

6 NOVEMBRE 2024

*Content moderation e free speech clause: il
controverso rapporto fra libertà e
responsabilità delle piattaforme digitali
nella più recente giurisprudenza della
Corte suprema federale USA*

di Laura Fabiano

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Bari Aldo Moro



*Content moderation e free speech clause: il controverso rapporto fra libertà e responsabilità delle piattaforme digitali nella più recente giurisprudenza della Corte suprema federale USA**

di Laura Fabiano

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Abstract [It]: La sentenza *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, Llc, Dba Netchoice, et al.* Adottata dalla Corte suprema federale statunitense il primo luglio 2024 è significativa sia in relazione al tema di merito che in essa è affrontato (l'attività di *content moderation* delle piattaforme digitali quale forma di *free speech*) sia in connessione ad alcuni aspetti processuali che la riguardano (in particolare la legittimità costituzionale del cosiddetto giudizio di *facial challenge*).

Title: The content moderation and free speech clause: the contentious relationship between digital platform freedom and responsibility in the most recent US federal Supreme Court jurisprudence

Abstract [En]: The decision in *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, Llc, Dba Netchoice, et al.*, adopted by the US federal Supreme Court on July 1, 2024, is significant both in terms of the substantive issue that it addresses (the content moderation activity of digital platforms as a form of free speech) and in terms of some procedural aspects that concern it (particularly the constitutional legitimacy of the so-called facial challenge judgment).

Parole chiave: Libertà di espressione, Moderazione dei contenuti, Irresponsabilità del server digitale, contestazione “facciale”

Keywords: Free Speech Clause, Content Moderation, Server Liability, Facial Challenge

Sommario: **1.** Sui diversi profili di rilievo della decisione *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, Llc, Dba Netchoice, et al.* **2.** La *content moderation* nell'esperienza statunitense: evoluzione giurisprudenziale. **3.** L'*Opinion of the Court* “sul merito” della decisione *Moody*: la libertà di espressione del pensiero del gestore di una piattaforma digitale. **4.** La vicenda *Moody* e la legittimità della contestazione: il facial challenge nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale statunitense.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Sui diversi profili di rilievo della decisione *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, Llc, Db a Netchoice, et al.*

Il primo luglio del 2024 la Corte Suprema federale statunitense ha adottato un'interessante decisione in tema di libertà di espressione e garanzie offerte dal I emendamento alla Costituzione federale statunitense¹.

La sentenza *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, Llc, Db a Netchoice, et al.*², che concerne la legittimità costituzionale di due leggi statali della Florida³ e del Texas⁴, è una decisione articolata⁵ e costituisce oggetto di interesse sia in relazione al tema di merito che in essa è affrontato (l'attività di *content moderation* delle piattaforme digitali quale forma di *free speech*) sia in connessione ad alcuni aspetti processuali che la riguardano (in particolare la legittimità costituzionale del cosiddetto giudizio di *facial challenge*).

In relazione al primo aspetto, la decisione rappresenta una tappa significativa nella già corposa giurisprudenza concernente il tema della moderazione dei contenuti *online* e della raccomandazione algoritmica effettuabile dai *server* digitali: difatti, la sentenza in oggetto rappresenta, nell'ambito di tale filone giurisprudenziale, il primo caso in relazione al quale sembra affermarsi che la *content moderation* sia un diritto dei gestori delle piattaforme digitali garantito dal I emendamento (mentre la giurisprudenza pregressa ha perlopiù approfondito il tema della responsabilità del *provider* in relazione alla moderazione dei contenuti).

In relazione al secondo aspetto, la decisione è particolarmente significativa in termini processuali in quanto è un *writ of certiorari* sorto in relazione ad un cosiddetto *facial challenge*, tipologia di contestazione giudiziaria alternativa al c.d. *as applied challenge*. Essa è da tempo oggetto di attenta analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza statunitense con riguardo alla sua legittimità costituzionale perché da qualcuno (nella decisione in commento, ad esempio, i giudici Thomas e Alito) considerata in contrasto con l'articolo III della Costituzione federale che richiede che l'attività giurisprudenziale sia sempre connessa a "*cases and controversies*".

¹ La decisione è stata immediatamente commentata a caldo dalla più attenta dottrina italiana. Si rinvia a proposito a M. BASSINI, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *Il I emendamento USA tutela le piattaforme e dà loro un ruolo editoriale*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 luglio 2024. Cfr. altresì E. MANTOVANI, *Piattaforme digitali: l'attività di selezione dei contenuti è protected speech. La Corte suprema USA limita gli interventi di regolazione statale nel settore digitale*, in *Blog Diritti Comparati*, 18 luglio 2024.

² 603 U. S. ____ (2024).

³ S. B. 7072.

⁴ H. B. 20.

⁵ L'opinion of the Court è redatta dalla giudice Kagan. Ad essa aderiscono del tutto Roberts, Sotomayor, Kavanaugh e Barrett mentre la giudice Jackson si associa alle part I, II e III-a. Inoltre, la giudice Barrett presenta una propria *concurring opinion* così come Jackson, Thomas e Alito. Alla decisione concorrente di quest'ultimo si associano Thomas e Gorsuch.

La sentenza, pertanto, discute simultaneamente di questioni di legittimità di stringente attualità costituzionale sotto molteplici profili e, a ragione di ciò, si pone fra le decisioni (tante) che recentemente possono essere considerate emblematiche dell'attivismo giudiziario dell'attuale Corte suprema federale statunitense⁶.

2. La *content moderation* nell'esperienza statunitense: evoluzione giurisprudenziale

Il tema della *content moderation*, ovvero dell'attività di filtraggio, impostazione delle priorità o etichettamento di messaggi, video o qualunque altro genere di contenuti di terze parti effettuate da un *provider*, ha riguardato soprattutto la (non) responsabilità del *provider* stesso in relazione a tali attività ed è stato da sempre caratterizzato da un'impostazione tendenzialmente liberale/liberista orientata a non “deprimere” (e al medesimo tempo non esasperare) la stessa moderazione dei contenuti considerata una delle possibilità più funzionali al fine di effettuare forme di controllo dell'espressione del pensiero in rete. In questa giurisprudenza -criticata da parte di chi, ha, invece, teso a sottolineare la sovrastima da parte della suprema Corte delle capacità attive di autoprotezione degli utenti digitali nella loro possibilità di scelta fra contenuti desiderati ed indesiderati⁷- il I emendamento è stato interpretato come garanzia non sufficiente a tutelare la libertà di espressione degli utenti in rete facendo leva sul fatto che la Costituzione federale difende i privati dall'interferenza statale governativa nella loro libertà di espressione e non, invece, dall'interferenza e dalle limitazioni poste da altri privati. La detta giurisprudenza si ricollega all'adozione, nel 1996, della notissima sezione 230 del *Title 47* dello *Us Code (Communication Decency Act)* atto normativo del Congresso che sanciva la completa deresponsabilizzazione degli *Internet provider* per i contenuti caricati da terzi attraverso la previsione della c.d. “clausola del buon samaritano” in base alla quale «No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—
(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

⁶ Il tema è al centro di molte riflessioni dottrinarie. Si rinvia, a titolo esemplificativo a: L.P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2021, pp. 499 ss.; G. ROMEO, L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2014-2015 e 2015-2016*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2017, pp. 2303 ss.; L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2017-2018 e 2018-2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2019, pp. 2917 ss.; ID., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale* n. 5, 2021, pp. 2417 ss.; ID., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2021-2022 e 2022-2023*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2023, pp. 2395 ss. cfr altresì L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution*, New York, 2014, pp. 7 ss. e D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch. Inside the Supreme Court in the Age of Trump*, II ed., New York, 2019.

⁷ L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 4-5, 2023, pp. 597 ss.

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph»⁸.

La normativa congressuale adottata nel 1996, a propria volta, era successiva ad alcune decisioni in tema di responsabilità del *provider* adottate da giudici inferiori o statali nel quinquennio precedente, le quali avevano evidenziato la possibilità di optare sul tema scelte anche molto diverse fra loro. Una prima nota decisione, in ordine di tempo, è sicuramente il caso *Cubby v. Compuserve*⁹ nel quale la Corte distrettuale per il *Southern District* dello Stato di New York aveva equiparato una piattaforma ospitante una newsletter ad un edicolante, applicandone il relativo regime di responsabilità; diversamente, qualche anno dopo, nella decisione *Stratton Oakmont v. Prodigy Service Company*¹⁰, la Corte suprema di New York era addivenuta a conclusioni estremamente diverse condannando il gestore di una piattaforma (*Prodigy*) che ospitava una bacheca virtuale ritenendolo responsabile per i contenuti diffamatori pubblicati da terzi in relazione all'attività di moderazione che la piattaforma svolgeva in conformità con i termini d'uso. Difatti, proprio considerando tale attività di *content moderation* la Corte ritenne che lo *standard* applicato in *Compuserve* non fosse neutrale e concluse che, nel caso in discussione, il gestore *on line* potesse essere paragonato ad un editore. Tale impostazione, tuttavia, poteva finire per spingere i gestori delle piattaforme a non praticare alcuna forma di moderazione dei contenuti o, al contrario, condurre a forme di censura *on line* esasperate: in relazione a tale rischio il Congresso si risolse all'adozione della nota normativa del CDA esonerando i *provider* da ogni responsabilità (salvo alcune limitate eccezioni¹¹) per contenuti caricati da terzi sulle loro piattaforme.

La giurisprudenza successiva all'adozione del CDA ne ha confermato e, se possibile ampliato, l'impianto di base: in *Zeran v. America Online*¹² la Corte d'appello per il Quarto circuito, nel 1997, sancisce difatti

⁸ 47 U.S. Code § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material, c (2).

⁹ *Cubby v. Compuserve*, 776 F Su 135 (S.D.N.Y. 1991).

¹⁰ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 23 Media L. Rep. 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

¹¹ 47 USC sez. 230 (e)(5).

¹² 129 F3d 327 (4th cir. 1997). Il ricorrente era stato vittima di minacce di morte e molestie telefoniche per un anno dopo che i suoi recapiti erano stati pubblicati da un utente anonimo su un forum interattivo gestito dal provider *America Online*, in collegamento alla vendita di oggetti satirici sull'attentato terroristico di Oklahoma City. Il contenuto del *post* era, pertanto, illecito. Il richiedente aveva ripetutamente chiesto l'eliminazione dal *forum* dei suoi dati personali, ma l'*America Online* vi aveva proceduto solamente a distanza di parecchio tempo non sufficiente ad impedire, nel frattempo, la comparsa di altri *post* che riportassero i suoi recapiti. Nel processo, il ricorrente aveva asserito la negligenza della *America Online* nella gestione del *post*, argomentando che la *section 230* non si applicasse a beneficio dell'*America Online*, poiché il ruolo di quest'ultima nella vicenda si configurava alla stregua non di un editore o di un produttore (per riprendere la terminologia impiegata nell'*Act*) bensì di un "distributore", equiparabile ad un'edicola, e pertanto responsabile se al corrente dell'illiceità del contenuto in questione. Ad avviso del ricorrente, *America Online* era consapevole dell'illiceità proprio in conseguenza delle ripetute richieste di cancellazione da lui avanzate. La Corte d'Appello ha stabilito invece che l'immunità era comunque applicabile ad *America Online*, perché ritenere il *provider* colpevole per aver semplicemente distribuito un dato illecito lo avrebbe equiparato al produttore del contenuto. Una dichiarazione di colpevolezza avrebbe indotto i *providers* ad una censura eccessiva delle comunicazioni, per timore di essere chiamati a rispondere ed inoltre, l'assenza di immunità avrebbe comportato, per i *providers*, la necessità di eseguire una verifica circa la sussistenza di estremi per una eventuale diffamazione, con una decisione che avrebbe dovuto essere pressoché istantanea, ciò che è

l'ampiezza della portata della sez. 230 stabilendo che essa garantiva il *provider* anche quando quest'ultimo fosse stato a conoscenza della natura illecita (mediante segnalazione) dei contenuti presenti sulla sua piattaforma. Tale interpretazione finiva per ampliare l'immunità del *provider* al di là dei limiti già estesi stabiliti nel precedente *CompuServe* in quanto in *Zeran* la Corte stabiliva che la sezione 230 non si limitava ad escludere una qualificazione editoriale dei *provider*, ma precludeva ad essi anche l'applicabilità del regime di responsabilità del distributore dei contenuti (il famoso edicolante).

La vasta estensione dei caratteri dell'immunità garantita dalla sezione 230 viene ribadita in successive decisioni statunitensi nelle quali è affermato il principio per il quale essa si estende anche ai casi in cui il terzo, produttore delle asserite diffamazioni, è vincolato al *provider* per mezzo di un contratto di lavoro autonomo¹³ o nei quali il terzo abbia commesso un evidente illecito penale¹⁴.

Il tema in discussione si riconnette certamente alla giurisprudenza concernente le garanzie del I Emendamento in relazione ad i vettori della comunicazione ed in particolare gli strumenti di comunicazione di massa. Con riguardo a quest'ultimo ambito, la giurisprudenza della Corte suprema ha differenziato fra radio e televisione da un lato e carta stampata e contesto digitale dall'altro. Infatti, con riguardo agli strumenti di comunicazione di massa radiotelevisivi, la Corte ha dato accesso ad una giurisprudenza maggiormente restrittiva, facendo leva sul concetto di scarsità del mezzo e di passività

praticamente impossibile data la natura delle comunicazioni su Internet. Si è in tal modo superata l'incertezza ingenerata da due casi in cui si erano posti dubbi circa la responsabilità del provider: *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Su 135 (S.D.N.Y. 1991) e *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

¹³ *Blumenthal v. Drudge and America Online, Inc.*, 992 F. Su 44 (D.C.C. 1998). Il giornalista (*columnist*) internet Matthew Drudge aveva esposto affermazioni asseritamente diffamatorie nei confronti di Sidney Blumenthal, noto ex-giornalista e dipendente della Casa Bianca. Drudge riceveva circa 3.000 dollari mensili come corrispettivo dei suoi servizi; nel contratto di lavoro, l'*America Online* si era riservata il diritto di rimuovere qualsiasi contenuto in violazione dei *Terms of Service* della *America Online* stessa, ma la responsabilità ed il controllo editoriale rimanevano interamente del giornalista. Blumenthal ha convenuto in giudizio sia Drudge sia la *America Online*, quest'ultima in qualità di creatrice del post che ha scatenato la controversia, data la riserva presente nel contratto. L'immunità conferita dalla *Section 230* sarebbe dunque venuta meno, secondo Blumenthal, poiché l'informazione non era stata "fornita da un altro fornitore di contenuto informativo". La Corte ha tuttavia respinto la tesi di Blumenthal, sostenendo che Drudge non era né un agente né un dipendente dell'*America Online*, bensì un lavoratore autonomo; pertanto, l'informazione proveniva effettivamente da un fornitore di contenuti diverso e *America Online* poteva godere dell'immunità anche in questo caso

¹⁴ In *Doe v. America Online, Inc.*, 1997 WL 374223 *1, aff'd, *Doe v. America Online, Inc.*, No. 97-2587, 1998 WL 712764 (Fla. Ct. A Oct. 14, 1998), la madre di un utente minorenni delle *chat-rooms* gestite da *America Online* aveva denunciato il *provider*, asserendo che un utente avesse ripetutamente richiesto di poter visionare un filmato nel quale l'utente avrebbe compiuto atti sessuali con il figlio. La madre ha sostenuto che *America Online* era stata negligente nel permettere tali richieste. I *Terms of Service* dell'*America Online* contenevano un espresso divieto della distribuzione di materiale "illegale, nocivo, osceno o comunque indesiderabile" per mezzo dei suoi canali telematici ed il *provider* si era riservato il diritto di eliminare tale contenuto. Nonostante fossero giunte molte e ripetute richieste di bloccare l'attività dell'utente, *America Online* non aveva preso alcun provvedimento nei suoi confronti. La madre aveva da ciò dedotto che la condotta dell'utente, ma anche quella dell'*America Online*, costituivano una violazione delle leggi dello Stato della Florida che sanzionavano la partecipazione nella distribuzione della pedopornografia. La Corte d'Appello dello Stato della Florida ha ripreso la suddetta sentenza *Zeran v. America Online*, per stabilire che un *provider* può godere dell'immunità sia in quanto editore, sia in quanto distributore.

dell'utenza¹⁵; al contrario, con riguardo alla Carta stampata ed al contesto digitale, la Corte suprema ha ribadito sempre l'inviolabilità del *free speech*. Il *leading case* che segna tale approccio per la carta stampata è certamente il caso *Miami Herald publishing v. Tornillo*¹⁶, del 1974, ove la Corte federale, in tema di diritto di replica, ha sancito che imporre alla stampa il connesso obbligo di pubblicazione di una replica significa imporre dei contenuti e, dunque, minarne il carattere di libertà.

Il medesimo regime liberale si riscontra nella giurisprudenza concernente l'applicabilità di possibili approcci restrittivi alla libertà di espressione *on line*; ciò a partire dalla nota decisione *Reno v. ACLU*¹⁷, del 1997, ove i precedenti giurisprudenziali definiti per l'emittenza radiotelevisiva, pur presi in considerazione, non vengono considerati applicabili e la Corte opera, dunque, in relazione a questi ultimi, un netto *distinguishing*.

La decisione *Reno* riguardava l'incostituzionalità del *Communication Decency Act* del 1996 (un atto normativo adottato dal Congresso nel 1996 a protezione dei minori dalla diffusione di materiale osceno o pornografico). Nel sancirne la legittimità il giudice Stevens, relatore per la Corte, affermò che, a differenza dei mass media tradizionali, Internet non dovesse essere considerato altrettanto "invasivo" in quanto l'accesso alle informazioni *on line* richiedeva un'attività di ricerca dell'utente in relazione alla quale esso non poteva qualificarsi passivo¹⁸. Inoltre, la decisione di maggioranza metteva in evidenza che Internet

¹⁵ Nel caso *Red Lion Broad. Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), del 1969, la Corte suprema ha valutato la legittimità della c.d. *Fairness Doctrine*, una *policy* della *Federal Communications Commission* (FCC) introdotta nel 1949 e fondata sul *Radio Act* del 1927 e sulla sez. 307 (licenze) del Titolo 47 (radiodiffusione) dello *US Code*, in base alla quale la Commissione, in considerazione della scarsità delle risorse nella diffusione radiofonica e televisiva, subordinava la concessione della licenza a tramettere all'impegno da parte dei titolari delle relative licenze a fornire un servizio di informazione pubblica orientato al pluralismo e alla correttezza. È dunque l'argomentazione della scarsità delle risorse d'accesso al mezzo televisivo a fungere da elemento dirimente della decisione *Red Lion* tema che viene ripreso anche in altre sentenze successive ove la Corte sancisce la legittimità costituzionale di alcune disposizioni c.d. "must carry" (cfr. ad esempio, *Turner Broadcasting System v. FCC*, 512 US 622 (1994) su cui si rinvia al prosieguo del testo). La giurisprudenza della Corte suprema in relazione alla limitazione della libertà di espressione in ambito radiotelevisivo arriva tra l'altro, in alcune limitate circostanze, a pronunciarsi anche sugli stretti contenuti veicolati tramite tali mezzi; questo avviene ad esempio quando, nel 1987, nella decisione *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978), la Corte suprema conferma il potere della FCC di regolare, in circostanze limitate (stabilendo orari e condizioni di trasmissione), programmi che pur non "osceni" fossero qualificabili come "indecenti". A fianco della motivazione concernente la "scarsità" del bene, nella decisione *Pacifica* uno dei perni in relazione al quale il relatore per la Corte ritiene di differenziare il regime di applicabilità del I emendamento al mezzo radiotelevisivo è legato alla passività dell'utenza ed alla sua estrema diffusione presso le abitazioni private.

¹⁶ *Miami Herald publishing v. Tornillo*, 418 US 241 (1974). Criticamente, sulla decisione *Tornillo* cfr. D.C. STEPHENSON, *Access to the Printed Media by Political Candidates: Miami Herald Publishing Company v. Tornillo*, in *SMU law Review*, vol. 28, n. 5, 1974, pp. 1038 ss.

¹⁷ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844 (1997).

¹⁸ «the Internet is not as "invasive" as radio or television. The District Court specifically found that [c]ommunications over the Internet do not "invade an individual's home or appear on one's computer screen unbidden. Users seldom encounter content "by accident», *Reno, Opinion of the Court, Part V*.

non fosse caratterizzato da una intrinseca limitatezza delle vie di accesso e che, dunque, non fosse necessario, nell'arena digitale, proteggere una risorsa espressiva in ragione della sua scarsità¹⁹.

3. L'*Opinion of the Court* "sul merito" della decisione *Moody*: la libertà di espressione del pensiero del gestore di una piattaforma digitale

Nella sentenza del primo luglio 2024, concernente, come detto, la legittimità costituzionale di due leggi statali (della Florida e del Texas) è proprio il caso *Tornillo* a costituire uno fra i precedenti più citati.

Le leggi statali impugnate nel caso *Moody* vengono adottate nel 2021 da maggioranze repubblicane sulla base del rilievo per il quale, a loro parere, l'opinione collegata a tale orientamento politico viene frequentemente limitata, nel contesto digitale, a danno del pluralismo che dovrebbe essere garantito in un contesto democratico. A ragione di ciò, entrambe le leggi prevedevano dei limiti alle attività di *content moderation*²⁰ effettuabili dal *provider* nei confronti di parti terze ed utenti²¹ imponendo anche che il gestore della piattaforma digitale che effettua un'attività di moderazione dei contenuti giustifichi ogni volta, individualmente, le proprie decisioni censorie²².

Dinanzi all'adozione di tali normative la NetChoice LLC e la Computer and Communication Industry Association (un'associazione di categoria che comprende Facebook e Youtube) impugnano la normativa richiedendo un giudizio di *facial challenge*. Le due questioni vengono dunque decise dalla *Court of Appeal*

¹⁹ «Unlike the conditions that prevailed when Congress first authorized regulation of the broadcast spectrum, the Internet can hardly be considered a "scarce" expressive commodity. It provides relatively unlimited, low-cost capacity for communication of all kinds», *Reno, Opinion of the Court, Part V*.

²⁰ La normativa della Florida utilizza più esplicitamente il termine *censorship* definita come ogni azione diretta a «delete, regulate, restrict, edit, alter, [or] inhibit» gli utenti dal postare i propri contenuti; «post an addendum to any content or material posted by a user» ovvero «inhibit the ability of a user to be viewable by or to interact with another user», §501.2041(1)(b).

²¹ La legge della Florida si applica a social media che abbiano un fatturato annuo lordo di oltre 100 milioni di dollari e più di 100 milioni di utenti mensili Fla. Stat. §501.2041(1)(g) (2023). La detta legge limita la libertà delle piattaforme di effettuare scelte di esposizione mediatica riguardanti gli esponenti politici (Fla. Stat. §501.2041(2)(h)) imponendo scelte di moderazione dei contenuti coerenti fra loro (dunque, non discriminatorie) Fla. Stat. §501.2041(2)(b). La legge della Florida, inoltre, impone che agli utenti sia offerta la possibilità di effettuare un *opting out* rispetto alle scelte di moderazione dei contenuti operate dall' algoritmo della piattaforma e dunque vedere ogni genere di contenuto caricato in ordine cronologico Fla. Stat. §501.2041(2)(f). La legge del Texas, al contrario, non prevede queste ultime specificazioni e si rivolge a piattaforme con più di 50 milioni di utenti mensili Tex. Bus. & Com. Code Ann. §120.002(b) (West 2023). L'ambito di applicazione della legge del Texas è dunque più ridotto in quanto la normativa definisce come «[s]ocial media platform» ogni «[i]nternet website or application that is open to the public, allows a user to create an account, and enables users to communicate with other users for the primary purpose of posting information, comments, messages, or images» Tex. Bus. & Com. Code Ann. §120.001(l). Inoltre, la normativa texana non è diretta a normare l'attività di internet-service providers, email providers e websites che «consist[er] primarily of news, sports, entertainment, or other information or content that is not user generated but is preselected by the provider» Tex. Bus. & Com. Code Ann. §120.001(1)(C)(i). L'attività di censura definite nella normativa texana comprende «block, ban, remove, deplatform, demonetize, de-boost, restrict, deny equal access or visibility to, or otherwise discriminate», Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§143A.001(1), 143A.002(a)(1)–(3) (West Cum. Supp. 2023). La legge impugnata autorizza, tuttavia, ogni forma censoria autorizzata o richiesta dalla normativa federale (a tutela, ad esempio, del divieto di abuso sessuale sui minori), §§143A.006(a)–(b).

²² Fla. Stat. §§501.2041(2)(d), (i), (3); Tex. Bus. & Com. Code Ann. §120.103(a)(1). La normativa texana prevede anche che un utente possa presentare appello contro la rimozione di un suo contenuto da risolversi in non più di 14 giorni lavorativi, Tex. Bus. & Com. Code Ann. §§120.101, 120.103(a)(2), (a)(3)(B)–(b), 120.104.

per l'XI Circuito con riguardo alla legge della Florida e dalla Corte di Appello del V Circuito in relazione alla legge del Texas.

La Corte di Appello per l'XI Circuito accoglie il ricorso considerando sussistente la lesione del I Emendamento ed eccessivamente gravosa la necessità di giustificare individualmente, ogni volta, le decisioni di censura e di moderazione dei contenuti²³; la Corte di Appello per il V Circuito, invece, rigetta il ricorso affermando che non vi sia alcuna forma di *free speech* da proteggere nell'attività di *content moderation* effettuata dai gestori di una piattaforma digitale²⁴.

La Corte Suprema federale decide dunque di pronunciarsi concedendo un *writ of certiorari* per dirimere questo divario di approdi giurisprudenziali.

Nella decisione *Moody* la Corte annulla entrambe le sentenze analizzate e rinvia gli atti alle corti inferiori rilevando che esse non hanno eseguito correttamente il controllo di *facial challenge*: esso, secondo una certa giurisprudenza della suprema Corte²⁵, non può essere difatti eseguito strettamente in relazione alle questioni riguardanti chi ha proposto il ricorso ma deve essere orientato a valutare tutte le possibili forme di incostituzionalità della legge impugnata, attività che, secondo l'opinione della Corte, non è stata adeguatamente svolta dalle corti inferiori. Difatti, entrambe le corti di circuito hanno analizzato le problematiche di legittimità costituzionale solo in relazione a *content provider* molto grandi (come Facebook e Youtube) non valutando l'impatto della normativa per *social network* di più ridotte dimensioni ovvero dotate di caratteristiche peculiari (servizi di messaggistica istantanea o di posta elettronica).

Nel rinviare la questione alle giurisdizioni inferiori la suprema Corte svolge tuttavia alcune riflessioni in merito alla portata del I Emendamento in relazione all'attività delle piattaforme digitali criticando soprattutto l'esito della decisione adottata dalla Corte di Appello per il V Circuito in merito alla legge del Texas.

La giudice Kagan, nello scrivere l'opinione della Corte, evidenzia infatti come le conclusioni raggiunte dal V Circuito sono legate ad un fraintendimento dei precedenti attinenti il I Emendamento e ritiene, pertanto, di dover chiarire il principio per il quale in base alla *free speech clause* il governo non può interferire nell'espressione del pensiero privato in quanto il fine della clausola costituzionale è garantire la libertà del pensiero esclusivamente dall'interferenza pubblica.

Conseguentemente, l'obiettivo perseguito dalle leggi impuginate di correggere il mercato delle idee e garantirne il pluralismo non è legittimo o comunque non può essere perseguito attraverso la repressione del pensiero.

²³ *NetChoice v. Attorney Gen., Fla.*, 34 F. 4th 1196, 1212 (2022).

²⁴ 49 F. 4th 439, 469–480 (CA5 2022)

²⁵ Sulla questione si rinvia alle riflessioni del paragrafo 4.

I precedenti richiamati dalla Corte a suffragio di tali valutazioni sono la già citata sentenza Tornillo insieme ad altre tre decisioni: la sentenza *Pacific gas & Electric co. v. Public Utilities Commission*²⁶ (1986); il caso *Turner Broadcasting v. FCC*²⁷ (1997) ed infine la decisione *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*²⁸ (1995).

La decisione *Pacific gas* aveva avuto origine da una disputa riguardante una newsletter che la compagnia elettrica *Pacific gas*, un'azienda privata di servizi pubblici, aveva incluso nelle proprie bollette mensili ai clienti. Un'organizzazione no profit, la *Toward Utility Rate Normalization* (TURN), aveva citato in giudizio l'azienda sostenendo che lo spazio extra nella busta di fatturazione occupato dalla newsletter costituiva una forma di discorso politico ed aveva dunque ottenuto dalla *California Public Utilities Commission* la possibilità di imporre alla compagnia elettrica l'introduzione di messaggi alternativi nella newsletter in opposizione rispetto a quelli forniti dalla stessa compagnia elettrica. L'Agenzia aveva infatti ritenuto che lo spazio nella busta di fatturazione a cui poteva essere aggiunto materiale informativo fosse paragonabile ad uno spazio pubblico e dunque la Commissione poteva ordinare all'azienda di servizi di consentire anche ad altri gruppi di utilizzare tale spazio in nome del pluralismo. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto tuttavia incostituzionale l'ordinanza della *California Public Utilities Commission* affermando che il free speech include anche il diritto di non veicolare messaggi che non si condividono in quanto la scelta di parlare comprende anche la scelta di “non dire”.

Nella decisione *Turner Broadcasting* la Corte sancisce la legittimità costituzionale di alcune disposizioni c.d. “*must carry*” finalizzate a garantire il pluralismo delle emittenti radiotelevisive imponendo che una percentuale delle reti via cavo presenti in un certo mercato venisse riservata all'emittenza locale. Tuttavia, nella medesima decisione la Corte evidenzia come le norme impugnate «*interfere[d]*” *with the cable operators' editorial discretion*» e giustificava le restrizioni imposte solo sulla base della scarsità delle risorse d'accesso al mezzo televisivo²⁹.

Infine, nella decisione *Hurley* la Corte, in una vicenda riguardante l'esclusione dell'*Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* (GLIB) da parte del Comitato organizzatore delle manifestazioni per le celebrazioni di san Patrizio nella Città di Boston, ha sancito con chiarezza che i cittadini privati che organizzano una manifestazione pubblica non possono essere obbligati dallo Stato ad includere gruppi che trasmettono un messaggio che gli organizzatori non vogliono che venga introdotto nella loro manifestazione.

²⁶ *Pacific gas & Electric co. v. Public Utilities Commission*, 475 U.S. 1 (1986).

²⁷ *Turner Broadcasting v. FCC*, 520 US 180 (1997).

²⁸ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

²⁹ V. nota 15.

È evidente come un'impostazione come quella proposta nella sentenza *Moody* da parte della Corte suprema in relazione all'attività di moderazione dei contenuti dei gestori delle piattaforme digitali sembra, almeno in parte, porsi in contrasto con lo speciale regime giuridico sulla responsabilità del medesimo gestore (in relazione alle opinioni espresse dalle parti terze sulla propria piattaforma) previsto dalla sezione 230 del CDA del 1996 e con la conseguente giurisprudenza che ne è seguita.

Tale contrasto si evidenzia particolarmente riflettendo sui già citati casi *Prodigy* e *Zeran*: il primo, infatti, considerava l'attività di moderazione dei contenuti un'attività editoriale (il medesimo parallelismo proposto dalla Corte nella decisione *Moody*) ma collegava strettamente tali operazioni ad una correlativa responsabilità. Il secondo, dopo l'adozione del CDA del 1996, escludeva esplicitamente una forma di responsabilità di tipo editoriale in capo alle piattaforme digitali.

Il contrasto sussistente fra la scelta di considerare il gestore di una piattaforma digitale come un editore (e, dunque, garantire la sua attività nell'ambito del free speech del I emendamento) ed il regime di responsabilità che, nondimeno, gli è comunque attribuito grazie alla sezione 230 del CDA si rileva anche considerando il contrasto, in termini di argomentazioni, che si rinviene rispetto ad alcune decisioni assunte recentemente dalla stessa Corte suprema quali, in particolar modo i casi *Gonzales v Google*³⁰ e *Twitter, Inc. v. Taamneh*³¹.

La vicenda sottostante al caso *Gonzales v. Google* riguardava il grave e complesso atto terroristico verificatosi a Parigi nel novembre del 2015. In quella circostanza perse la vita (fra molti altri) una giovane donna americana la cui famiglia aveva successivamente deciso di intentare una causa civile contro Google sostenendo che Youtube (società ad essa collegata), attraverso la diffusione algoritmicamente mirata dei suoi video, aveva favorito il reclutamento dei terroristi e la costituzione della loro rete³². Il tribunale distrettuale si è pronunciato a favore di Google facendo perno sulla sez. 230 e tale decisione era stata confermata dal Nono circuito; tuttavia, la Corte suprema aveva concesso il *certiorari* animando il dibattito circa l'idea per la quale le grandi aziende digitali non potessero più continuare ad essere considerate figure neutrali ai discorsi che circolano in rete giacché risulterebbe oramai evidente come le stesse siano guidate dal maggiore vantaggio economico che risiede nell'acquisizione dei dati e nella circolazione stessa di alcune informazioni; solo apparentemente, peraltro le stesse vedono gli utenti come soggetti attivi: esiste,

³⁰ *Gonzales v. Google*, 598 U. S. 617 (2023).

³¹ *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U. S. 471 (2023)

³² Il ricorso era fondato sull'*Anti Terrorism Act* il quale consente ai cittadini statunitensi di esigere un risarcimento per danni sofferti «*by reason of an act of international terrorism*» 18 U.S.C. § 2333(a), e estende la responsabilità ad «*any person who aids and abets, by knowingly providing substantial assistance*» ad una persona che commette un atto di terrorismo internazionale, 18 U.S.C. § 2333(d).

difatti, tutto un margine di passività dell'utenza che necessita di essere normato a partire dalle problematiche concernenti la trasparenza e la discriminazione algoritmica³³.

Il *certiorari* nel caso *Gonzales v. Google* veniva concesso insieme ad un altro caso relativo alla Sezione 230 ed al tema del terrorismo ovvero *Twitter, Inc. v. Taamneh*. La vicenda sottostante a tale caso riguardava la morte di un cittadino giordano Nawras Allassaf, nel 2017 durante un attacco terroristico ad Istanbul. I parenti statunitensi del ragazzo avevano citato in giudizio Twitter, Google e Facebook sostenendo che le dette compagnie digitali fossero in parte responsabili dell'accaduto. In questa vicenda processuale il parametro di valutazione non era tuttavia la sez. 230 ma l'*Anti-Terrorism Act*³⁴ in base al quale i cittadini degli Stati Uniti che maturano un danno «a causa di un atto di terrorismo internazionale» possono chiedere il risarcimento citando in giudizio i singoli terroristi e le organizzazioni che hanno effettuato direttamente l'attacco ed anche in base alla §2333(d)(2)³⁵.

I ricorrenti sostenevano che non attuando un'adeguata sorveglianza sulle informazioni in circolo sulla rete, le dette grandi aziende avevano finito con il favorire l'azione terroristica. La Corte suprema, tuttavia, non condivise tale ricostruzione sostenendo che la raccomandazione algoritmica posta in essere dalle piattaforme imputate fosse “neutrale” ovvero svolgesse una funzione di *matching* fra contenuti associabili uguale per tutti (dunque, non favorendo in particolare l'ISIS ed i suoi adepti)³⁶. Il giudice Thomas si spinse altresì ad evidenziare come in molti altri casi qualcuno può sfruttare a fini “terroristici” una tecnologia, ad esempio la rete telefonica, e questo non rende le aziende che forniscono questi servizi responsabili civilmente di tali azioni³⁷.

³³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione Labour and Law Issue*, vol. 7, n. 1, 2021. S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, vol. 27, n. 10, 2020, pp. 112 ss.

³⁴ 18 USC § 2333.

³⁵ In base a cui «qualsiasi persona che aiuti e favorisca, fornendo consapevolmente un'assistenza sostanziale, o che cospiri con la persona che ha commesso un tale atto di terrorismo internazionale».

³⁶ «*Defendants' recommendation algorithms matched ISIS-related content to users most likely to be interested in that content—again, just like any other content... plaintiffs assert that defendants' "recommendation" algorithms go beyond passive aid and constitute active, substantial assistance. We disagree. By plaintiffs' own telling, their claim is based on defendants' "provision of the infrastructure which provides material support to ISIS." A 53. Viewed properly, defendants' "recommendation" algorithms are merely part of that infrastructure. All the content on their platforms is filtered through these algorithms, which allegedly sort the content by information and inputs provided by users and found in the content itself. As presented here, the algorithms appear agnostic as to the nature of the content, matching any content (including ISIS' content) with any user who is more likely to view that content. The fact that these algorithms matched some ISIS content with some users thus does not convert defendants' passive assistance into active abetting. Once the platform and sorting-tool algorithms were up and running, defendants at most allegedly stood back and watched; they are not alleged to have taken any further action with respect to ISIS*», Parte IV sez. A, Justice Thomas Opinion.

³⁷ «*The mere creation of those platforms, however, is not culpable. To be sure, it might be that bad actors like ISIS are able to use platforms like defendants' for illegal—and sometimes terrible—ends. But the same could be said of cell phones, email, or the internet generally. Yet, we generally do not think that internet or cell service providers incur culpability merely for providing their services to the public writ large. Nor do we think that such providers would normally be described as aiding and abetting, for example, illegal drug deals brokered over cell phones—even if the provider's conference-call or video-call features made the sale easier*» Parte IV sez. A, Justice Thomas Opinion.

Le perplessità concernenti la possibilità di attribuire ai gestori delle piattaforme digitali una funzione editoriale sembrano essere condivise anche da alcuni giudici della Corte suprema nel caso in oggetto; Questi ultimi scelgono, a tale proposito (oltre che in relazione ad altri profili) di adottare *delle concurring opinion*.

Il giudice Alito ed il giudice Thomas sottolineano entrambi con energia l'evidenza per la quale la varietà delle piattaforme digitali che possono ricadere nelle disposizioni poste dalle normative impugnate sono tali per cui il ragionamento "generalista" della Corte, in base al quale l'attività di moderazione dei contenuti è garantita dal I Emendamento, si rivela fallace. Thomas evidenzia come la Corte incorra, in effetti, nello stesso equivoco che contesta alle Corti inferiori ovvero si pronuncia avendo a mente solo alcune tipologie di *social network* (le più grandi e note come Facebook e Youtube); Alito sottolinea la complessità tecnica della moderazione dei contenuti svolta attraverso algoritmi ed Intelligenza Artificiale (argomento sostenuto anche dalla giudice Barrett nella sua opinione concorrente, la quale arriva a chiedersi se anche i contenuti prodotti dall'Intelligenza Artificiale generativa debbano essere qualificati come attività meritevoli di protezione nell'ambito della libertà di espressione). Alito evidenzia inoltre la circostanza per cui i diversi algoritmi utilizzati in piattaforme digitali diverse perseguono obiettivi non coincidenti (l'incontro fra domanda e offerta nelle piattaforme commerciali, l'espressione del pensiero degli utenti nei *social network* ecc) sia come alcuni algoritmi sono legati alle stesse segnalazioni degli utenti ed è, dunque, difficile sostenere che siano autenticamente finalizzati a veicolare un pensiero originale del gestore digitale.

Fra le osservazioni avanzate dai giudici Alito e Thomas, suggestive sono quelle volte a rivalutare la portata dei diritti e delle garanzie costituzionali in rete e della rete attraverso una riqualificazione delle grandi aziende digitali quali *Common Carriers*³⁸.

³⁸ Tale ipotesi è già stata avanzata in passato dallo stesso giudice Thomas nella decisione *Biden v. Knight First Amendment Inst.*, 593 US_ (2021). Questa vicenda processuale è iniziata quando il *Knight First Amendment Institute* ed altri soggetti erano stati bloccati dal profilo Twitter dell'ex Presidente Donald J. Trump, utilizzato dallo stesso Trump anche per comunicare messaggi di natura ufficiale. L'*Institute* e gli altri soggetti avevano agito in giudizio contro tale blocco, sostenendo che esso costituiva una violazione dei loro diritti garantiti dal I Emendamento e l'amministrazione Trump, aveva resistito al ricorso sostenendo che, mentre i *tweet* potevano essere considerati strumenti per comunicare messaggi di natura ufficiale, la decisione di bloccare gli utenti era personale e non aveva natura pubblica. Nella sentenza *Knight First Amendment Institute v. Trump*, 928 F.3d (2nd Cir. 2019) la Corte d'Appello per il secondo Circuito ha confermato la precedente decisione del Tribunale distrettuale secondo cui la pratica del Presidente Trump di bloccare i critici del proprio account violava il I Emendamento. Tuttavia, il 5 aprile del 2021 la Corte suprema si pronuncia annullando la decisione d'Appello e ne ordina l'archiviazione per *mootness*. La decisione della Corte suprema, su tali questioni, interviene infatti solo dopo la vittoria di Joe Biden alle elezioni presidenziali del novembre 2020 di Biden e viene dunque dichiarata priva di oggetto in un breve *order* non firmato. Il Justice Thomas deposita comunque una *opinion* concorrente evidenziando come, data la complessità del contesto digitale contemporaneo, la rete possa essere considerata un *public forum* e le aziende del digitale dei *Common carriers*. In tema di *Public Forum* cfr. la decisione *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98 (2017) la quale aveva sollecitato in parte della dottrina l'ipotesi che al contesto digitale possa applicarsi la c.d. *State Action Doctrine*. Tale possibilità qualificata come *Public Forum Theory* resta tuttavia minoritaria nel contesto dottrinale e giurisprudenziale statunitense. Sul punto cfr. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la*

I c.d. vettori comuni sono quelle aziende che, in determinati contesti di monopolio o oligopolio, forniscono dei servizi pubblici (spesso dietro licenza governativa). Tali imprese, tra cui, ad esempio, le linee aeree di proprietà statale, le società telefoniche e i fornitori di servizi Internet, in virtù del particolare ambito in cui operano e del servizio che prestano, sono assoggettate a norme speciali, tra cui l'obbligo generale di fornire servizi a tutti i richiedenti, e al contempo, beneficiano anche di privilegi, quali l'immunità da determinate azioni in giudizio. Il giudice Thomas ha dunque proposto un'estensione della disciplina sui *Common Carriers* alle piattaforme digitali, le quali sono essenzialmente assimilabili a reti di comunicazione che "trasportano" informazioni da un utente ad un altro. Un'impostazione di questo genere (condivisa, nella decisione in commento, dal giudice Alito) comporterebbe un regime di garanzia con riguardo al *free speech* a favore delle aziende digitali molto meno stringente. Secondo una certa giurisprudenza, infatti, i *Common Carriers* non godono di tutele offerte dal I Emendamento paragonabili a quelle degli editori giacché le garanzie loro accordate sono limitate alle informazioni connesse ai servizi che essi prestano³⁹.

La decisione adottata il primo luglio del 2024 potrebbe essere un primo passo, compiuto dalla suprema Corte federale, verso una sempre maggiore libertà di azione dei *social network* nell'attività di manipolazione e condizionamento del pensiero collettivo che si accompagna attualmente ad uno status di irresponsabilità preoccupante. La questione non è ancora chiusa giacché, come ha rimarcato in apertura della sua *concurring opinion* il giudice Alito, le osservazioni proposte dal giudice Kagan nell'*Opinion of the Court* in merito alla natura del *provider* sono, al momento, solo degli *obiter dicta* non vincolanti. Tuttavia, la portata della decisione resta estremamente significativa e segna, ancora una volta, una differenza abissale rispetto all'approccio europeo sugli stessi temi⁴⁰.

libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale, in *Rivista italiana di informatica e Diritto*, n. 1, 2019, pp. 35 ss.; L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, cit. Sui *Common Carriers* cfr. C.S. YOO, *Common Carriage's Domain*, in *Yale Journal on Regulation*, vol 35, 2018, pp. 991; ID., *Is There a Role for Common Carriage in an Internet-Based World?*, in *Houston Law Review*, vol 51, 2013, pp. 545 ss. Sul tema, per la dottrina italiana, nel contesto europeo, E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come Public Utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?* In *Giurisprudenza costituzionale*, n.1, 2023, pp. 467 ss.

³⁹ La differenza fra attività editoriale e prestazione dei servizi in qualità di *Common carrier* è segnata dalla suprema Corte federale nella decisione *FCC v. League of Women Voters of California*, 468 US 364 (1984) in cui la Corte afferma: «*Unlike common carriers, broadcasters are entitled under the First Amendment to exercise the widest journalistic freedom consistent with their public [duties]*», at 378; nella successiva *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996) la Corte afferma ancora che gli «*speech interests*» degli operatori via cavo «*are relatively weak because they act less like editors, such as newspapers or television broadcasters, than like common carriers, such as telephone companies*». Sul punto cfr. C. S. YOO, *The First Amendment, Common Carriers, and Public Accommodations: Net Neutrality, Digital Platforms, and Privacy*, in *Journal of Free Speech Law*, n. 1, 2021, pp. 463 ss.

⁴⁰ Sul punto O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2023, pp. 569 ss.; cfr. inoltre L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2023, pp. 597 ss.

Nel contesto europeo infatti, a fronte delle diffuse critiche decennali nei confronti dell'insufficienza della direttiva *e-commerce* n. 2000/31/Ce⁴¹ a normare il vastissimo tema della libertà di espressione del pensiero *on line* (e correlative responsabilità), - oltre che in considerazione delle numerose vicende che hanno scosso l'opinione pubblica europea ed internazionale (ci si riferisce, ad esempio, casi *Brexit*⁴² e *Cambridge Analytica*⁴³) in relazione alle quali si è reso evidente che il tema dell'espressione nell'agorà digitale non può essere limitato ai suoi confini commerciali possedendo difatti, tale ambito, il potenziale per condizionare la tenuta democratica degli ordinamenti che compongono l'Unione (oltre che, ovviamente, la stessa organizzazione sovranazionale) - la Commissione Europea, dopo un'ampia consultazione degli *stakeholders*, ha elaborato due proposte di Regolamento che sono confluite nel *Digital services Act*⁴⁴ e il *Digital Market Act*⁴⁵. In particolare, il Regolamento 2022/2065 impone una serie di previsioni (differenziate a seconda che i destinatari siano aziende molto grandi, medie o piccole) che, pur mantenendo fermi i principi chiave contenuti nella Direttiva *e-commerce* (*in primis* l'irresponsabilità degli intermediari digitali) definisce alcune procedure di notifica e rimozione di contenuti illeciti ed impone alle piattaforme digitali delle regole in tema di trasparenza algoritmica⁴⁶.

Vi è da aggiungere, inoltre, che specificatamente nel contesto italiano, si è registrata una nota giurisprudenza, la quale ha differenziato fra tipologie di *content moderation* facendone discendere regimi diversi di responsabilità per il *provider* attenuando, dunque, la rigidità del dogma sull'irresponsabilità dello stesso. Ciò è avvenuto facendo leva sul 42° considerando della medesima dir. 2000/31/CE in base al quale le esenzioni di responsabilità per i contenuti di terzi possono riguardare solo il *provider* la cui attività è di ordine meramente tecnico. In considerazione del fatto che alcuni aggregatori di contenuti caricati in rete da terzi (ossia gli *User Generated Content* ovvero i *social networks*) non si limitano ad "ospitare" contenuti forniti da terzi in maniera passiva ed automatica ma svolgono una peculiare attività in termini di indicizzazione, selezione ed organizzazione e filtraggio dei contenuti stessi (giacché traggono

⁴¹ Direttiva [2000/31/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico")

⁴² Cfr. P. NORRIS, R. INGLEHART, *Cultural Backlash, Trump, Brexit and Authoritarian Populism*, Cambridge, CUP, 2019.

⁴³ E. ASSANTE, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *federalismi.it*, Editoriale, 25 aprile 2018. D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *federalismi.it*, n. 20, 2018.

⁴⁴ Regolamento(UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva [2000/31/CE](#) (regolamento sui servizi digitali)..

⁴⁵ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica [le direttive \(UE\) 2019/1937 e \(UE\) 2020/1828](#) (regolamento sui mercati digitali). Su regolamenti detti cfr. F. ZORZI GIUSTINIANI, *L'Unione Europea e la regolamentazione del digitale: il Digital Services Package e il codice di buone pratiche sulla disinformazione*, in *Nomos. Le Attualità nel Diritto*, n. 2, 2022.

⁴⁶ Cfr. art. 27 Regolamento (UE) 2022/2065. Sull'intervento europeo a correzione delle distorsioni digitali cfr. C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n.3, 2023, pp. 543 ss.

dall'aggregazione od organizzazione dei detti contenuti un margine di profitto), l'attività di tali soggetti non è apparsa inquadrabile nei confini dell'irresponsabilità dell'intermediario *hosting* (delineata, in Italia, dal d.lgs. n. 70/03) che, di conseguenza, va interpretata come riferita esclusivamente all'*hosting* passivo⁴⁷. Sempre nel contesto italiano la dottrina più attenta⁴⁸ ha evidenziato, più recentemente, un contrasto giurisprudenziale che vede opporsi un approccio protezionistico (in relazione al quale una piattaforma avrebbe il dovere legale di rimuovere i contenuti odiosi e discriminatori di cui è a conoscenza a causa della sua speciale posizione e della attività che svolge di indubbio rilievo sociale)⁴⁹ ad una visione privatistica (per la quale giacché una piattaforma è gestita da un'autorità privata, gli accordi contrattuali tra essa ed i suoi utenti sono una forma di espressione di autonomia privata)⁵⁰.

⁴⁷ L'elaborazione giurisprudenziale della figura dell'*hosting* attivo è stata dibattuta nella vicenda giudiziaria avente origine nel caso *RTI c. Yahoo*, deciso dal Tribunale Di Milano il 9 settembre 2011. In tale occasione veniva affermato il principio secondo cui l'associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti immessi in rete dagli utenti, i cui proventi concorrono a finanziare l'attività del prestatore di servizi, dovevano essere qualificati come servizi di *hosting* attivo, esorbitando dunque da qualsiasi posizione di pretesa neutralità del prestatore e rendendo inapplicabile la disciplina di cui all'art. 16 d.lgs. n. 70/03 a favore di una valutazione della sua condotta secondo le comuni regole della responsabilità civile. A fronte della decisione di accoglimento dell'impugnazione adottata in appello con sentenza del 7 gennaio 2015, n. 38, la Corte di Cassazione, con la sentenza del 19 marzo 2019, n. 7708, ha accolto il ricorso di Rete Televisive Italiane S.p.A. (R.T.I.) nei confronti di Yahoo! Inc. e di Yahoo! Italia S.r.l. sancendo il concetto di *hosting* "attivo" ravvisabile qualora vi sia una condotta di azione che completa e arricchisce in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte dell'*hosting provider*. Tale "attività" può desumersi da una serie di "indici di interferenza" (che il giudice è tenuto ad accertare) ovvero le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione. Per una lettura critica sulla detta giurisprudenza si rinvia a M. BASSINI, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in *Media Laws*, n. 2, 2019 ed a L. TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 5, 2019, pp. 1039 ss. In termini maggiormente adesivi alla giurisprudenza detta è invece R. PANETTA, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*, in *Diritto e Internet*, n. 2, 2019, pp. 173 e ss. In termini più ampi sul tema si rinvia a O. POLLICINO, E. APA, *Modeling the Liability of Internet Service Providers: Google vs. Vivi Down. A Constitutional Perspective*, Milano, Egea, 2013 ed a M.L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, Egea, 2018. Cfr. inoltre G. D'ALFONSO, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva del diritto vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, in *federalismi.it*, n. 2, 2020 pp. 108 ss.

⁴⁸ Cfr. in particolare G.E. VIGEVANI, *Dal "caso Casapound" del 2019 alla "sentenza Casapound" del 2022: piattaforme digitali, libertà d'espressione e odio on line nella giurisprudenza italiana*, in *Media Law*, n. 2, 2023, pp.142 ss.

⁴⁹ Ci si riferisce al cosiddetto caso *Casapound*: il 9 settembre *Facebook* ha deciso di disattivare le pagine nazionali e territoriali del movimento *Casapound* Italia e di alcuni movimenti adesso vicini. La motivazione era che i contenuti di tali pagine violavano le condizioni d'uso del *social network* (fra cui il divieto di incitamento alla violenza sancito nel punto due degli *standards* della *community* ed il divieto di istigazione all'odio sancito nel punto 13). L'associazione *Casapound* ha presentato un ricorso d'urgenza al tribunale di Roma (ex articolo 700 c.c.) ottenendo un'ordinanza cautelare emessa dal medesimo tribunale in sede monocratica il 12 dicembre 2019 (RG n. 59264/2019, ordinanza pubblicata anche in *Diritto di Internet*, n. 1, 2020, pp. 63 ss.) che ha accolto integralmente le ragioni dei ricorrenti imponendo a *Facebook Ireland limited* l'immediata riattivazione della pagina dell'associazione e del profilo personale dell'amministratore delegato. Nell'ordinanza viene sottolineato «il rilievo preminentemente assunto dal servizio di Facebook parentesi o di altri social network adesso collegati parentesi con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (articolo 49) al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano».

⁵⁰ Trib. Siena, sez. un. civ., ord. 19 gennaio 2020, in cui il Tribunale si è pronunciato a seguito di un ricorso promosso da un attivista di *CasaPound*, che lamentava la cancellazione del proprio profilo Facebook a causa della diffusione di messaggi ritenuti a contenuto pericoloso e diffamatorio. Cfr. anche Trib. Trieste, sez. civ., ord. 27 novembre 2020- Trib. Varese, sez. I civ., ord. 2 agosto 2022- Trib. Milano, sent. 19 luglio 2021.

4. La vicenda *Moody* e la legittimità della contestazione: il *facial challenge* nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale statunitense

Come evidenziato nella *concurring opinion* del giudice Alito, l'holding della decisione *Moody* non concerne le questioni di merito (riguardanti libertà di espressione e responsabilità degli intermediari digitali) giacché la vicenda processuale si esaurisce in una sentenza di annullamento delle sentenze adottate dai giudici inferiori e rinvio degli atti alle relative Corti.

La Corte suprema federale, difatti, rileva come i detti giudici non abbiano correttamente eseguito il controllo di *facial challenge* loro richiesto il quale, in base a quanto definito nella decisione *US v. Salerno*⁵¹, esige che una Corte valuti la normativa impugnata in tutte le sue molteplici e possibili applicazioni al fine di appurare come non esista alcun “*set of circumstances*” in base al quale la normativa possa essere considerata costituzionale⁵². Il controllo, pertanto, non può essere svolto strettamente in relazione alle questioni riguardanti il ricorrente.

Nel caso di specie, la possibile incostituzionalità delle leggi impuginate è stata valutata solo in relazione a *content provider* molto grandi, come Facebook e Youtube, senza prestare attenzione alle problematiche inerenti *social network* più piccoli o diversi per caratteristiche tecniche o finalità (piattaforme di messaggistica istantanea, di *e-commerce* o per il *ride-sharing*).

Nella sentenza *Moody*, le problematiche connesse alle specificità di un ricorso di *facial challenge* sono sottolineate da tutti i giudici della suprema Corte; alcuni di essi (Kagan, Barrett e Jackson) pongono in evidenza l'estrema complessità di un giudizio (in parte) astratto in un contenzioso giudiziario, altri (Thomas e Alito) si spingono più profondamente a contestare la legittimità costituzionale di tale tipologia di *judicial review* nel contesto statunitense ponendo in evidenza come l'art III della Costituzione federale restringa la possibilità di ricorso alle Corti solo a “casi e controversie” e limita, dunque, l'accesso al giudiziario a vicende concrete e questioni meritevoli di tutela attuale.

Il dibattito che sembra animarsi in seno alla stessa Corte suprema nel caso *Moody* è in realtà collegato alla stessa definizione di giudizio di *facial challenge* (e alle sue conseguenti caratteristiche) sulle quali si evidenzia un significativo dibattito sia giurisprudenziale sia dottrinale.

Il giudizio di *facial challenge* affonda le sue radici in una storia giurisprudenziale collegata alla valutazione da parte delle Corti di giustizia circa la qualità del *drafting* legislativo.

⁵¹ *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987), at 475.

⁵² Nella definizione del *Black's Law Dictionary* (11a ed. Del 2019) un *facial challenge* è «*a claim that a statute is unconstitutional on its face, [meaning] that it always operates unconstitutionally*». Il rigetto di un *facial challenge* non implica che la medesima normativa possa successivamente essere valutata come incostituzionale in una successiva *as applied challenge* cfr. *Virginia v. Hicks*, 539 U.S. 113, 124 (2003).

Esso si collega difatti, storicamente, alla decisione di annullamento di una normativa penale per eccesso di vaghezza, concetto affermato nel caso *Winters v. New York*⁵³, del 1948, ove la Corte suprema, in relazione ad una normativa statale che penalizzava le pubblicazioni (di ogni genere) che tendevano ad incitare alla lussuria o ad atteggiamenti criminali, stabilì che l'eccessiva vaghezza e oscurità di una normativa fosse un elemento tecnico della stessa in contrasto con il *due process* garantito dal V e XIV emendamento, affermando esplicitamente che i cittadini statunitensi non dovrebbero essere costretti a speculare sul significato di una legge a causa della sua vaghezza e la stessa dovrebbe essere chiara e intellegibile⁵⁴. La medesima giurisprudenza sottolineava altresì che la vaghezza e l'oscurità della normativa produceva un grave impatto in termini interpretativi comportando seri rischi di discriminazione nella fase applicativa della legge.

Con riguardo a questioni attinenti il I emendamento, la *Void for Vagueness Doctrine* ha nel tempo condotto allo sviluppo di un'ulteriore teoria costituzionale, ad essa strettamente collegata, la *Overbreadth Doctrine*; in base a tale teoria giurisprudenziale qualora una normativa nella sua formulazione risulti troppo ampia, fino a proibire «*a substantial amount of protected speech*»⁵⁵ deve essere dichiarata incostituzionale perché lesiva della *free speech clause* in quanto comporta l'effetto di scoraggiare l'espressione del pensiero quand'anche formulato in termini legittimi costituzionalmente⁵⁶.

⁵³ *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948).

⁵⁴ I giudici in dissenso nella medesima decisione *Winters* evidenziavano come tale impostazione aprisse le porte alla speculazione interpretativa circa le capacità di intellegibilità dell'uomo medio e il concetto stesso di chiarezza normativa. In particolare, il giudice Frankfurter affermava: «*indefiniteness' ... is itself an indefinite concept*». Sul dibattito concernente la tenuta della giurisprudenza di annullamento per vaghezza cfr. E. M. SNOODON, *Clarifying Vagueness: Rethinking the Supreme Court's Vagueness Doctrine*, *University of Chicago Law Review*, vol. 86, 2019, pp. 2301 ss.; A. J. KERR, *Void-for-Vagueness as a Legal Process Contradiction*, in *University of Louisville Law Review*, vol. 61, 2023, pp. 253 ss. In particolare, sui rischi di uso pretestuoso della dottrina cfr. G. BINDER, B. FISSELL, *A Political Interpretation of Vagueness Doctrine*, *University of Illinois Law Review*, n. 2019, 2019, pp. 1527ss. Sul più recente dibattito nella giurisprudenza italiana sull'incostituzionalità per oscurità della legge cfr. A. BONOMI, *La forma è sostanza. Quando una legge è irrimediabilmente oscura e come tale incostituzionale?*, in *Consulta on line*, n. 1, 2024; F. PALAZZO, *La legge "radicalmente oscura" al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2023, pp. 1053 ss.; P. COSTANZO, *Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo (osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023)*, in *Consulta online*, Studi II/2023, pp. 461-462; L. DI MAJO, *Una legge "radicalmente oscura" è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, *Consulta online*, Studi II/2023, pp. 715 ss.; M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle "disposizioni irrimediabilmente oscure". Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, *Consulta online*, Studi II/2023, pp. 726 ss.; S. SCAGLIARINI, *La Corte e la tecnica legislativa*, in *Consulta online*, Studi III/2023, 832 ss.; C. DI MARTINO, *Il diritto costituzionale alla «non radicale inintelligibilità» delle disposizioni*, *Consulta online*, Studi III/2023, pp. 960 ss.; G. DONATO, C. LOTTA, *L'irragionevolezza della "radicale oscurità" legislativa: un nuovo percorso per la Corte costituzionale? Nota a C. cost. n. 110 del 2023*, in *Rass. parl.*, n. 1, 2023, pp. 165 ss.; A. COLLI VIGNARELLI, *La "legge oscura" (anche tributaria) nel pensiero della Corte costituzionale e nella dottrina generale (Corte cost., sent. 5 giugno 2023, n. 110)*, in *Riv. dir. trib., suppl. online*, 11 luglio 2023; T.F. GIUPPONI, *La legge "chiaramente oscura" e il giudizio di legittimità costituzionale, tra ragionevolezza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2023, pp. 1232 ss.; E. SANTORELLI, *La Corte e il sindacato sulle leggi radicalmente oscure. In obscuris non fit interpretatio*, *Giur. cost.*, n. 3, 2023, pp. 1242 ss. cfr., infine, N. FERRACUTI, *Le leggi-labirinto e la crisi della certezza del diritto*, in *Consulta online*, Studi I/2024, pp. 91 ss.

⁵⁵ *United States v. Williams*, 553 U. S. 285, 292 (2008).

⁵⁶ Parte della dottrina statunitense ha sostenuto che la dottrina dell'eccessiva ampiezza sia stata elaborata dalla Corte suprema come strumento residuale di tutela del I emendamento in tutte quelle circostanze nelle quali le normali forme di garanzia non risultano sufficienti. Cfr. a tale proposito: L.D. SARGENTICH, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*,

Entrambe le dottrine citate fondano il principio per il quale una normativa, in particolare circostanze, necessita di essere dichiarata incostituzionale *in toto*⁵⁷ e non solo in relazione a particolari forme di applicazione.

Fra le decisioni che per prime esplicitano tale tipologia di controllo vi è certamente il caso *Thornill v. Alabama*⁵⁸, del 1940, ove la Corte suprema rilevò l'illegittimità costituzionale di una legge antipichettaggio “*on its face*” e dichiarò invalida l'intera normativa contestata perché essa palesemente vietava comportamenti garantiti dalla *free speech clause*. La strutturazione di tale tipologia di *judicial review* si verifica, tuttavia, con il già citato caso Salerno, nel 1987, decisione a partire dalla quale si acquiscono le perplessità circa la legittimità di tale forma di controllo di legittimità.

Il precedente *Salerno*, difatti, interpreta il giudizio di *facial challenge* come esigenza di valutare una normativa in tutte le sue applicazioni e solo in caso di incostituzionalità di ogni forma di applicazione della disciplina esaminata considera la necessità di proclamarla incostituzionale. Tale impostazione richiede uno sforzo interpretativo che la dottrina ha definito “draconiano”⁵⁹ e la giurisprudenza ha considerato quasi impossibile da perseguire⁶⁰.

La dottrina⁶¹ ha altresì evidenziato come la stessa Corte suprema del caso *Salerno*, pur definendo il controllo di *facial challenge* nel modo indicato, non ne ha seguito pedissequamente le indicazioni⁶², opinione a volte espressa anche da alcuni autorevoli giudici⁶³.

Un diverso modo di impostare il giudizio di *facial challenge* è considerare la possibilità che la Corte valuti la legittimità costituzionale di una disposizione in relazione agli obiettivi che essa sostanzialmente

in *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 844 ss. La dottrina ha anche accusato l'*Overbreadth doctrine* di arbitrarietà sostenendo che si tratti di una teoria giurisprudenziale suscettibile di discriminazioni applicative. Sul punto cfr. G. WRIGHT, *The Problems of Overbreadth and What to Do About Them*, in *Houston Law Review*, vol. 60, 2023, pp. 1115 ss.

⁵⁷ L'espressione è tratta dalla decisione *Yazoo & Miss. Valley R.R. v. Jackson Vinegar Co.*, 226 U.S. 217 (1912) ove la Corte affermava: «*[T]he argument to sustain the contention is that, if the statute embraces cases such as are supposed, it is void as to them, and, if so void, is void in toto*», at 219.

⁵⁸ *Thornill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

⁵⁹ M.C. DORF, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, in *Stanford Law Review*, vol. 46, 1994, pp. 235 ss. Spec. pp. 239-40; J.C. FORD, *The Casey Standard for Evaluating Facial Attacks on Abortion Statutes*, in *Michigan Law Review*, vol. 95, 1997, pp. 1443, spec. pp. 1445-48.

⁶⁰ Cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, (1997) nella quale il giudice Stevens nella propria opinione concorrente ha affermato che la Corte non ha mai utilizzato standard di questo genere (at. 740); cfr. anche *Janklow v. Planned Parenthood*, 517 U.S. 1174, 1175 (1996) decisione nella quale, ancora, il giudice Stevens definisce *Salerno* “*draconian*”. In effetti, nella stessa decisione *Salerno* la Corte afferma che «*A facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully*», *Salerno*, at 745.

⁶¹ M.C. DORF, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, cit.

⁶² M.C. DORF, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, cit., p. 240.

⁶³ Nella decisione *Chicago v. Morales*, 527 US 41 (1999) il giudice Stevens, nella *plurality of the court*, aveva dichiarato incostituzionale una normativa in tema di vagabondaggio in quanto vaga. Il giudice Scalia aveva contestato il *facial challenge* sulla base del fatto che in quella decisione non si seguiva lo standard *Salerno* e Stevens nella sua opinione, aveva risposto che neanche *Salerno* aveva pedissequamente seguito il test *Salerno* («*To the extent we have consistently articulated a clear standard for facial challenges, it is not the Salerno formulation, which has never been the decisive factor in any decision of this Court, including Salerno itself*» at 55).

persegue o, in alcuni casi, alla legittimazione sulla base della quale la normativa è fondata. Tale secondo approccio richiede che una Corte impegnata in un giudizio “*on its face*” non si spinga effettivamente a verificare se ogni tipo di applicazione della normativa impugnata è incostituzionale ma valuti, più semplicemente, se la ragione per cui la normativa impugnata è dichiarata incostituzionale nel caso di specie rende l’intera normativa incostituzionale in ogni sua applicazione⁶⁴. Tale tipologia di approccio al *facial challenge* ne modifica evidentemente i connotati in senso profondo, consente di superare i dubbi di legittimità di tale tipo di giudizio in relazione a questioni di *timing*⁶⁵, ed in effetti si riscontra in alcuni noti giudizi di *facial challenge* della Corte Suprema federale, fra i quali *Brown v. Board of Education*⁶⁶, *Griswold v. Connecticut*⁶⁷, *Lorenz v. Texas*⁶⁸, *United States v. A.L. Lopez*⁶⁹, *Planned Parenthood v. Casey*⁷⁰.

Nella vicenda giurisprudenziale in commento, la Corte (e soprattutto il giudice Thomas nella sua *concurring opinion*) sembrano ricollegarsi più strettamente alle indicazioni del caso *Salerno* per definire il giudizio di *facial challenge* richiesto alle corti inferiori. Si rileva, tuttavia, una sottile differenza di approccio fra le posizioni del giudice concorrente e l’*Opinion of the Court*: il primo si mostra difatti solido nel ritenere che un giudice investito di un giudizio *on its face* deve perlustrare ogni forma di applicazione della normativa contestata (e conclude, d’altra parte, ritenendo che tale funzione non sia legittima costituzionalmente e conduca ad una lesione del principio di separazione dei poteri orizzontale e verticale); la maggioranza della Corte, invero, sottolinea che il controllo esercitato dalle corti inferiori non è stato completo (rilevando che il ragionamento proposto dalle Corti di Appello dell’XI e del V Circuito non sia stato verificato in relazione a *server* più piccoli o tecnicamente diversi rispetto a Facebook e Youtube) e tuttavia si premura di entrare nel merito del principio costituzionale che funge da parametro nel caso di specie (la *free speech clause* e dunque, in termini applicativi, la libertà di espressione dei gestori di una piattaforma

⁶⁴ Come afferma M.C. DORF: «*Salerno principle is wrong. It neither accurately reflects the Court's practice with respect to facial challenges, nor is it consistent with a wide array of legal principles. The proper disposition of a facial challenge is intimately bound up in questions of substantive constitutional law, institutional competence, and statutory interpretation*», *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, cit. p. 238.

⁶⁵ Sul punto cfr. T. SANDEFUR, *The Timing of Facial Challenge*, in *Akron Law Review*, vol. 43, 2015, pp. 51 ss. Il quale afferma che «*the facial/as-applied distinction has nothing to do with the accrual or ripeness of a cause of action challenging the constitutionality of a law. The accrual date of facial and as-applied challenges is identical (with some exceptions, as we shall see), and mere enactment is rarely, if ever, the ripening event or the moment of accrual for a case in which a party mounts a facial challenge to a law. The distinction between facial and as-applied challenges is, so to speak, substantive rather than formal; that distinction only characterizes the merits of a constitutional challenge. But that distinction has no relation to jurisdictional questions such as accrual, ripeness, or statutes of limitations. A plaintiff may challenge a law's validity at any time within the limitations period after that law has injured her, whether she chooses to argue that the law is facially unconstitutional or only unconstitutional as applied in her cases*», p. 52

⁶⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁶⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁶⁹ *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995).

⁷⁰ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Tutti i casi citati sono analizzati, nella loro tipologia di giudizio di *facial challenge* da R. PILON, *Facial v. As-Applied Challenges: Does It Matter?*, in *Cato Supreme Court Review 2008-2009*, Cato Institute, 2009, pp. vii-xvii.

digitale). Ciò accade sia perché la Corte si confronta con due decisioni che sono approdate a valutazioni molto diverse proprio in relazione a tale punto, sia perché, probabilmente, è consapevole che le Corti inferiori, una volta ricevuti gli atti restituiti dalla Corte suprema, non dovranno verificare se ogni tipo di applicazione della normativa impugnata è incostituzionale ma se la ragione per cui la normativa impugnata è dichiarata incostituzionale nel caso di specie (in relazione a Facebook o Youtube) rende l'intera normativa incostituzionale in ogni sua applicazione (in relazione ad altre tipologie di *server* digitali).

La sentenza *Moody* non mette dunque il punto alle numerose questioni che si pongono nel dibattito sulla regolamentazione dell'ecosistema digitale. Sembra probabile che in future occasioni la Corte dovrà tornare sulla spinosa questione del rapporto fra libertà e responsabilità che necessita di bilanciare l'attività delle piattaforme elettroniche.

La complessità del tema è, come evidenziato, collegata a numerosissime questioni fra cui: l'eterogeneità delle tipologie di servizi *on line* che possono essere offerti dalle piattaforme digitali, il ruolo dell'AI in ciascuna di queste attività, la pluralità e multiformità delle tipologie di espressione del pensiero che necessita di tutela (dei *server* e dei loro utenti), la necessità di bilanciare le dette libertà con la tutela di ogni altro soggetto, i rischi della manipolazione del pensiero attraverso lo strumento digitale⁷¹.

Infine, non ultimo, si manifesta, con sempre maggiore evidenza, il tema del diverso regime regolatorio previsto nel contesto statunitense rispetto ad altri ambienti normativi (quello europeo *in primis*)⁷². Anche tale ultima questione non sfugge ad alcuni giudici della Suprema Corte (fra tutti, certamente, Alito) che evidenziano come alcune soluzioni normative che sembrano abnormi negli Stati Uniti sono pacificamente previste nel contesto europeo e questo, in un mondo del tutto globalizzato, come è in effetti l'ambiente digitale, non è elemento di cui non tenere oramai in un certo conto.

⁷¹ Cfr. sul tema A. MANGANELLI, *Piattaforme digitali e social network fra pluralità degli ordinamenti, pluralismo informatico e potere di mercato*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 2023, pp. 883 ss.; Cfr. inoltre M. MANETTI, *Internet e i nuovi pericoli della libertà di informazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2023, pp. 523 ss.

⁷² Sul punto cfr. L. FABIANO, *Algorithmic Recommendation ed Artificial Intelligence nell'esperienza statunitense ed europea fra esigenze strategiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *L'Ircocervo*, n. 1, 2023, pp. 440 ss. ID., *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, cit.