinanza-rg-648942019-forza-nuova-art700.pdf>

art. 49 Cost., ma si è soffermato essenzialmente sui contenuti immessi nel *Social*, considerati illeciti “da numerosi punti di vista”⁹³. L’ordinanza parte dalla violazione delle condizioni contrattuali, ma conferisce, poi, particolare rilievo al “complesso sistema normativo” nazionale, sovranazionale e internazionale ed alla “vasta giurisprudenza nazionale e sovranazionale” sussistente in materia.

Secondo il Tribunale di Roma, Facebook, sulla base dei sopra richiamati presupposti, non solo poteva risolvere il contratto grazie alle clausole contrattuali accettate al momento della sua conclusione, ma aveva “... il dovere legale di rimuovere i contenuti, una volta venutone a conoscenza, rischiando altrimenti di incorrere in responsabilità ...”⁹⁴. È stata in particolar modo valorizzata, al riguardo, la circostanza della conformità delle condizioni contrattuali e degli *standards* della *Community* al codice di condotta della Commissione Europea in materia di incitamento all’odio⁹⁵, sottoscritto da Facebook. Ciò secondo il giudice, conferirebbe una base normativa idonea nei confronti del potere di moderazione della piattaforma nei confronti di una forza politica che, a suo avviso, sulla base di una serie di prospettati riscontri fattuali, evidenziati, anche in forma iconografica nell’ordinanza⁹⁶, avrebbe la qualifica di “organizzazione d’odio”, come tale vietata sia dalle condizioni contrattuali, sia dalle norme imperative richiamate⁹⁷. La risoluzione del contratto e l’interruzione del servizio di fornitura intervenuti nel caso di specie, sarebbero state, quindi, in tale quadro, del tutto legittime⁹⁸.

Nella prospettiva del giudice, quindi, il potere “censorio”, apparentemente giustificabile anche sulla sola base contrattuale, viene ricondotto in definitiva alla più solida architettura della c.d. censura “delegata”, secondo la classificazione più sopra ricordata, fondata su una normativa estremamente ampia, comprensiva di fonti *multilevel*.

Come si vede, le due decisioni forniscono un quadro differenziato nella ricostruzione della problematica della censura delle piattaforme, ma, pur diverse negli esiti del caso concreto, sono accomunate dalla prospettazione dell’esigenza di ricondurre comunque il potere “privato” dei soggetti digitali oligopolisti ad un quadro certo di tipo eteronomo, concernente valori di livello costituzionale e comunque fondamentale generale, riferito sia al singolo ordinamento nazionale, sia a ordinamenti di più ampio respiro.

Nel quadro qui sinteticamente ricostruito è da segnalare, per completezza, il caso specifico della censura di una immagine rappresentante un’opera d’arte che è stata oggetto, come si anticipava più sopra, dell’intervento del giudice francese, che, tuttavia, non ha fornito indicazioni di rilievo sui delicati profili di rango costituzionale coinvolti nella fattispecie.

L’aver postato nel proprio profilo l’immagine de *l’Origine du Monde* di Gustave Courbet, aveva causato ad un insegnante francese la disattivazione del suo *account* da parte di Facebook⁹⁹.

⁹³ Ivi, p. 43.

⁹⁴ Lc. ult. cit.

⁹⁵ Su cui vedi *supra*, nota 30.

⁹⁶ Trib. Ord. Roma ult. cit., pp. 13-31 e 32-43..

⁹⁷ Ivi, p.31 e ss.

⁹⁸ Lc. ult. cit.

⁹⁹ Vedi *supra* nota 43.

Il Tribunale di *Grande Instance* di Parigi con ordinanza del 5 marzo 2015¹⁰⁰ aveva preso posizione sulla questione della clausola contrattuale che prevedeva la giurisdizione dello Stato della California, sede legale di Facebook Inc. per le controversie connesse ai rapporti tra utenti e piattaforma. Tale clausola è stata giudicata abusiva, aprendo così la strada alla possibilità, per il giudice nazionale, di conoscere controversie risalenti a comportamenti riferibili a soggetti globali, ma rivendicanti a loro volta il giudice della loro nazione di origine. Tale decisione è stata confermata dalla Corte d'Appello di Parigi nel 2016¹⁰¹, la quale ha posto in evidenza come il contratto intercorrente tra l'utente e Facebook ha i connotati di un contratto di consumo, oggetto di tutela a livello eurounitario, essendo esso rivolto ad una generalità di soggetti non professionali e avendo solo apparentemente natura gratuita, in quanto la piattaforma, notoriamente, trae profitto, nello svolgimento del suo servizio volto a fornire spazi nel *Social*, dalle inserzioni pubblicitarie, dalle applicazioni a pagamento e da molto altro¹⁰².

La vicenda ha avuto il suo epilogo nel 2018, allorché si è avuta, radicata la giurisdizione francese sulla controversia, la definitiva pronuncia sul merito. Il Tribunale di *Grande Instance* di Parigi¹⁰³ non ha accolto la domanda interposta dall'utente, in quanto non è stato ritenuto provato il nesso di causalità tra la cancellazione dell'*account* e il *post* contenente l'immagine del dipinto. La difesa di Facebook aveva, infatti, sostenuto che la rimozione era avvenuta in quanto l'utente aveva utilizzato uno pseudonimo invece che il proprio nome e, quindi che la presunta censura del dipinto era conseguente alla violazione delle norme di adesione alla piattaforma e non alla raffigurazione dell'apparato genitale femminile¹⁰⁴. Sotto tale punto di vista, il giudice ha rilevato che il ricorrente aveva anche avuto la possibilità di aprire un nuovo *account* con la pubblicazione dello stesso dipinto. Un passaggio che, invece, appare importante nell'ambito della medesima sentenza, è rappresentato dall'accertamento della inopponibilità all'utente della cessione del proprio contratto intercorsa tra Facebook Inc., con sede negli USA e Facebook Ireland Ltd., che ha comportato, nella specie, il coinvolgimento diretto dinanzi al giudice nazionale del colosso californiano, cercando di stroncare sul nascere possibili strategie elusive.

9. Conclusioni: l'esigenza di un approccio universale rispetto ad un fenomeno globale

Il fenomeno esaminato appare di estrema complessità e, come più volte si è osservato, la regolamentazione appare di difficile realizzazione, a causa della difficoltà da parte dello strumento giuridico, legato al profilo territoriale-materiale, di assicurare uno stabile effetto di condizionamento rispetto all'osservanza di taluni valori non negoziabili, come la libertà di manifestazione del pensiero e di creazione artistica. Questi ultimi sono esposti a forme di limitazione discrezionale da parte delle

¹⁰⁰<https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-4eme-chambre-2eme-section-ordonnance-du-juge-de-la-mise-en-etat-du-5-mars-2015/>

¹⁰¹ Court d'Appel de Paris, sentenza 12 febbraio 2016, n. 15/08624, <https://www.isdc.ch/media/1593/16-paris-12-fevrier-2016-facebook.pdf>

¹⁰² Ivi, p. 4.

¹⁰³ Sentenza 15 marzo 2018, n. 12/12401, reperibile nel sito www.doctrine.fr

¹⁰⁴ Come evidenziato da E. FALLETTI, *Il diritto in trasformazione: spunti comparatistici tra didattica e ricerca*, Università Cattaneo *Working Papers. Quaderni di didattica* n. 6, 2019, <http://dx.doi.org/10.25428/2532-554X/6>, p. 7

piattaforme digitali, che sembrano non rispettare, come più volte evidenziato in questo scritto, quelle che secoli di evoluzione del costituzionalismo hanno faticosamente tracciato come le frontiere insormontabili, poste a presidio del nucleo essenziale di tali diritti fondamentali.

Sotto tale profilo, va fatto riferimento, come possibile base per future, ulteriori riflessioni (intese anche a valutarne l'incidenza nel contesto della tutela multilivello dei diritti fondamentali in ambito europeo) ad una tesi, sostenuta in un interessante contributo scientifico della dottrina nordamericana (già citato più sopra¹⁰⁵), secondo la quale, dinanzi alle difficoltà palesate dallo strumentario messo in campo dai singoli ordinamenti statali, la soluzione potrebbe trovarsi in una regolamentazione che valorizzi, verso le piattaforme digitali, il portato delle convenzioni internazionali sui diritti umani¹⁰⁶.

Tale soluzione, esposta dal suo autore in modo rigorosamente problematico e con opportuni *disclaimers*, si basa, appunto, sul presupposto che i grandi attori del web, titolari di posizioni dominanti di natura economica, sono tenuti a rispettare, quali soggetti a dimensione internazionale-globale, quantomeno quelle regole che nel tempo hanno stabilizzato un nucleo inderogabile di tutela della persona umana, altrettanto globale rispetto all'area di azione delle piattaforme digitali.

La base giuridica di tale ricostruzione è stata rinvenuta nei *United Nations' Guiding Principles on Business and Human Rights* (d'ora in poi, "UNGP") del 2011¹⁰⁷, uno strumento di *soft law*, dotato, tuttavia, di forte autorevolezza e, come tale, considerato sostanzialmente come "il principale parametro di riferimento internazionale in materia di imprese e diritti umani"¹⁰⁸, seguito da "Stati, Organizzazioni internazionali, aziende, associazioni di categoria, ordini forensi, società civile e da tutti gli organismi onusiani attivi nel settore"¹⁰⁹. Tali Principi hanno tradotto in linee guida il c.d. *Protect, Respect and Remedy Framework* elaborato nel 2008¹¹⁰ e si basano su tre pilastri: a) l'obbligo di proteggere i diritti umani dalle violazioni provenienti dal settore privato, che incombe sugli Stati (c.d. *State duty to protect*); b) la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani (c.d. *corporate responsibility to respect*); c) la responsabilità degli Stati e delle stesse imprese di predisporre dei rimedi effettivi (c.d. *access to remedies*) alle vittime di abusi¹¹¹.

È soprattutto sul versante dell'obbligo di rispetto (*respect*) dei diritti umani da parte dei soggetti economici che scaturisce un possibile fondamento per una delimitazione del potere di moderazione degli *Over The Top*. Tale obbligo ha, infatti, carattere assoluto, sussistendo indipendentemente dalla

¹⁰⁵ Vedi *supra* nota 34.

¹⁰⁶ B. SANDLER, *Freedom of expression in the age of online platforms...*cit., p. 965 e ss.

¹⁰⁷ Lc. ult. cit. Il 16 giugno 2011 il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite (v. Consiglio dei diritti umani, *Resolution 17/4. Human rights and transnational corporations and other business enterprises*, UN Doc. A/HRC/RES/17/4 del 6 luglio 2011) ha approvato tali principi-guida, formulati dal Prof. John Ruggie, quale Rappresentante speciale ONU del Segretario generale in materia di diritti umani, imprese transnazionali ed altre imprese commerciali. Essi sono reperibili alla pagina web https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

¹⁰⁸ M. FASCIGLIONE, *Il Piano d'azione nazionale italiano su impresa e diritti umani e l'attuazione dei Principi guida ONU del 2011*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, n. 1, p. 277.

¹⁰⁹ Lc. ult. cit. Ogni Stato provvede all'elaborazione periodica di un piano di implementazione dei Principi (per l'Italia, vedi, da ultimo, *Governo italiano, Comitato interministeriale per i diritti umani, Piano d'Azione Nazionale su Impresa e Diritti Umani 2016-2021*, 1° dicembre 2016, www.cidu.esteri.it).

¹¹⁰ Sempre dal Rappresentante speciale per i Diritti umani sopra menzionato: Consiglio dei diritti umani, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations*, UN Doc. A/HRC/8/5 del 7 aprile 2008.

¹¹¹ M. FASCIGLIONE, op. ult. cit., p. 278.

capacità o dalla buona volontà degli Stati di appartenenza delle imprese (o dove esse operano) di adempiere ai loro obblighi inerenti ai diritti umani e indipendentemente dall'osservanza da parte delle imprese delle leggi e dei regolamenti predisposti all'interno dei singoli Stati per la protezione dei diritti umani¹¹².

I riferimenti normativi di carattere internazionale per tale obbligo di “*respect*” a carico dei soggetti economici sono rappresentati dal c.d. *International Bill of Human Rights*, comprensivo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948, della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, entrambe del 1966¹¹³.

Le regole predisposte dalle piattaforme digitali per l’attività di moderazione dovrebbero, quindi, basarsi sui principi di tale normativa internazionale, attraverso la loro implementazione in vari profili sostanziali e procedurali, da costruire in funzione delle caratteristiche della piattaforma e del suo ambito operativo¹¹⁴.

E’ proprio l’aspetto del *respect* del diritto alla libera espressione del pensiero, quello che ha maggiore rilevanza per l’attività di controllo dei contenuti immessi dagli utenti, venendo in considerazione, sotto tale punto di vista, l’art. 19 della citata Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966, che prevede, da un lato, la possibilità di ricercare, ricevere e diffondere informazioni ed idee di ogni genere, senza limiti di frontiere ed in forma orale, scritta o a stampa, nella forma artistica o con altro tipo di mezzo a propria scelta e, dall’altro, conferisce agli Stati la possibilità di imporre limitazioni, basate sulla legge e di carattere necessario. Tra tali limiti¹¹⁵ si fa riferimento anche alla “morale”, comprensiva evidentemente della problematica, oggetto della nostra riflessione, della oscenità del nudo.

In tal modo le piattaforme digitali, rispetto ai contenuti postati dai propri utenti, dovrebbero stabilire regole di moderazione comportanti le sole tipologie di limite o di divieti che gli Stati, in base alle norme di diritto internazionale sopra menzionate, sono legittimati a imporre, secondo una logica di chiarezza, proporzionalità, necessità e conoscibilità, considerata la tassatività ed eccezionalità delle fattispecie, riguardanti una libertà di amplissimo respiro e cruciale per la democrazie¹¹⁶. Una formulazione vaga, attributiva di eccessiva discrezionalità in capo al moderatore o troppo restrittiva o troppo largheggiante da parte delle regole di moderazione¹¹⁷, come rischia di avvenire in materia di oscenità, sarebbe quindi incompatibile con questa prospettiva. Su tale base, le regole di moderazione dovrebbero essere sottoposte ad un periodico processo di *due diligence* sul loro impatto

¹¹²Come, letteralmente è affermato nelle UNGP, pagina web citata, p. 13, par. 11 del documento.

¹¹³ Ivi, p. 14.

¹¹⁴ B. SANDLER, *Freedom of expression in the age of online platforms...*cit., p. 969.

¹¹⁵ Vedi art. 19 cit., comma 3 che evidenzia, oltre alla morale, come si richiama nel testo, il rispetto dei diritti o della reputazione degli altri, la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, la salute pubblica.

¹¹⁶ B. SANDLER, *Freedom of expression in the age of online platforms...*cit., p. 974. Da considerare, anche, in tale ottica, l’art. 20 della stessa Convenzione del 1966, che aggiunge, per gli Stati, l’obbligo di proibire per legge le forme di propaganda della guerra, di sostegno all’odio nazionalista, razziale, religioso, che costituisce incitamento all’ostilità, alla violenza ed alla discriminazione.

¹¹⁷ B. SANDLER, op. ult. cit., p. 971 che ricorda anche come il *General Comment No. 34*, dello *UN Human Rights Committee*, pubblicato il 12 settembre 2011, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>, p. 6, par. 22, evidenzia come le restrizioni alla libertà di espressione dovrebbero essere formulate “with sufficient precision to enable an individual to regulate his or her conduct accordingly” e “made accessible to the public.”.

rispetto ai diritti umani, comprensivo di varie fasi, tra le quali spicca in particolare le frequente, regolare consultazione degli utenti sia come singoli, sia nelle varie categorie e forme di aggregazione in cui sono segmentati, per essere in grado di effettuare interventi duttili, anche differenziati rispetto alle connotazioni delle varie aree geopolitiche e modulabili dai vari utenti sulla base della loro sensibilità¹¹⁸. Accanto a ciò dovrebbero anche essere previste procedure in autotutela, strutturate e dotate di un sufficiente grado di imparzialità per un riesame delle decisioni prese dalle piattaforme sui contenuti e sugli *account* degli utenti¹¹⁹.

Certamente la concreta definizione di tali complessi ed articolati profili non appare agevole, ma si può affermare, sulla scorta di quanto si è cercato di porre in evidenza in questo contributo, che il tema ormai appartiene clamorosamente all'agenda del mondo contemporaneo e la ricerca di soluzioni non è più rinviabile.

ABSTRACT

Il contributo parte dall'analisi del fenomeno dell'attività di moderazione effettuata dai titolari dei Social Networks, mediante operatori umani o algoritmi (o sistemi misti), sui contenuti degli account dei propri utenti, in ordine alla loro conformità ad alcuni standards "comunitari", aventi la connotazione di condizioni generali di utilizzo o policies. Viene esaminato, in tale angolazione, il caso specifico della sottoposizione dell'immagine di un'opera d'arte, caratterizzata dalla presenza di nudità, a tali procedure di verifica, il cui esito è stato rappresentato da interventi sanzionatori nei confronti del titolare dell'account, che sono andati dalla rimozione coattiva del post fino alla sospensione dell'account stesso. L'analisi ricostruisce il contesto generale, attraverso la delineazione dell'attuale collocazione giuridica, nel sistema della comunicazione, delle piattaforme digitali e delle problematiche di ordine generale che tale collocazione determina, per poi approfondire i passaggi specifici concernenti l'impatto della posizione dominante di tali piattaforme sulla libertà di espressione, nella specie di tipo artistico e della difficoltà di una regolamentazione, la cui necessaria portata globale appare di complessa realizzazione.

This essay starts from the analysis of the phenomenon of content moderation, carried out by the owners of Social Networks, through human operators or algorithms (or mixed systems), in order to comply with certain "community" standards, having the connotation of general conditions of use or policies. From this angle, the specific case of the subjecting of the image of a work of art characterized by the presence of nudity to these verification procedures is examined. The outcome of these verification procedures was often represented by sanctions against the account holder, which consisted of the forced removal of the post or the suspension of the account itself. The analysis reconstructs the general context, by the delineation of the current legal position, in the communication system, of the digital platforms and of the general problems that this position determines, and then examines the specific passages concerning the impact of the dominant position of such platforms on freedom of expression, especially of an artistic nature and on the difficulty to find an efficient regulation, whose necessary global scope appears to be complex to achieve.

¹¹⁸ B. SANDLER, *Freedom of expression in the age of online platforms...*cit, pp. 980 e 990.

¹¹⁹ Ivi, p. 1000 e ss.

