

Nuovi media, libertà di espressione e costituzionalismo*

di

Carlo Magnani**

Sommario: 1. Il mondo digitale: tra potere e libertà. – 2. Le piattaforme digitali e il nuovo indirizzo delle politiche dell’Ue. – 3. Sovranità digitale o competenza materiale? La coregolamentazione. – 4. I nuovi media tra pessimismo tecnologico e paternalismo democratico. – 5. Il contrasto alla disinformazione tra contenuti illegali e “cattiva” informazione. – 6. La tradizione costituzionale della libertà di espressione: un modello oggi inadeguato? – 7. Quale costituzionalismo per la libertà di espressione nella “trasformazione costituzionale”?

1. Il mondo digitale: tra potere e libertà

Le piattaforme digitali costituiscono oggi le principali infrastrutture attraverso cui sono veicolate le informazioni che strutturano la sfera pubblica¹. Esse si sono affiancate, e talora sovrapposte, al tradizionale sistema novecentesco dei media centrato sulla stampa e sulla radiotelevisione con la radicale differenza, rispetto a questo, di vedere mutato il rapporto tra emittente e utente: prima del tutto verticale e discendente, ora invece orizzontale e circolare. Il cittadino ha visto evolvere il proprio ruolo da mero destinatario di notizie e opinioni a soggetto in grado di

* Testo scritto della relazione tenuta al Convegno “La libertà di manifestazione del pensiero nell’esperienza costituzionale contemporanea”, organizzato dal “Laboratorio Diritti Fondamentali”, presso il Dipartimento di Economia e Giurisprudenza, Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale, 8 giugno 2023.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi Carlo Bo di Urbino.

¹ Sulla centralità della opinione pubblica nelle società contemporanee si rimanda all’ormai classico di, W. LIPPMANN, *L’opinione pubblica*, Roma, 1999. Si veda anche, N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, in *Enc. del Diritto*, vol. XXX, 1980. Per un’analisi giuridica e costituzionale dell’attualità, A.I. ARENA, *Sfera pubblica è democrazia (Note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero)*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017. Ragiona sulla opinione pubblica nel contesto sociale attuale, A. VENANZONI, *La tirannia dell’emergenza*, Macerata, 2023.

utilizzare il nuovo medium digitale per diffondere, a sua volta, informazioni o idee: il tutto grazie al possesso di un solo telefono cellulare. La rete Internet ha ampliato come mai nella storia dell'umanità la libertà di manifestazione del pensiero, e ovviamente tale espansione quantitativa non poteva che produrre anche innovazioni qualitative nell'intero sistema delle comunicazioni. La digitalizzazione non ha riguardato solo la libertà di espressione ma pressoché ogni ambito della società. Anzi, la concezione idealistica che vede Internet come il regno della informazione e della diffusione delle idee (cioè, come *infosfera*) andrebbe più correttamente sostituita da un'ottica materialistica che intende la realtà digitale come un vero e proprio nuovo modo di produzione di valore economico, solo in minima parte connesso alla sfera informativa, per risultare invece radicato in tutti i principali processi sociali e antropologici². Al di sotto della *infosfera* troviamo infatti una *docusfera*, e persino una *biosfera*, molto più ampie della prima, nelle quali le registrazioni dei dati interessano molteplici profili della intera vita sociale: le transazioni finanziarie, la circolazione di beni e servizi, i dati personali, i servizi alla persona, l'amministrazione pubblica³. I grandi imprenditori della rete, i cosiddetti "Gafam" (*Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft*), sono diventati il centro del nuovo capitalismo tecno-finanziario, assumendo il profilo di "baroni del digitale" di cui sono ormai i padroni indiscussi⁴.

I nuovi media, cioè i mezzi di comunicazione di massa rappresentati dalle grandi piattaforme digitali di condivisione audiovisuale e testuale o di ricerca, sono solo un aspetto, anche se quello più appariscente e dibattuto, di questa trasformazione sociale che per certi versi è ancora in corso d'opera. La loro collocazione sociale è alquanto ambigua, da un lato appaiono mirabolanti spazi di libertà che assicurano mero divertimento o inedite opportunità di riconoscimento e di affermazione personale o collettiva; ma al contempo, dall'altro lato, sono le propaggini del

² Si rimanda a M. FERRARIS, *Documanità*, Roma-Bari, 2021, 22 ss.

³ Si veda, ad esempio, B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Milano, 2023.

⁴ Si veda, tra gli altri, M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022; M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022; G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, in *Diritto pubblico*, 3/2022, 830 ss.

sistema di accumulazione di valore delle grandi compagnie del web, le quali mentre svolgiamo esperienze di ordinaria vita civile e sociale entrano in contatto una massa ingente di dati, elaborabili e controllabili da macchine per precise finalità economiche⁵. Lo spazio mediatico più aperto che l'umanità abbia mai avuto a disposizione è in realtà legato a una dimensione altamente privatistica e imprenditoriale, deducibile in primo luogo direttamente dalla proprietà dei mezzi di trasmissione: la dimensione immateriale della virtualità digitale si appoggia su poche *corporation* che detengono una sorta di oligopolio esclusivo dei media tecnologici. Il risultato è un inedito, e per certi versi anomalo, mix tra libertà individuale e potere privato.

Tale dimensione è quanto mai tangibile nell'esercizio della libertà d'espressione tramite i nuovi media digitali: essi costituiscono ormai un imprescindibile segmento del discorso pubblico, forse addirittura quello egemone nel conformare l'immaginario generale, potenzialmente aperti a tutti e da tutti fruibili per i più vari scopi. Tale promessa di libertà è però dipendente dalle poche grandi piattaforme che concedono una ospitalità non certo disinteressata e solo fintamente gratuita: i dati lasciati dagli utenti si convertono in materia grezza da elaborare e in numeri assoluti in grado di attirare gli inserzionisti pubblicitari. La libertà di dire ciò che pensiamo o di cercare un riconoscimento pubblico viene pagata a ogni "post" e a ogni connessione con le tracce digitali che vengono disseminate al passaggio sulle piattaforme.

2. Le piattaforme digitali e il nuovo indirizzo delle politiche dell'Ue

I nuovi media digitali hanno assunto l'immagine di un intricato crocevia nel quale si intersecano molteplici profili giuridici: la libertà di manifestazione del pensiero individuale, la libertà di informazione, la libertà politica di fare propaganda, la libertà commerciale, la libertà di impresa. La disciplina giuridica di tali piattaforme sociali pone l'interrogativo di carattere generale sulle politiche di regolazione che i

⁵ S. ZUGOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

soggetti istituzionali possono adottare, in coerenza con i valori dello stato costituzionale di diritto. Quale diritto per i social? Questo profilo si presenta tanto complesso quanto la polimorfa fenomenologia dalla quale desumere le fattispecie giuridiche chiamate in causa. Una prima difficoltà deriva dalla oggettiva fuggevolezza territoriale delle grandi compagnie del digitale: stabilite per lo più negli Stati Uniti hanno assunto ramificazioni, reali e virtuali, che hanno ampiamente reso inservibili i confini nazionali. La loro diffusione ha anzi costituito motivo di accelerazione della globalizzazione⁶ e di depotenziamento del fattore territoriale⁷ per gli ordinamenti giuridici. Un secondo elemento, connesso al primo, concerne lo statuto dei poteri pubblici chiamati a regolare tali fenomeni: il globalismo neoliberale ha indebolito il ruolo classico degli stati sovrani⁸ (almeno negli ordinamenti euro-occidentali) che, già in affanno sul governo dei processi economici e finanziari, hanno visto nell'azione dei grandi poteri digitali un ulteriore fattore di crisi e di affievolimento della potestà politica decisionale.

Tenendo presente questi elementi di contesto generale, l'evoluzione della regolazione dei grandi providers della rete ha subito una evoluzione temporale che ha visto mutare l'atteggiamento "più liberale" del primo decennio di espansione e consolidamento delle piattaforme digitali verso una maggiore regolamentazione⁹. Tale affermazione ha però un valore differente a seconda che si guardi all'ordinamento statunitense o agli ordinamenti degli stati dell'Unione europea.

Le diversità di approccio alla regolamentazione delle piattaforme digitali – che vedono gli Stati Uniti caratterizzati da politiche più liberali¹⁰, per così dire

⁶ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., 57 ss. e 103 ss., riflette sulle dinamiche di internazionalizzazione e privatizzazione del potere condotte dai grandi soggetti dell'economia globale.

⁷ G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3/2017. Si vedano anche le suggestioni di, N. IRTI, *Norma e luoghi*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁸ Si indica solo, O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Sesto San Giovanni (MI), 2019.

⁹ M. BASSINI, *Lo statuto costituzionale dei social network: nuovi attori e servizi pubblici?*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, Napoli, 2022, 47 ss.; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto pubblico*, 3/2021.

¹⁰ M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 163 ss., mostra le differenze di approccio giuridico tra gli Stati Uniti e il continente europeo, concentrandosi specialmente sugli indirizzi giurisprudenziali, nota come la giurisprudenza casistica della Corte EDU abbia

sinteticamente – permangono tuttora; tuttavia, è stata rintracciata nel dibattito dottrinale, a partire dalla normazione e soprattutto dalla giurisprudenza¹¹, una linea di tendenza che parrebbe accomunare le due sponde dell’Atlantico sulla opportunità di una mitigazione del regime di irresponsabilità di cui hanno goduto sinora i grandi operatori della rete¹². Rispetto a una prima fase contrassegnata da un certo *laissez faire*, ispirato vuoi da motivi ideologici (la utopica promessa di una nuova libertà globale)¹³, vuoi da motivi tecnici (la difficoltà di individuare regole per un fenomeno tecnologicamente complesso e transnazionale), e vuoi, infine, per motivi economici (garantire margini di sviluppo a una realtà con un impatto di grande innovazione economica e sociale), si è gradualmente transitati verso politiche regolative più esigenti nei confronti dei giganti del digitale.

L’Unione europea è l’ordinamento nel quale tale passaggio è maggiormente apprezzabile¹⁴: interventi giurisprudenziali, fonti di diritto derivato nonché numerosi atti di *soft law* disegnano un quadro giuridico nel quale si è provato a stabilire regole per l’azione delle piattaforme digitali, tutelando di volta in volta vari beni giuridici individuali o collettivi coinvolti. A partire dalla celebre sentenza *Google Spain* della Corte di Giustizia Ue, passando poi dai regolamenti per tutelare il diritto d’autore e i dati personali e dalla direttiva sui servizi di media audiovisivi, nonché dai codici di condotta sul contrasto ai discorsi d’odio e alla disinformazione, per giungere infine al regolamento sui servizi digitali (*Digital services act*) e sui mercati digitali (*Digital markets act*) – il tutto inframmezzato da

mostrato una attitudine tendenzialmente «"sospettosa"» verso il mezzo Internet, contrariamente ai toni «"entusiastici"» usati oltre Oceano. Si veda anche, G. CASSANO, *Il caso Trump, la cacciata dai social media ed il diritto positivo. Brevi note in tema di ostracismo nell’era digitale*, in *Diritto di internet*, 2/2021, 216; nonché, E. ANDREOLI, *Freedom of Speech e comunicazione digitale: spunti di riflessione dall’esperienza statunitense*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., spec. 44 ss.

¹¹ M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE on line*, 1/2021.

¹² Si veda, M. BASSINI, *Lo statuto costituzionale dei social network: nuovi attori e servizi pubblici?*, cit., 51 ss.

¹³ Sulle ideologie di Internet degli inizi, si veda, C. FORMENTI, *Cybersoviet*, Milano, 2008.

¹⁴ Si concentrano su questo aspetto, M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell’Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2021; G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Diritto pubblico*, 2/2022.

interventi giurisprudenziali volti a contenere l'irresponsabilità garantita ai providers dalla direttiva sul commercio elettronico¹⁵ –, è rinvenibile una politica regolatoria delle istituzioni eurounitarie che mira oggettivamente a stabilire un contesto normativo più stabile ed efficace rispetto al passato, provando a chiedere alle grandi piattaforme alcuni ulteriori oneri e obblighi, nel senso di una loro responsabilizzazione.

Tale nuovo quadro di regole – sulla cui natura occorrerà aggiungere qualche precisazione – si confronta quindi con un principio ordinamentale (valido soprattutto negli Stati Uniti ma importato anche nell'Unione europea) finora cardine del diritto del digitale¹⁶, cioè quello della non responsabilità (relativa) delle piattaforme per l'attività svolta dagli utenti¹⁷; che va però inquadrato, come base e corollario, entro lo speciale regime di responsabilità contrattuale che lega l'utente al provider prestatore del servizio. Insomma, la piattaforma mette solo a disposizione un mezzo a chi ne vuole usufruire, senza essere tenuta ad alcuna speciale vigilanza o controllo; il cliente, a sua volta, può rivendicare verso di essa solo i diritti deducibili dalla policy contrattuale sottoscritta. Questo, per circa un ventennio è stato un assioma generalmente accettato: a dominare è stata una concezione privatistica, tanto del rapporto tra gli utenti e i providers quanto della proiezione di questi ultimi nella sfera sociale, ove venivano considerati alla stregua di qualunque azienda privata. Il ruolo assolutamente centrale ed egemone assunto dalle piattaforme nei processi di socializzazione – a livello informativo, ma anche politico e sociale, nonché economico – ha però mutato l'atteggiamento verso tale regime che potremmo definire *lato sensu* privatistico. Da un lato, l'entità dei diritti individuali implicati non poteva più essere ristretta nelle maglie delle policy

¹⁵ M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., 107 ss.; O. POLLICINO, *Ruoli e responsabilità in rete*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 333 ss.; nonché, M.R. ALLEGRI, *Le responsabilità degli intermediari digitali nella proposta di regolamento europeo sui servizi digitali*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., 3 ss.

¹⁶ Cfr. sulle problematiche già emergenti agli inizi del decennio scorso, G. CASSANO, G. SCORZA, G. VACIAGO (a cura di), *Diritto dell'Internet. Casi, legislazione, giurisprudenza*, Padova, 2013.

¹⁷ M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius: fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018.

contrattuali, e dall'altro, il profilo di fatto pubblico assunto funzionalmente dalle *Big companies* della rete non poteva più assicurare loro un così ampio regime di irresponsabilità.

3. Sovranità digitale o competenza materiale? La coregolamentazione

Superata la fase dello spontaneismo ottimista sull'evoluzione delle tecnologie digitali, sia sul versante "apocalittico-utopistico", paventante una nuova configurazione più libertaria del potere sociale, che su quello "capitalistico-integrato", incline al liberismo economico più spinto, le nuove politiche del diritto sulle grandi compagnie del digitale hanno preso una originale forma di mescolanza tra profili privatistici e pubblicistici. Ancora una volta è l'ordinamento sovranazionale dell'Unione europea che deve essere preso come riferimento. Rispetto al modello più classico di regolazione *hard*, realizzabile mediante l'uso di fonti di rango primario del diritto statale da parte dei parlamenti nazionali¹⁸, l'ampia e variegata materia delle tecnologie digitali ha visto la preminenza della potestà normativa della Unione europea. Anzi, a proposito dell'insieme degli interventi regolamentari e dei plurimi atti di indirizzo adottati si è parlato in dottrina di momenti espressione di una autentica "sovranià digitale" da parte delle istituzioni eurounitarie¹⁹. L'impiego di una delle più dense e tradizionali categorie del diritto pubblico e della filosofia politica, soggetta come è da un ventennio almeno a un ripensamento critico di tipo svalutativo²⁰, potrebbe persino produrre una certa sorpresa. In realtà, il significato assegnato a tale formula si presenta assai ambiguo se non addirittura vago. Al di là del valore che le metafore

¹⁸ Sulla crisi del sistema delle fonti, tra gli altri, A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatoriosullefonti*, 2/2022, 509 ss.; A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatoriosullefonti*, 2/2021.

¹⁹ G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit.;

²⁰ C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, 2019; nonché, O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, cit.

possono avere per il diritto²¹, assecondando così le suggestioni culturali postmoderne²², il senso del richiamo alla sovranità digitale appare spendibile in una duplice direzione. In un primo orizzonte di senso, la sovranità digitale si riconnette alla scelta politica delle istituzioni europee di cambiare il paradigma normativo con il quale sono state regolate sinora le attività delle *Big tech*, muovendo dalla consapevolezza, come dichiarato dalla Presidente della Commissione europea Von der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione nel 2020, che «è in gioco la sovranità digitale dell'Europa, sia su piccola che su larga scala»²³. Il concetto di sovranità così utilizzato sembra in realtà soggetto a forzatura, non rinvenendosi nell'ordinamento eurounitario quella maestà tipica della attribuzione *superiorem non recognoscens* che qualifica l'autorità sovrana: al massimo si può trattare di un efficace espediente retorico per sottolineare il valore tutto politico di regolare un ambito materiale di cruciale valore strategico. Ma la sovranità digitale trova anche un secondo orizzonte di senso, più ambizioso e interno alla dogmatica giuridica, che intende ristrutturare la categoria stessa della sovranità a partire dalla diffusione delle tecnologie elettroniche informatiche. La nuova realtà del potere vedrebbe ormai come nuovi soggetti istituzionali dominanti non più, o non più primariamente, le risalenti istituzioni pubbliche statuali dotate di una circoscritta potestà materiale e territoriale, bensì gli inediti attori che si muovono nella sfera sociale del digitale²⁴. Da questo nuovo potere sovrano digitale sorgerebbe quindi la necessità di trasfigurare anche i concetti più classici del costituzionalismo per renderli finalmente aderenti alla realtà. Questo ambizioso tentativo di rileggere in chiave contemporanea la sovranità incontra tuttavia una difficoltà generale: si rischia di restare prigionieri in una infinita corsa a inseguire la fattualità, obliando,

²¹ A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

²² Su postmoderno e diritto costituzionale, si veda l'approccio critico di, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 12 ss.; e di, G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 238 ss.

²³ URSULA VON DER LEYEN, *Discorso sullo stato dell'Unione*, pronunciato nella sessione plenaria del Parlamento europeo del 16 settembre 2020.

²⁴ A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti di libertà in Internet*, Milano, 2017, 17-38.

nell'inseguimento adattivo ai processi politici e sociali, che proprio le istituzioni classiche della sovranità, gli stati *sovrani*, sono i primi artefici di queste innovazioni sociali, e che con scelte politiche diverse essi potrebbero determinare anche nuovi assetti dei poteri privati²⁵. Insomma, la sovranità digitale sembra indicare o troppo o troppo poco.

Fatto questo breve cenno, più che a una primigenia forza della sovranità digitale pare più corretto ricondurre le iniziative di stati e istituzioni sovranazionali a interventi normativi entro ambiti di competenza materiale ordinamentale. A favore di tale conclusione sembrano propendere anche gli strumenti concreti di politica legislativa impiegati dall'Unione europea e dai vari stati, vale a dire la preferenza ampiamente accordata per atti di coregolamentazione talora indirizzati verso l'autoregolamentazione. La regolamentazione introdotta non rientra nei canoni tradizionali della *hard regulation*, al suo posto abbiamo invece un sistema di norme che chiama costantemente in causa le grandi piattaforme digitali come parti attive: e non solo come soggetti portatori di interessi legittimi, ma nelle vesti di organismi ai quali delegare profili essenziali della regolazione e della gestione di ambiti significativi della materia normata. In integrazione della autoregolazione scaturente dalle mere clausole contrattuali sottoscritte dagli utenti, l'intervento del decisore pubblico si presenta come una implementazione volta a tutelare i vari diritti fondamentali coinvolti: il contratto, quale titolo abilitativo all'uso della piattaforma non viene sostituito da altro titolo, ma risulta condizionato dalla normativa pubblica generale, creando una sinergia tra principi e obiettivi pubblicistici e strumenti negoziali dell'autonomia privata²⁶. La coregolamentazione²⁷ è l'asse portante dei provvedimenti inerenti alla cosiddetta

²⁵ M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., 753 ss., sottolinea l'importanza di regole antitrust e di trasparenza indicando come modello teorico quello "brandeisiano".

²⁶ Si veda, R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ri-costruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, 1378 ss., che riflette sul valore delle clausole contrattuali sulla libertà di espressione.

²⁷ Per una prima rassegna dei modelli di intervento regolatorio, si rimanda a, G. PITRUZZELLA, *La libertà di 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, 89 ss.

sovranità digitale, mediante essa si viene a creare un'area in cui la norma generale abbisogna funzionalmente di soggetti privati come primi interpreti ed esecutori dell'imperio. Anche le fonti impiegate contrassegnano questa originalità, al posto della legge nazionale si inseriscono atti che realizzano meglio l'alleanza tra pubblico e privato. Il luogo di mediazione e di incontro è quindi rappresentato da atti di indirizzo di *soft law*, da tavoli concertativi, da protocolli e Codici di condotta, dal ruolo delle amministrazioni tecniche indipendenti preposte alla regolamentazione del settore. Pubblico e privato tendono a vedere sfumare i loro confini, relativizzando natura giuridica e potestà nel segno dominante della funzione.

La coregolamentazione va però colta come riflesso di una questione giuridica irrisolta e forse difficilmente risolvibile, vale a dire la definizione dello statuto giuridico delle piattaforme della rete. Il connubio tra impresa privata votata al profitto ed esercizio di fatto di cruciali funzioni pubbliche – che l'emergenza sanitaria ha enfatizzato in tutta la sua portata, quando settori interi della amministrazione e dei servizi si sono retti solo grazie alle tecnologie digitali fornite dalle *Big tech* – rende alquanto problematico l'inquadramento giuridico delle grandi compagnie. Troppo centrali nei processi di socializzazione per essere trattate ma mere aziende, ma anche troppo votate al profitto per assurgere al ruolo di privato sociale. Tale ambiguità, che non sembra facilmente rimediabile, trova una paradigmatica espressione negli interventi della giurisprudenza, che nei vari ordinamenti prova a configurare le fattispecie in giudizio spingendosi anche verso considerazioni di carattere più generale e strutturale²⁸. Tra Stati Uniti e ordinamenti europei, però, le dottrine costituzionali dello *state actor* (per i primi) e quella della *Drittwurking* (per i secondi) segnano due orizzonti molto differenti in merito alla efficacia dei diritti costituzionali verso i soggetti privati. Nel primo caso, l'efficacia orizzontale è riconosciuta solo se il soggetto privato può essere configurato come un attore statale o pubblico; mentre nel secondo, i diritti fondamentali escono dalla

²⁸ Si rimanda ancora a, M. BASSINI, *Lo statuto costituzionale dei social network: nuovi attori e servizi pubblici?*, cit.

logica verticale cittadino vs. autorità per essere efficaci anche entro le relazioni nella società civile. Questo ha effetti rilevanti sul rapporto tra utente e piattaforma sociale, creando una diversità di approccio che vede – almeno in teoria – le grandi piattaforme più libere nel sistema statunitense. In realtà i singoli casi, come quello esemplare dell'espulsione dai social di Trump, mostrano talora interessanti percorsi di avvicinamento tra le due sponde dell'Atlantico: senza entrare in dettaglio²⁹, si può certamente ritenere che la medesima conclusione sarebbe stata giustificabile anche sul suolo europeo: anche se attraverso un percorso argomentativo distinto.

4. I nuovi media tra pessimismo tecnologico e paternalismo democratico

I nuovi media digitali sono parte significativa della realtà *documediale*³⁰ nella quale siamo immersi. Essi rappresentano una delle più evidenti espressioni della funzione pubblica assunta dalle piattaforme sociali private, ponendosi come un vero punto di incontro tra diverse dimensioni dei diritti fondamentali: in primo luogo, tra la libertà di parola e libertà di impresa. I social media hanno esteso la sfera della libertà di espressione come mai prima nella storia dell'umanità, e tale innovazione quantitativa ha avuto necessariamente dei riflessi anche qualitativi sui molteplici profili del macro-diritto³¹ fondamentale della libertà di parola.

Il segmento dei nuovi media rappresenta bene il paradigma della evoluzione della disciplina e della concezione giuridica delle piattaforme sociali a cui prima si è fatto cenno. A partire dalla seconda metà degli anni '10, infatti, dopo l'enfasi sulle virtù civili e democratiche dei social media è andato diffondendosi un certo pessimismo

²⁹ M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020; G.E. VIGEVANI, C. MELZI D'ERIL, *I network oscurano Trump: lezioni di giornalismo davanti alle menzogne del potere*, in *Medialaws*, 3/2020. Per una opinione diversa invece si veda, S. QUINTARELLI, *Perché sto con Trump contro Twitter*, in *Agenda digitale* (29 maggio 2020).

³⁰ M. FERRARIS, *Documanità*, cit.

³¹ Per la nozione di macro-diritto, si veda, B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, 25 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 212 ss.

allarmistico, alimentato anche da autorevole dottrina nordamericana³² oltre che da istituzioni di ricerca private internazionali³³, che ha sostituito alle “magnifiche sorti e progressive” promesse dal web l’immagine della comunicazione digitale come un bosco oscuro nel quale il cittadino rischia di imbattersi in tanti lupi cattivi³⁴. L’apertura senza confini della rete, l’anonimato, la proliferazione degli account, insomma l’esplosione quantitativa della libertà di espressione sui media digitali sarebbe alla base di un peggioramento della qualità della comunicazione nella sfera pubblica. Le *fake news*, i discorsi d’odio, la manipolazione da ingerenza straniera, le *echo chamber* e la polarizzazione delle posizioni ideologiche, sono elementi di una complessa fenomenologia che metterebbe ormai in pericolo non solo interessi individuali (come la privacy o la reputazione) ma i fondamenti stessi del vivere comune, a iniziare dal valore della democrazia³⁵. La rivoluzione dei mezzi di comunicazione coglierebbe impreparato il cittadino, specie quello delle democrazie occidentali che per tradizione costituzionale non prevedono troppi filtri alla circolazione delle informazioni, esponendolo al rischio della manipolazione³⁶, della faziosità complottista o, peggio ancora, della falsità³⁷. Tale pessimismo tecnico e antropologico si è coniugato con un ulteriore fattore, di natura politica, vale a dire le affermazioni elettorali di movimenti populistici o anti-establishment: il 2016³⁸ è stato l’anno chiave, Trump, Brexit e referendum costituzionale in Italia, sono stati

³² C. SUNSTEIN, *#Repubblic. La democrazia nell’epoca dei media*, Bologna, 2017; ID., C. SUNSTEIN, *Voci, gossip e false dicerie*, Milano, 2009.

³³ *World Economic Forum, Global Risk Report 2013*, Section 2, 25.

³⁴ F. PAGLIERI, *La disinformazione felice*, Bologna, 2020.

³⁵ Tra gli altri, S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, Napoli, 2021; L. LORELLO, *Il valore costituzionale della buona informazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022; D. BUTTURINI, *Le notizie false su Internet e il ruolo delle piattaforme digitali*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., 75 ss.

³⁶ C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 1/2022.

³⁷ A. NICITA, *Il mercato delle verità*, Bologna, 2021, 193 ss. ove si funzionalizza la libertà di manifestazione del pensiero alla verità, sostenendo che se «la libertà di espressione sfugge al vincolo dei fatti condivisi, essa smette di manifestarsi in un *luogo comune* e quindi, in ultima analisi, rinuncia alla sua stessa natura di libertà *manifestata*. E questo luogo comune che permette alla libertà di espressione di essere tale è dato dalla *verità dei fatti*».

³⁸ AGCOM, Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali, *Rapporto tecnico - Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake*, 9 novembre, 2018, 4.

letti come fenomeni di crisi democratica determinati soprattutto dall'uso dei nuovi media nella propaganda politica. Si è così aggiunto a quello tecnologico anche un certo pessimismo democratico, che ha lambito persino le virtù del suffragio universale³⁹.

Muovendo da queste premesse l'Unione europea si è attivata, tramite la Commissione, per un nuovo quadro di regole sulla libertà di espressione tramite le piattaforme sociali. Già alcuni rapporti di organismi globali molto influenti nell'opinione pubblica⁴⁰ avevano segnalato il rischio derivante dalle *fake news*, ma è nel 2016 che l'attività della Commissione conosce un impulso del tutto nuovo. Nel quadro degli interventi sulle tecnologie digitali anche la libertà di espressione viene necessariamente interessata: il metodo prescelto è quello della coregolamentazione orientata alla autoregolamentazione. La Commissione riunisce attorno a un tavolo di lavoro le grandi piattaforme digitali e nasce così il Codice per il contrasto ai discorsi d'odio⁴¹; poi viene istituito un Gruppo di esperti alto livello⁴² con il compito di dare vita a un altro codice per il contrasto alle cosiddette *fake news*⁴³. Viene quindi inaugurata una linea di interventi, esclusivamente mediante atti di indirizzo di *soft law*, volti a precisare la strategia di miglioramento della qualità della informazione digitale. Alcuni stati provvederanno anche alla approvazione di

³⁹ A. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi della democrazia*, Roma, 2018. Per una prospettiva opposta, invece, C. Lasch, *La ribellione delle élite. Il tradimento della democrazia*, Milano, 1995.

⁴⁰ *World Economic Forum, Global Risk Report 2013*, cit.

⁴¹ Si veda *La Commissione europea e le aziende informatiche annunciano un codice di condotta sull'illecito incitamento all'odio online*, Commissione Europea, 31 maggio 2016. Disponibile online: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_it.htm. Nonché, per il testo, *Code of conduct on countering illegal hate speech on line*. Disponibile alla pagina http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf.

Nell'ordinamento interno, invece, è intervenuto un Regolamento dell'Agcom. Cfr. AGCOM, delibera n. 157/19/CONS. L'Allegato A alla delibera contiene la Relazione introduttiva, mentre il testo del Regolamento è riportato nell'Allegato B, denominato *Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all'hate speech*.

⁴² Si veda, *Experts appointed to the High-Level Group on Fake News and online disinformation*, European Commission, 12 gennaio 2018. Disponibile online: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/experts-appointed-high-level-group-fake-news-and-online-disinformation>.

⁴³ Commissione europea, *Code of practice on disinformation*, 26 settembre 2018. Disponibile online: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

leggi sulla medesima materia⁴⁴. Il concetto primitivo di *fake news* viene successivamente filtrato per lasciare il posto a quello più raffinato di disinformazione⁴⁵.

La crisi pandemica non trova affatto impreparate le istituzioni eurounitarie e nazionali nella gestione di quel fenomeno sociale che viene da subito definito “infodemia”, alludendo alla massa di informazioni circolanti sui canali digitali pubblici, ma anche di messaggistica privata, che spesso non corrispondono alle informazioni ufficiali o che contengono radicali critiche verso l’operato dei governi⁴⁶. Gli strumenti di controllo delle informazioni diffuse sulla rete sono già predisposti, si tratta solo di rafforzare e implementare le procedure di coregolamentazione mediante protocolli specifici relativi alla emergenza sanitaria. La collaborazione tra le grandi piattaforme digitali e le istituzioni governative o sovranazionali si intensifica, con esiti anche discutibili: ad esempio, far circolare la

⁴⁴ Il riferimento è in primo luogo alla Germania e alla Francia: anche se in questo ultimo caso la legislazione fa riferimento solo ai periodi di campagna elettorale. In Italia il c.d. “ddl Garbaro”, oggetto di molte perplessità e critiche, non vedrà mai la luce. Su questi aspetti si veda, per la legge tedesca, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network*, in *Medialaws*, 1, 2017, 185-190. Si veda altresì, per un primo commento, M.R. ALLEGRI, *Ubi social, Ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, cit., 203 ss. Cfr. inoltre, C. MAGNANI, *Libertà d’informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (18 aprile 2019).

⁴⁵ Una prima definizione della categoria di disinformazione è contenuta in, Commissione europea, Comunicazione, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM(2018) 236 final, del 26 aprile 2018. Concetto ripreso poi dopo l’elaborazione del Codice da parte del gruppo di esperti, in Commissione europea, Joint Communication, *Action Plan against Disinformation*, JOIN(2018) 36 final, del 5 dicembre 2018, ove si afferma che «Per disinformazione si intende un’informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico. Il pregiudizio pubblico include minacce ai processi democratici e a beni pubblici quali la salute dei cittadini, l’ambiente e la sicurezza dell’Unione. La disinformazione non include gli errori involontari, la satira e la parodia, o notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte. Le azioni descritte nel presente piano d’azione riguardano esclusivamente i contenuti di disinformazione che sono legali a norma del diritto dell’Unione o nazionale. Tali azioni non pregiudicano le disposizioni legislative applicabili dell’Unione o degli Stati membri, comprese quelle sui contenuti illegali».

⁴⁶ Per i profili di ordinamento interno, si veda, B. PONTI, *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilevi critici in margine all’istituzione dell’«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al CoViD-19 sul web e sui social network»*, in *BioLaw Journal*, Special-Issue, 1/2020; nonché C. MAGNANI, *Emergenza sanitaria e libertà di informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.

notizia sull'origine artificiale del coronavirus è in un primo momento motivo di oscuramento del contributo, quando poi mesi dopo diventerà una delle spiegazioni accreditate anche dagli organismi sanitari internazionali. Ancora oggi, a emergenza sanitaria conclusa, le piattaforme rimuovono informazioni non in linea con le politiche sanitarie adottate. In una comunicazione del maggio 2021⁴⁷, la Commissione europea perfeziona il concetto di disinformazione distinguendo una disinformazione in senso stretto – riferibile a contenuti non veritieri fatti circolare con intenzione di nuocere – da una disinformazione in senso lato, comprensiva oltre che della prima fattispecie anche della “cattiva informazione”, cioè di quei contenuti sempre non veritieri e dannosi diffusi però senza preciso dolo o inconsapevolmente: ebbene, ora anche questi dovranno essere monitorati. Il medesimo atto rafforza anche le procedure di coregolamentazione, infatti, si riconosce che il Codice per il contrasto alla disinformazione del 2018 non ha dato risultati soddisfacenti. Quindi, poiché gli «impegni previsti dall'attuale codice di buone pratiche non sono abbastanza efficaci nel fornire una risposta globale ai fenomeni di disinformazione», è necessario intraprendere il percorso verso un nuovo articolato, sempre concertato tra esperti e operatori del settore, per irrobustire la lotta alla cattiva informazione: nasce così nel giugno del 2022 il Codice rafforzato per il contrasto alla disinformazione⁴⁸.

5. Il contrasto alla disinformazione tra contenuti illegali e “cattiva” informazione

Il contrasto alla disinformazione sui nuovi media è dunque elemento centrale della strategia dell'Ue sui canali digitali di comunicazione, condotta con la cooperazione attiva – o per meglio dire, tramite coregolamentazione – delle medesime grandi piattaforme che mettono a disposizione degli utenti le bacheche aperte al pubblico.

⁴⁷ Commissione europea, Comunicazione, *Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, COM(2021) 262, del 26 maggio 2021.

⁴⁸ Commissione europea, *The strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*. Si veda, per un primo commento, O. POLLICINO, *Sulla disinformazione arriva un nuovo Codice Ue*, in *Ilsole24ore*, 16 giugno 2022; ID., *Codice contro la disinformazione: il peccato originale*, e, *Il nuovo Codice europeo contro la disinformazione*, in *LaVoce.info*, 7 e 8 settembre 2022.

All'interno di tale attivismo politico e regolamentare trova posto il monitoraggio dei discorsi d'odio, così come la pubblicità politica⁴⁹, specie in merito al trattamento dei dati personali⁵⁰: anche se studi mettono in discussione la reale capacità del micro-targeting politico di condizionare il voto degli elettori⁵¹, nonostante l'enfasi suscitata da casi come quello di *Cambridge Analytica*.

La categoria di disinformazione riveste però un valore del tutto speciale, ponendosi come inedito limite contenutistico alla libertà di manifestazione del pensiero. La determinazione di tale fattispecie è affidata ad atti di *soft law* della Commissione, che sinora, pur con una certa evoluzione espansiva⁵², hanno mantenuto una definizione sostanzialmente riassumibile nella "diffusione intenzionale di contenuti non veritieri che pur non essendo illegali sono dannosi, per la salute, l'ambiente, per la sicurezza, per la democrazia, quale ingerenza di stati esteri, escludendo comunque gli errori, la satira e la parodia, i commenti chiaramente faziosi". La nozione di disinformazione, quindi, va distinta da quella di contenuti illegali (connessi, ad esempio, a fattispecie che nei singoli stati membri sono qualificate come reato) per ricomprendere solo quelli dannosi. Si tratta di una definizione che denota una certa (e apprezzabile) prudenza, e che trova conferma anche del recente regolamento Ue 2022/2065 (meglio noto come *Digital services act*) ove si distingue chiaramente tra contenuto illegale e disinformazione⁵³. La precisa individuazione

⁴⁹ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica*, COM(2021) 731 final, del 25 novembre 2021.

⁵⁰ D. SBORLINI, *Profilazione elettorale e protezione dei dati personali: prospettive di soluzione in ambito europeo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6/2022.

⁵¹ B.M. TAPPIN, C. WITTENBERG, L.B. HEWITT, D.G. RAND, *Quantifying the potential persuasive returns to political microtargeting*, in *PNAS*, Vol. 120, n. 25, 12 giugno 2023.

⁵² Nella Comunicazione del 26 maggio 2021 si giunge ad una definizione alquanto ampia di disinformazione; infatti, la categoria della disinformazione può essere pertanto intesa in senso generale, includendo poi al suo interno alcune fattispecie distinte quali: la disinformazione in senso stretto, la cattiva informazione, le operazioni di influenza delle informazioni e le ingerenze straniere. Cfr. Commissione europea, Comunicazione, *Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, cit., § 3.2.

⁵³ Regolamento Ue, 2022/2065, art. 3, c.1, lett h), ove si definisce il «contenuto illegale», come «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto». Il considerando 12, inoltre, specifica che «Tale concetto dovrebbe, in particolare, intendersi riferito alle informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto

delle due tipologie non è comunque affatto agevole, al di là dei casi di scuola, infatti, occorre muoversi a cavallo tra diverse aree. In primo luogo, si deve procedere a distinguere il contenuto illegale da quello di disinformazione in senso lato, appurando, con una ulteriore valutazione, la dannosità della pubblicazione secondo le ipotesi indicate negli atti di indirizzo (salute, sicurezza, ingerenza estera, *vulnus* democratico). In secondo luogo, poi, si dovrà verificare l'intenzionalità del pericolo arrecato, isolando così la disinformazione in senso stretto dalla "cattiva informazione" (*malinformation*) non dolosa. Infine, occorrerà verificare se il contenuto non rientri nelle ipotesi di satira, parodia, commento palesemente di parte, che valgono come scriminanti. Si tratta di un processo decisamente complesso che chiama in causa valutazioni soggettive chiaramente influenzate dalla cultura o dalla ideologia del valutatore. E, inoltre, sorge un quesito non proprio secondario: chi è, appunto, che reputa la reputazione di una informazione? E ancora: chi reputa i "reputatori"? Le politiche di coregolamentazione prevedono che siano le grandi piattaforme a controllare e a verificare le informazioni, avvalendosi anche di soggetti esterni (i cosiddetti *Third-Party Fact-checker*, scelti dalla medesima piattaforma) accreditati (a livello associativo internazionale) perché indipendenti e professionalmente autorevoli. In sintesi: il decisore pubblico adotta delle politiche limitative di diritti fondamentali delegandone però l'attuazione a soggetti privati, i quali, a loro volta, per l'implementazione individuano altri soggetti esecutivi. Il tutto rischia di tradursi in una sorta di censura privata amministrativa sulla libertà di informazione dei cittadini⁵⁴.

applicabile sono di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che le norme applicabili rendono illegali in considerazione del fatto che riguardano attività illegali». Non compare la disinformazione così come manca una definizione di quest'ultima nel testo del Regolamento. Il rimando alle legislazioni nazionali è comunque foriero di incertezza e forse richiederà interventi della Corte di Giustizia Ue per orientare l'applicazione delle disposizioni.

⁵⁴ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 1/2019, 35 ss.

6. La tradizione costituzionale della libertà di espressione: un modello oggi inadeguato?

Tale sistema pone ineludibili questioni di rilievo costituzionale. La tradizione costituzionale moderna ha tutelato la libertà di espressione secondo due grandi modelli, quello statunitense giusnaturalista e quello continentale positivista⁵⁵, garantendo in entrambi la dimensione individuale e sociale della libertà di parola, sia pure per vie diverse: alla dottrina del *free market placement of ideas*⁵⁶ ha corrisposto negli ordinamenti statali europei il valore del pluralismo delle opinioni come cardine del principio democratico. Nel costituzionalismo prima liberale e poi democratico sociale, si è consolidato un modello di garanzia del diritto fondamentale alla libertà di manifestazione del pensiero strutturato su tre pilastri⁵⁷: il divieto di controllo preventivo sui contenuti da diffondere, sia sotto forma di censura che di autorizzazione; la riserva di legge in materia di limiti opponibili *ex post* alla diffusione dello stampato, cioè la disciplina dei reati a mezzo stampa; infine, la riserva di giurisdizione in merito al giudizio sulle violazioni della legge. Tale figurino costituzionale è riscontrabile plasticamente nell'art 21 della Costituzione repubblicana e ha costituito per un settantennio il paradigma basilare con cui si è trattata la libertà di espressione. La coregolamentazione sui nuovi media sta mettendo radicalmente in discussione ogni tassello di questo modello; come si proverà brevemente a indicare.

Per quanto riguarda la sindacabilità preventiva dei contenuti, cioè le forme di censura o di rimozione immediata, il contrasto alla disinformazione, dietro le comprensibili ragioni che intendono creare un ambiente informativo il più possibile affidabile per i cittadini, nasconde un rischio che spesso i giuristi non

⁵⁵ P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza tecnologica*, Bologna, 2019, 3 ss.; G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Torino, 2017, 5 ss.

⁵⁶ La formula risale alla celebre *dissenting opinion* del giudice Justice Oliver Holmes, della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Abrams v. United States* del 1919, ora in O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 105 ss. Si veda la ricostruzione teorica e storica di, A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 20-26.

⁵⁷ G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto costituzionale*, 1/2023, che puntualizza bene i capisaldi della tradizione costituzionale in materia di libertà di manifestazione del pensiero.

avvertono abbastanza, cioè quello dell'uso della funzione di verità⁵⁸. Sempre ritornando alla tradizione costituzionale, la libertà di espressione nasce svincolata dal dovere di rispettare una qualunque verità: è il fondamento laico e scettico del diritto moderno⁵⁹ prima, e della democrazia poi, a pretendere un rapporto labile con gli assoluti⁶⁰. La stessa concezione della democrazia presente nella Costituzione – in quanto espressione di un ethos mondiale affermatosi dopo la Seconda guerra mondiale⁶¹ – è aperta e pluralista, tollerante e non militante⁶². Le due interpretazioni più autorevoli dell'art. 21 Cost., quella individualista e quella funzionalista, giungono attraverso sentieri diversi a negare l'esistenza di un dovere di enunciare il vero⁶³. L'astrattezza riscontrabile nella delimitazione giuridica della nozione di disinformazione deriva proprio, in ultima istanza, dalla cautela con cui va maneggiata la funzione di verità entro un ordinamento giuridico liberale: e non si comprendono le critiche di incertezza mosse in dottrina alla Commissione della Ue per non aver (ancora?) equiparato la disinformazione ai contenuti illegali tout court⁶⁴; equiparazione che potrebbe comunque avvenire solo in virtù di un atto con forza di legge, quale non è la produzione *soft law* della Commissione. Sempre in tema di limiti contenutistici, la lotta alla disinformazione sanitaria ha prodotto

⁵⁸ N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di una "Autorità pubblica della verità"?*, in *Medialaws*, 1/2018, 12-17.

⁵⁹ A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino, 1996; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

⁶⁰ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1970, 111 ss., 253 ss. e 330 ss. Per una valorizzazione della democrazia come autonomia del corpo sociale, anche A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003.

⁶¹ Secondo, M. MANETTI, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 231, la «nuova moralità universale» scaturita dopo il secondo conflitto mondiale «assume la forma giuridica di un limite di carattere ideale alla libertà di manifestazione del pensiero».

⁶² Si veda sul punto, G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4/2014. L'A. invita correttamente a leggere la XII Disposizione finale e transitoria della Costituzione alla luce dei lavori della Commissione costituente, ove emerge che il riferimento al fascismo riguarda un preciso fenomeno storico della vicenda nazionale e non un generico riferimento. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 54, afferma che dalla fedeltà alla Repubblica e ai suoi valori non può scaturire alcun limite alla libertà di espressione, pena «la arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine» trasformando «lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli».

⁶³ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 36-7; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 13-18

⁶⁴ S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, cit., 100 ss.

anche la riscoperta del limite dell'ordine pubblico alla libertà di manifestazione del pensiero, rivalutando fattispecie del codice penale "Rocco"⁶⁵.

Incontriamo quindi il secondo pilastro della tradizione costituzionale sulla libertà di espressione, cioè la riserva di legge per violazioni di limiti riscontrate dopo la diffusione del contenuto. Il sistema di coregolamentazione implementato dalla Ue e dalle piattaforme risulta prevalentemente formato da atti amministrativi di *soft law*, come quelli nei quali si definisce ad esempio la disinformazione. Molte aspettative sono ricadute sul regolamento denominato *Digital services act*, dotato di valore di legge, che ha innovato la disciplina delle piattaforme digitali⁶⁶. Ma va detto che per il profilo che qui si analizza, cioè quello del controllo sui contenuti, l'impatto del testo è assai modesto e poco risolutivo perché contrassegnato da una ottica esclusivamente procedurale⁶⁷: tanto è vero che le disposizioni sulla disinformazione rimandano ancora alla distinzione tra contenuti illegali, che vengono precisati⁶⁸, e disinformazione, che invece non trova una definizione e per la quale si rinvia ancora all'insieme degli atti di *soft law*. La procedimentalizzazione amministrativa è una delle caratteristiche delle politiche di coregolamentazione delle piattaforme sociali, fortemente implementata dal *Digital services act*: in tale maniera si prova a limitare l'arbitrio delle *Big tech* mediante la costruzione di un sistema reticolare, costantemente monitorato, di doveri progressivi – in ragione della grandezza della piattaforma – volti a salvaguardare taluni interessi pubblici o specifici diritti individuali. Il diritto fondamentale alla libertà di espressione, però, rischia così di perdere la propria natura costituzionale e di sbiadire, risultando subordinato all'adempimento di doveri procedurali da parte del soggetto che mette a disposizione il mezzo di diffusione. Il carattere fondamentale della libertà di parola viene perimetrato non soltanto dalla legislazione ma sottoposto al controllo

⁶⁵ L. MORONI, *L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 tra legittimità e notizie false*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2023.

⁶⁶ M.R. ALLEGRI, *Le responsabilità degli intermediari digitali nella proposta di regolamento europeo sui servizi digitali*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., 3 ss.

⁶⁷ M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., 747 ss.; nonché ID., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, 18 giugno 2021.

⁶⁸ Vedi *supra* nota n. 53.

preventivo da parte del titolare della piattaforma, il quale agisce non più in virtù di una policy aziendale ma in conformità a un obbligo di legge. È il nodo della censura privata che le procedure flessibili e coregolate del *global administrative law* non possono certo scongiurare. Si sta verificando un infelice paradosso. Il decisore pubblico valuta che il potere delle piattaforme è eccessivo, allora, per tutelare i diritti degli utenti introduce obblighi responsabilizzanti (con connesse sanzioni, soprattutto economiche, le uniche davvero temute), ma così facendo i poteri privati risultano in verità accresciuti: accanto a quelli di fatto derivanti dalla disparità economica si inseriscono quelli conferiti *de jure*. Può funzionare per la protezione dei dati personali, ma per altri diritti forse non è il modello più adatto. Così, ad esempio, per evitare il richiamo (ed evitare provvedimenti negativi) per non avere efficacemente contrastato la disinformazione è probabile che il *fact-checking* sia molto più stringente, a discapito della libertà dei cittadini.

Queste osservazioni denotano la crisi del modello della tradizione costituzionale della libertà di espressione anche sul versante della riserva di giurisdizione per il sequestro, *rectius* oscuramento, dei contenuti sui media digitali. La coregolamentazione responsabilizzante di fatto erige le piattaforme al ruolo di magistrature di *prime cure* sulla libertà di espressione online. Sintomatico che *Facebook* si sia dotata di un organo interno, l'*Oversight board*, formalmente indipendente, che dovrebbe svolgere le funzioni da organo di appello di ultima istanza, una sorta di Corte di Cassazione mondiale per predisporre i giudizi sui casi più difficoltosi relativi alla vita della piattaforma.

Il modello della coregolamentazione – diffuso soprattutto nella Ue, ma che lambisce anche gli Stati Uniti – disegna un nuovo orizzonte per la libertà di informazione: alla diade dialettica di autorità pubblica e libertà dei privati si è aggiunta una terza figura, quella del proprietario privato del mezzo di diffusione. Il mutamento è in primo luogo tecnologico. Come è stato acutamente osservato «una caratteristica significativa dell'inizio del XXI secolo è che l'infrastruttura della libertà di espressione si sta fondendo sempre più con l'infrastruttura della regolamentazione del discorso e l'infrastruttura della sorveglianza pubblica e

privata. Le tecnologie e le relative istituzioni e pratiche su cui le persone fanno affidamento per comunicare tra loro sono le stesse tecnologie e le relative istituzioni e pratiche che i governi utilizzano per la regolamentazione e la sorveglianza del linguaggio»⁶⁹. Nell'epoca analogica, l'autorità poteva sequestrare un giornale o chiudere una radio dopo accertamenti e successivamente a una infrazione; nell'epoca digitale i privati che detengono le piattaforme sociali possono diventare i migliori alleati dei governi nel controllare e vigilare il discorso pubblico, in maniera molto più facile e immediata, e anche meno trasparente, che con il ricorso alla forza pubblica. Le insidie di una alleanza tra poteri non si colloca solo sul lato repressivo ma anche su quello per così dire propositivo, ove l'influenza dei media digitali sulla formazione dell'immaginario collettivo egemone può ugualmente essere di sostegno all'autorità politica. Per certi versi si ripresentano quindi i classici dilemmi già noti anche per l'informazione tradizionale, vale a dire quelli del rapporto tra potere e mass media. Ma la novità rappresentata da pochi grandi soggetti privati, collocati in una comoda posizione neutrale e non editoriale, "solamente" proprietari delle infrastrutture di uso comune ma con il potere delegato di vigilare ogni aspetto del discorso pubblico, è un dato che non può lasciare indifferente il diritto costituzionale.

7. Quale costituzionalismo per la libertà di espressione nella "trasformazione costituzionale"?

L'inquadramento costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero sui nuovi media è problematico, sono molteplici i profili economici, giuridici e tecnologici da tenere insieme. Esaminando però le tendenze normative e dottrinali, appare oggettivamente riscontrabile che il quadro che si va configurando non può essere sovrapposto al modello che la tradizione del costituzionalismo ha sinora adottato come presidio di garanzia negli stati liberal-democratici. In verità tutto

⁶⁹ J.M. BALKIN, *Old-school/New-school speech regulation*, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, 8/2014, 2 ss.

L'insieme della libertà di manifestazione del pensiero è sottoposto a una tensione che vede il profilo individuale cedere rispetto a una crescente funzionalizzazione del discorso pubblico verso determinati "valori" globali⁷⁰. Per i nuovi media, tuttavia, sprovvisti delle garanzie storiche del costituzionalismo la situazione di disallineamento costituzionale è ancora più marcata.

L'asimmetria costituzionale tra media tradizionali e quelli digitali trova delle giustificazioni dottrinali diversificate, alcune insistono maggiormente sulla difesa di valori interni al costituzionalismo moderno⁷¹, mentre in altri casi l'avvento del digitale diventa un fattore di trasformazione costituzionale che prefigura nuovi approdi del costituzionalismo. Il costituzionalismo dell'età globale è infatti attraversato da dogmatiche e paradigmi che stanno ridimensionando il valore precettivo delle carte costituzionali scaturite dalla crisi del secondo dopoguerra; per certi versi è in discussione la medesima sopravvivenza del costituzionalismo così come lo abbiamo conosciuto⁷². Diversi sono gli orientamenti teorici che si incrociano. L'integrazione ordinamentale europea ha favorito l'affermazione di un costituzionalismo multilivello che ha oggettivamente ridimensionato il diritto costituzionale statale⁷³. Tale processo si è intersecato con il crescente ruolo delle giurisdizioni costituzionali, spesso in dialogo con le magistrature sovranazionali, come interpreti privilegiati della materia costituzionale⁷⁴. Sia il costituzionalismo multilivello che il pangiuridicismo costituzionale si sono avvalsi di una concezione assiologica della costituzione, concependola come contenitore di valori più che come norma giuridica: si è così stabilizzato anche un neo-costituzionalismo per

⁷⁰ Tra l'ampia letteratura, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.

⁷¹ C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 1/2022; S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, cit.

⁷² G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021. V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023, che analizza i processi di trasformazione costituzionale ponendoli in diretta tensione con il testo delle Costituzioni, osservando come tali dinamiche finiscano talora per presentare risvolti di carattere costituente.

⁷³ La letteratura è ovviamente vasta, si indica solo per una visione critica, O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, cit., 305 ss.

⁷⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019; ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021.

valori⁷⁵. Infine, lo sviluppo imperioso di una società civile globale, tecno-finanziaria prima e digitale poi, ha imposto una nuova realtà giuridica fondata sulla *lex mercatoria* e sulla *lex digitalis*: così che nuove costituzioni societarie ordite dalla fatticità si sarebbero ormai sostituite alla ormai superata legalità costituzionale⁷⁶.

Nel caso di specie delle nuove dimensioni della libertà di espressione, un indirizzo dottrinale che merita attenzione è quello del “costituzionalismo digitale”⁷⁷, nel quale trovano riflesso le principali tendenze del costituzionalismo a cui si è fatto succintamente appena cenno. Questo indirizzo accomuna autorevoli studiosi che, muovendo dall’attività legislativa e politica dell’Unione europea e dalla speciale attenzione verso la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue e della Corte EDU, provano a dedurre da tale insieme i nuovi principi costituzionali regolativi delle molteplici fattispecie che caratterizzano l’uso sociale di Internet. L’enfasi posta sul diritto sovranazionale e su quello giurisprudenziale, il riferimento a valori meta-giuridici ricavati da carte internazionali o dai Trattati europei, la convinzione che le grandi piattaforme debbano essere coinvolte con politiche di coregolamentazione, fanno del costituzionalismo digitale una efficace sintesi dei paradigmi dominanti del costituzionalismo contemporaneo. In questo reticolo domina il profilo procedurale, costituito da regolamenti, atti di *soft law*, pronunce delle magistrature, codici di condotta e deleghe alle piattaforme, da cui vengono ricavati di volta in volta principi e criteri ordinativi. Il costituzionalismo più tradizionale entra però in sofferenza, perde valore precettivo, chiamato come è a subordinarsi a questa congerie di atti concreti e astratti principi. È stato correttamente osservato che il

⁷⁵ Tra i vari contributi, G. ZAGREBLESKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Milano, 1994; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 4/1999.

⁷⁶ Il rimando è la “costituzionalismo societario”, per il quale si veda, G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012; ID., *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2014.

⁷⁷ Tra la letteratura, quasi esclusivamente in lingua inglese, si veda: G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022; E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33, 2019, pp. 76-99; O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, 1/2021; O. POLLICINO, R. CONTI, F. DE STEFANO, *L’algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)?*, in *Giustizia insieme*, 2021.

termine costituzionalismo digitale sembra configurare in realtà un «abuso di denominazione»⁷⁸ più che una variante del costituzionalismo, del quale nega la dimensione politica presentandosi al massimo come una variante del «costituzionalismo irenico»⁷⁹. Se la ragione minima del costituzionalismo è dare forma giuridica al potere, non solo a quello politico ma anche a quello economico, la variante digitale non apporta nulla di nuovo a ciò che potrebbe fare il costituzionalismo senza aggettivi⁸⁰. Se il costituzionalismo digitale vuole indicare una materia su cui si esercita la potestà normativa pubblica, la formula è ridondante. Se invece indica una rilettura del significato ultimo del costituzionalismo, spostandolo verso il combinato disposto di astratti principi auto-fondanti e auto-fondati da attuare tramite atti amministrativi e giurisdizioni sovranazionali, al di fuori della politicità democratica statutale ma dentro una sorta di nuovo diritto tecnico-globale, allora siamo fuori dalla tradizione costituzionale per come l'abbiamo conosciuta sinora.

La libertà di informazione, specie quella tramite i nuovi media ma non solo, corre il rischio di una crescente e costante de-costituzionalizzazione: sovranità digitale e costituzionalismo digitale costituiscono le coordinate dogmatiche con cui la scienza giuridica giustifica o auspica nuovi limiti per il discorso pubblico. La consapevolezza delle dimensioni del potere che hanno concentrato le *Big tech* è un dato di fatto da cui muovono tanto le politiche europee che le dottrine della sovranità digitale. A questo dato se ne aggiunge però un altro, che non riguarda soltanto la dimensione generale ma tocca direttamente il diritto individuale alla libertà di parola, cioè la valutazione pessimistica sulla qualità del discorso pubblico che corre sulle reti sociali virtuali. Valori come la democrazia o la dignità umana sarebbero costantemente messi in pericolo dalla struttura troppo liberale dei nuovi media: anonimato, disinformazione, camere dell'eco, discorsi d'odio, e tutta la fenomenologia individuata dagli esperti di scienze delle comunicazioni.

⁷⁸ M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., 748 ss.

⁷⁹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2006.

⁸⁰ M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, 18 giugno 2021.

Sommando l'assioma base che "le grandi piattaforme hanno troppo potere" con quello che sostiene che "i cittadini usano male i social media", si deduce che l'unica via praticabile è quella di rendere più responsabili le piattaforme con la coregolamentazione. Ignorando che così procedendo le piattaforme avranno ancora più potere, inaugurando una inedita collaborazione nel settore dei media tra autorità pubblica e potere privato proprietario dei mezzi. A rimanere nell'ombra è il valore individuale della libertà di espressione, diritto singolare per eccellenza, funzionale alla proiezione politica e culturale della persona. Il costituzionalismo digitale si alimenta dei pericoli che l'informazione digitale causerebbe per alcuni beni comuni o per alcune categorie di soggetti, in una logica spesso paternalistica che sfiora talvolta quella emergenziale⁸¹. Il contrasto a tali rischi passa però tramite l'ispessimento delle maglie di procedure amministrative responsabilizzanti che finiscono per accrescere il potere delle *Big tech* che pure viene considerato eccessivo. Una volta che tramite coregolamentazione l'autorità pubblica sancisce il dovere delle piattaforme di rimuovere taluni contenuti, il diritto dell'utente alla motivazione congrua e alla replica lambiscono appena la tutela minima rispetto ai paradigmi classici con cui si è letta sinora la libertà di espressione: farla passare per una conquista nella tutela dei diritti fondamentali appare francamente una incongruenza. Il modello statunitense appare orientato in maniera diversa, ancorato al Primo Emendamento e al *free market placment of ideas*, anche se il "caso Trump" dimostra che il potere di moderazione delle piattaforme giunge ormai effetti simili su tutte e due le sponde dell'Atlantico.

La libertà di espressione è oggi uno degli epicentri, un vero e proprio «fattore sintomatico»⁸², delle trasformazioni in atto nel diritto costituzionale nella società globale tecno-finanziaria⁸³. Il paradigma emergenziale usato per la pandemia ha accelerato il processo di una «sempre più marcata rivisitazione in senso restrittivo»

⁸¹ Si veda, A. VENANZONI, *La tirannia dell'emergenza*, cit.

⁸² Si veda, V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023, 126 ss.

⁸³ G. PRETEROSSO, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari, 2022, descrive i tratti filosofico culturali del globalismo neoliberale nelle sue intersezioni con la sfera del giuridico e del meta-normativo. Si veda anche, V. BALDINI, *La costituzione della persona e il costituzionalismo del mondo globale. Aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023.

della libertà di informazione – sia nel suo profilo negativo e individuale di diritto della persona, che in quello positivo funzionale di presidio della democrazia – «che riflette, a ben vedere, la temperie di un profondo cambiamento costituzionale»⁸⁴. Il contrasto alla disinformazione, così centrale nelle politiche sovranazionali e statali per i nuovi media, con il richiamo implicito a una nozione di verità oggettiva fa emergere «significative variazioni funzionali rispetto alla configurazione classica del rapporto tra libertà di comunicazione e garanzia della tutela costituzionale»⁸⁵, incidendo sui soggetti titolari del diritto, sui contenuti della informazione e sulle sanzioni. Il modello della tradizione costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero è entrato in una fase di forte sofferenza e di alterazione, di cui i nuovi media sono la prova. La tutela prioritaria della verità oggettiva sposta la garanzia costituzionale della libertà di espressione dal pieno sviluppo della personalità e dal pluralismo democratico verso valori comunitari, che concepiscono il titolare del diritto come consumatore bisognoso di tutela più che cittadino della polis⁸⁶. È questa la nuova dimensione costituzionale della libertà di informare e comunicare? Una dimensione nella quale l'autorità fissa il perimetro di ciò che può essere o non essere detto o scritto in nome della buona qualità della informazione? Pare difficile aggirare le difficoltà di applicazione della funzione di verità oggettiva alle principali questioni dibattute nella sfera pubblica, che non sono quasi mai meri fatti. La difficoltà primaria è antropologica, significherebbe imporre a tutta l'umanità il dovere della verità, ma allora davvero *“eritis sicut Deus, scientes bonum et malum”*.

⁸⁴ V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, cit., 128.

⁸⁵ *Ivi*, 132.

⁸⁶ *Ivi*, 136-7.