Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in Diritti e Istituzioni

Ciclo XXXVI

Settore disciplinare: IUS/08 – Diritto costituzionale

Tesi di dottorato

REGOLARE IL FALSO? LA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE AL TEMPO DELLA POST-VERITÀ

Tutor: prof. Enrico Grosso

Coordinatore del Dottorato: prof. Francesco Costamagna

Dottorando: Giorgio Sichera

REGOLARE IL FALSO? LA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE AL TEMPO DELLA POST-VERITÀ2

INTRODUZIONE – UNA QUESTIONE "COMPLESSA" **2**
CAPITOLO I – UN INQUADRAMENTO NECESSARIO. MECCANISMI DI FUNZIONAMENTO DEL MONDO DELLA RETE E LIBERTÀ DI INFORMAZIONE: TENSIONI E PROBLEMATICHE **6**
1. PREMESSA. COMUNICARE NEL MONDO DIGITALE 6
2. IL FONDAMENTO DELLA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE: L'ART. 21 COST. 11
3. INFORMARE: PRODURRE, DIFFONDERE L'INFORMAZIONE… 15
3.1 … e riceverla: il diritto ad essere informati 19
3.1.1 Il diritto a non essere disinformati 21
4. IN CHE CONTESTO CI TROVIAMO? I MECCANISMI DI FUNZIONAMENTO DEL MONDO DELLA RETE 23
4.1 Algoritmi e big data, il fondamento del web 23
4.1.1 L'apparente neutralità… 25
4.1.2 … e l'apparente gratuità del mondo della rete 27
4.2 Polarizzare il dibattito pubblico: il #DailyMe e le filter bubbles 29
4.3 Il microtargeting politico: il caso Cambridge Analytica 31
5. IL RUOLO DEI POTERI PRIVATI 34
5.1 Una differenza di approcci (rinvio) 36
5.1.1 Il Codice rafforzato di buone pratiche sulla disinformazione della Commissione Europea 36
5.1.2 La Section 230 del Communications Degency Act (1996) 37
5.2 Regole e condizioni delle piattaforme private in azione: il caso "CasaPound" dinanzi al Tribunale di Roma 38
6. DISINFORMAZIONE E DEMOCRAZIA: DAL "*FREE MARKETPLACE OF IDEAS*" AL "MERCATO DELLE VERITÀ" (RINVIO) 42
CAPITOLO II – *FAKE NEWS*: TRA TENTATIVI DEFINITORI E SFORZI REGOLATORI **46**
PARTE PRIMA – È POSSIBILE DEFINIRE IL CONCETTO DI "*FAKE NEWS*"? **46**
1. FAKE NEWS (E INFODEMIA): GENESI DI TERMINI "VIRALI" 46
2. UN FATTO NUOVO O UN FATTO ANTICO? 50
3. È POSSIBILE DISTINGUERE FATTI E OPINIONI? 55
4. IL FALSO NELLA DOTTRINA COSTITUZIONALE RISALENTE 59
4.1 La funzionalizzazione della libertà di manifestazione del pensiero 63
5. A CACCIA DELLA DEFINIZIONE INTROVABILE 66
5.1 Il confine con l'hate speech (rinvio) 70
PARTE SECONDA – REGOLAMENTARE IL FALSO, CENNO AI DIVERSI "PERCORSI" POSSIBILI **77**
6. IL CONTRASTO ALLA DISINFORMAZIONE: MODELLI REGOLAMENTATIVI A CONFRONTO 77
7. QUANDO A REGOLAMENTARE SONO (O PROVANO AD ESSERE) I PUBBLICI POTERI: IL TENTATIVO ITALIANO DEL DDL GAMBARO 78
8. LA RISPOSTA EUROPEA E LA REGOLAMENTAZIONE CONDIVISA: IL DIGITAL SERVICE ACT 82
8.1 Breve recap degli atti UE che hanno preceduto il DSA 85
8.2 Il Digital Service Act 87
8.2.1 Questioni critiche 92
9. CENNI AL MODELLO AMERICANO: IL *FREE MARKETPLACE OF IDEAS* 95
9.1 La differenziazione dei luoghi 98
9.2 La questione cruciale: la responsabilità (e lo statuto costituzionale) delle piattaforme 101
CAPITOLO III – REGOLARE IL MONDO DELL'INFORMAZIONE PARTENDO DAGLI OGGETTI. UNA QUESTIONE "COMPLESSA" **109**
1. IL PARADIGMA DEL LIBERO MERCATO NELLA CIRCOLAZIONE DELLE NOTIZIE, TRA CONCORRENZA E VERITÀ. LE COORDINATE DEL PERCORSO 109
2. UNA REGOLAZIONE CHE PARTE DAGLI OGGETTI: RAGIONI E PROSPETTIVE 112
2.1 Il disegno delineato dalla Costituzione: la centralità della stampa 117

2.2 Quel che resta dei giornali di carta: una crisi "sfaccettata" 120
3. NON TUTTE LE NOTIZIE SONO UGUALI. DIFFERENZIARE PER NON DISCRIMINARE, NELLA PROSPETTIVA DI M. WALZER 125
3.1 L'uguaglianza complessa e i criteri di distribuzione dei beni sociali 130
3.2 Mercato e dominanza 134
4. "DIFFERENZIAZIONE" E INFORMAZIONE: LA PROSPETTIVA DI C.R. SUNSTEIN 137
4.1 (segue) Il dolo e il danno come indicatori alla base della regolamentazione 140
4.1.1 Il contemperamento tra contrasto alla disinformazione e tutela del free speech. Il "danno minore" alla libertà di manifestazione del pensiero come finalità della differenziazione 142
5. ALCUNI ESEMPI. PREMESSA 144
5.1 Informazione e scienze "dure": quando il bene protetto è la salute 146
5.1.1 Cosa si intende quando si parla di "scienza" (o di "scienze")? 147
5.1.2 La limitazione della libertà di informare "in azione": il caso Panzironi 149
5.1.3 Limitare i danni 151
5.2 Informazione e politica: è possibile una regolamentazione "forte"? 152
5.2.1 Un caso emblematico: il Referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea 153
5.2.2 Il danno alla libertà nell'esercizio del diritto di voto ex art. 48 Cost. 156
5.2.3 I fondamenti di una limitazione 158
5.2.4 Un "terreno scivoloso" 160
5.2.5 Ancora sulle conseguenze dannose 163
5.2.6 La via "stretta" di una limitazione necessaria (rinvio) 164
CAPITOLO CONCLUSIVO – COME SI AUTODEFINISCE UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA 167
1. RIANNODARE I FILI 167
2. QUALIFICARE GLI OGGETTI: PREGI E INSIDIE DELLA VISIONE OGGETTIVISTICA 169
2.1 Regolare il falso, questione di competenza dei pubblici poteri? 170
2.2 Una risposta "differenziata" (rinvio) 176
3. UNA QUESTIONE SQUISITAMENTE PUBBLICISTICA: LO IATO TRA DEMOCRAZIA DELLA COMUNICAZIONE E ARISTOCRAZIA DELLA CONOSCENZA 178
3.1 Il rapporto tra democrazia e conoscenza 178
4. GLI ANTICORPI (SUFFICIENTI?) DELLA DEMOCRAZIA 183
BIBLIOGRAFIA GENERALE 188

Regolare il falso? La libertà di informazione al tempo della post-verità

Introduzione – Una questione "complessa"

La storia della creazione e diffusione di notizie false è una storia antica. La dimensione della tensione tra verità e menzogna, tra autenticità e ipocrisia, tra sincerità e simulazione riguarda costitutivamente ogni uomo, e dunque la società in sé. Ben più breve invece è la storia delle cosiddette "*fake news*". Il termine è diventato "virale" nel 2016, a seguito di esiti (in parte) inattesi di diverse consultazioni politiche, specie le elezioni americane e il Referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea (noto come

"*Brexit*"). L'espressione "*fake news*" fa in questo senso coppia fissa con un altro vocabolo, che ha segnato – e sta tuttora segnando – il passaggio dal vecchio al nuovo millennio: "*internet*", che si declina più precisamente nei nuovi mezzi di comunicazione, i "*social network*". A ben vedere, però, forse le due storie – quella della "menzogna" come tratto costitutivo della società umana e quella delle *fake news* – coincidono, o meglio, fanno parte di un'unica, stessa storia, in cui la seconda, con tutte le peculiarità di ciascun tempo storico, altro non è che la prosecuzione della prima. Per inquadrare e regolare il fenomeno, dunque, è possibile – e necessario – far ricorso ai classici strumenti del costituzionalismo[1], pur tenendo conto delle peculiarità tecnologiche, economiche e sociali che questo tempo storico – al pari di ogni altro – porta con sé.

Negli ultimi anni la riflessione sul tema della *fake news*, e ancor più in generale su quello della progressiva influenza del digitale nelle società contemporanee, è amplissima, e non riguarda solo l'ambito giuridico. Il fatto comune delle riflessioni pare essere il seguente: l'iniziale mito libertario di *internet* come luogo "a-giuridico" al riparo dalle influenze degli Stati e dei poteri in generale è stato sfatato. La corrispondenza tra "assenza di regole o limiti" e "libertà" si è rivelata fallace. La rete è diventata presto uno spazio di proprietà di grandi società private, volte (legittimamente) alla massimizzazione del profitto. Le questioni problematiche di rilevanza costituzionale sorgono quando tali piattaforme private diventano un irrinunciabile mezzo per esercitare diritti costituzionalmente garantiti, come nel caso del (composito) diritto dell'informazione.

Uno studio sullo stato di salute del diritto dell'informazione al tempo di *internet* non può che prendere le mosse proprio da un'analisi della rivoluzione tecnologica e sociale che l'avvento della rete ha comportato, analizzandone i meccanismi di funzionamento. In ciò consiste il primo passo della ricerca[2]: tentare di capire come stia cambiando il modo in cui l'informazione viene prodotta, diffusa e recepita dai lettori (consumatori) delle informazioni *online*, e come il tradizionale assetto dell'informazione professionale, cui fa riferimento la Carta costituzionale, si stia evolvendo in rapporto all'informazione non professionale.

È in questo contesto complesso e ancora in fase di scoperta e sviluppo che si inseriscono le tradizionali riflessioni sul diritto dell'informazione, «pietra angolare dell'ordine democratico»[3]. Come affermato già dalla dottrina costituzionalistica risalente, tale diritto è composto essenzialmente da due "anime": un lato attivo, ovvero libertà di informare, e un lato passivo o funzionalistico, che sulla base di un (discusso) diritto ad essere correttamente informati giustificherebbe delle limitazioni alla libertà di informare. Cioè a dire: anche la libertà di informare deve tendere a un fine costituzionale, e non può sopprimere interamente il diritto (speculare) a essere informati (o a non essere disinformati).

---

1 Cfr. in questo senso M. Betzu, *I baroni del digitale*, *cit.*, 19 ss.

2 Se ne parlerà nel corso del capitolo I

3 Secondo la definizione data dalla Corte costituzioanale, sentenza del 2 aprile 1969, n. 84

Le questioni di rilevanza costituzionalistica connesse al tema sono molteplici: da quella relativa alla trasparenza degli algoritmi sulla cui base l'informazione in rete viene diffusa, a quella sull'anonimato dei profili attivi sul *web*; da quella della regolamentazione *antitrust* e del rapporto tra informazione e propaganda a quella che legge la problematica sotto le lenti delle categorie costituzionalistiche tradizionali della "sovranità" o del "potere"

L'oggetto della presente ricerca consiste invece in un'analisi dei diversi possibili modelli regolamentativi del fenomeno delle *fake news*, che si differenziano sia dal punto di vista della concezione del ruolo che lo Stato deve rivestire nei confronti della libertà di informare (lasciando libero corso al *free marketplace of ideas*, o tentando di "forzare" il pluralismo sanzionando la diffusione del falso, esponendosi tuttavia al rischio di "comprimere" eccessivamente il lato attivo della libertà di informazione), sia sul piano dell'individuazione dei soggetti deputati a porre in essere tale regolazione (sono i pubblici poteri a dover eventualmente regolare il fenomeno, o le piattaforme private, sulla base di termini e condizioni di matrice privatistica liberamente sottoscritti dagli utenti?). Detto altrimenti, c'è da chiedersi se una regolamentazione che limiti il *free marketplace of ideas* sia ipotizzabile, e quale sia il soggetto (o i soggetti) deputato (deputati) ad adottarla[4].

Si proverà ad inquadrare la problematica da un angolo prospettico particolare: più che sui tradizionali "diritti soggettivi" confliggenti (diritto ad informare e diritto ad essere informati), si tenterà di ragionare sulla base degli "oggetti" costituzionalmente rilevanti di volta in volta coinvolti dalla diffusione delle informazioni. Non tutti i falsi sono uguali. Non tutti i falsi "colpiscono" beni costituzionalmente tutelati, e non può pensarsi a una risposta giuridica che non tenga conto di tale differenziazione. In un tempo in cui i corpi intermedi, la rivendicazione comune dei diritti e la partecipazione democratica sono ritenuti unanimemente in crisi, o comunque non in grado di farsi promotori di istanze sociali condivise, una prospettiva giuridica che provi a garantire un'effettiva e ugualitaria tutela dei diritti può essere quella che concentra le proprie riflessioni sull'oggetto, anziché sul soggetto, delle questioni. In altre parole, posto che la prospettiva individualistica sia (non irreversibilmente) quella dominante, riflettere sugli oggetti può essere un modo efficace per cercare di proteggere i beni costituzionalmente protetti di volta in volta in gioco dal dominio dei soggetti economicamente egemoni, che tendono a ricondurre la distribuzione di tutti i beni sociali alla logica distributiva del mercato. Il nocciolo del *quomodo* della regolamentazione in tal senso è stabilire quale sia il criterio sulla cui base debbano circolare le notizie, o meglio, se tutte le notizie possano circolare sulla base del medesimo criterio, e dunque se e su quali basi le stesse possano incontrare limitazioni, per garantire una distribuzione che tenga conto di tutti i diritti e gli interessi in gioco. Si tratta di applicare all'informazione il concetto di «eguaglianza complessa» proposto da M. Walzer: perché si possa giungere (o quantomeno tendere) effettivamente a una "società giusta", bisogna tener conto della

[4] Domanda che verrà analizzata nel corso del Capitolo II

pluralità dei significati dei beni sociali e delle loro intrinseche sfere distributive, per cui tali beni devono essere «distribuiti per ragioni differenziate ed "interne"»[5]. Si sostiene comunemente, ad esempio, che tendenzialmente le notizie debbano poter circolare in maniera libera e (illusoriamente?) egualitaria, sulla base cioè del *free marketplace*; si pensi però all'informazione scientifica in ambito medico-sanitario: deve circolare esclusivamente sulla base del criterio del libero mercato e delle preferenze degli utenti, o interessa beni costituzionalmente protetti che imporrebbero diversi criteri distributivi[6]?

Ragionare sugli oggetti costituzionalmente rilevanti mostra tuttavia come qualsiasi – pur necessario – intervento regolamentativo in tema di contrasto alla disinformazione rischia di lasciare insoddisfatti. Limitare l'offerta di notizie non basta. La questione cruciale riguarda anche (o forse primariamente?) la domanda, ovvero chi l'informazione la riceve. La rete ha sollevato in maniera ancor più evidente un paradosso già in parte presente nelle società occidentali: alla «democrazia della comunicazione» si oppone la «aristocrazia della conoscenza»[7]. Tutti (o quasi) hanno la possibilità di produrre e diffondere informazioni, pochi hanno i mezzi tecnici e culturali per districarsi in un contesto così complesso e frastagliato. Posto che secondo il disegno immaginato dai costituenti dovrebbero essere i corpi intermedi (i giornali, la comunità scientifica, i partiti politici) a "filtrare" l'informazione, va ricordato che la democrazia rifiuta ogni forma di imposizione o dogmatismo in tema di verità: è il confronto tra diverse concezioni di "vita giusta" a costituirne la ricchezza. Proprio qui si annida il paradosso: in un contesto democratico è necessario che i cittadini abbiano una postura "democratica" e solidale, che poggia le basi sulla conoscenza, ma tale conoscenza non può essere in alcun modo imposta o "pilotata". Detto altrimenti, la democrazia in senso collettivo è profondamente relativista, ma al contempo un atteggiamento nichilista degli individui ne costituisce una minaccia; la conoscenza e l'adesione a un sistema di valori, l'aspirazione a promuovere proprie posizioni e convinzioni sono condizioni necessarie perché una società possa dirsi democratica.

Il pluralismo necessita anche dell'investimento – che non può che essere realizzato dai pubblici poteri – nella preparazione culturale, umana e sociale del cittadino, così da fornirgli gli strumenti necessari per verificare l'attendibilità delle notizie, e per formare in maniera libera la propria coscienza e volontà politica[8]. Parlare di *fake news* dunque significa tentare di capire se le democrazie sono in grado di darsi strumenti adeguati per autodefinirsi in maniera libera e democratica.

---

[5] M. Walzer, *Sfere di giustizia (1983)*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 11

[6] L'interrogativo verrà trattato all'interno del Capitolo III

[7] M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *MediaLaws*, 3/2019, 84

[8] Si proporranno delle riflessioni in tal senso nel corso del Capitolo conclusivo

CAPITOLO I – Un inquadramento necessario. Meccanismi di funzionamento del mondo della rete e libertà di informazione: tensioni e problematiche

1. Premessa. Comunicare nel mondo digitale

Nel 1927 il politologo statunitense H. Lasswell elaborò la cosiddetta "*bullet theory*" (teoria del proiettile magico), anche nota come "teoria della cinghia di trasmissione"[1], che delinea un modello di comunicazione politica basato sull'interazione univoca e diretta tra stimolo e risposta[2]. Secondo tale modello, la comunicazione avviene verticalmente tra il politico e la massa: il messaggio politico è un proiettile che viene "sparato" e conseguentemente "iniettato" nell'"organismo" dell'informato, il quale gioca un ruolo meramente passivo (diventa un bersaglio, un *target*, secondo l'espressione spesso utilizzata nell'ambito della comunicazione pubblicitaria, e recentemente anche politica). A quasi un secolo di distanza, questa definizione è ancora riconosciuta e applicata dagli esponenti delle forze politiche nel corso delle campagne elettorali (o dell'unica, costante campagna elettorale in cui l'attività politica è "immersa")[3]. I partiti politici, rappresentati dai loro esponenti, costituiscono infatti tradizionalmente i soggetti deputati a proporre una visione di società, di Stato, di giustizia al corpo elettorale, ovvero ai fruitori dell'informazione pubblica. Pur prendendo le mosse da quello che è – o si presume essere – il sentire del popolo, o comunque della propria porzione di elettorato, il politico è abitualmente colui che elabora e avanza delle proposte, spesso al fine di posizionarsi strategicamente rispetto all'elettorato stesso. Ai cittadini l'"onere" di informarsi, e l'"onore" di formarsi una propria idea: così prende progressivamente forma l'opinione pubblica[4].

---

[1] H. Lasswell, *Propaganda technique in the world war*, Peter Smith, New York, 1938 (1° edizione 1927)

[2] G. Boccia Artieri, S. Bentivegna, *Le teorie della comunicazione di massa e la sfida digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, 8

[3] C. Cepernich, *Le campagne elettorali al tempo della networked politics*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 15 ss.;

[4] Diversi studiosi hanno tentato di definire la portata del concetto di "opinione pubblica" nel contesto democratico-rappresentativo; la caratteristica saliente è data proprio «dall'aggettivo "pubblico", che va assunto in un duplice significato: [l'opinione] è "pubblica" nel suo formarsi, nel senso che è un'opinione non individuale, ma che nasce attraverso un processo di comunicazione intersoggettiva, e cioè un dibattito, che porta a un comune convincimento; [ed] è "pubblica", perché ha come suo oggetto il pubblico e non il privato, e cioè la vita politica nei suoi molteplici aspetti», N. Matteucci, *voce "Opinione pubblica"*, in *Enciclopedia del Diritto*, 421-422. Storicamente, l'affermarsi dell'opinione pubblica è da datare all'epoca degli Stati assoluti, che contrappongono rigorosamente pubblico e privato; col progressivo spostamento dell'economia dalla famiglia al mercato, analogamente la morale fuoriesce dalla sfera privata-familiare e si estende alla sfera sociale. Gli uomini iniziano a incontrarsi (ciò sarà poi ulteriormente facilitato con la frequenza di bar, caffè, clubs, e soprattutto con l'invenzione della stampa. Nasce così progressivamente l'opinione pubblica quale espressione della società civile, che crea uno spazio di autonomia dal governo)
Sul punto la bibliografia è molto ampia. Si rinvia, tra gli altri, a A. Hermet, *I nuovi fabbricanti di opinione pubblica*, Franco Angeli, Milano, 1966; G. Sartori, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, 4/1979; G. Grossi, *L'opinione pubblica: teoria del campo demoscopico*, Laterza, Roma-Bari, 2004; W. Lippmann, *L'opinione pubblica*, Donzelli, Roma, 2004; J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2008; E. Noelle-Neumann, *La spirale del silenzio: per una teoria dell'opinione pubblica*, Meltemi, Milano, 2017 sul tema dell'opinione pubblica e della sua formazione in ambito digitale, cfr., tra gli altri, N. Urbinati, *Opinione pubblica e legittimità democratica*, in *Rassegna italiana*

Nel contesto di una democrazia costituzionale pluralista, l'opinione pubblica è il cardine su cui si fonda la legittimazione delle istituzioni – e dunque dei rappresentanti delle medesime – e delle leggi che regolano la comunità[5]. A fianco dei meccanismi formali (il voto parlamentare, le consultazioni elettorali), vi è infatti un processo continuo di legittimazione informale, che inevitabilmente influenza i suddetti meccanismi formali, che ne costituiscono il luogo di verifica e di manifestazione visibile[6].

Nel corso della storia l'opinione pubblica ha assunto un peso sempre maggiore grazie a due conquiste decisive per l'affermarsi della democrazia rappresentativa, entrambe verificatesi sul finire del XVIII secolo: l'abolizione della censura (con il conseguente riconoscimento effettivo della libertà di stampa), e la pubblicizzazione dell'attività parlamentare, sottratta all'opacità degli *arcana imperii*. Ciò testimonia come non può darsi opinione pubblica senza libertà di informazione. Detto altrimenti, l'opinione pubblica così come descritta si dà solo dal momento in cui i cittadini possono liberamente informarsi[7]. In tal senso, due sono tradizionalmente gli attori irrinunciabili al fine della libera e corretta formazione della pubblica opinione[8]: i mezzi di informazione e di comunicazione (in particolare i cd. "*mass media*"), e i partiti politici, cui l'art. 48 Cost. attribuisce il compito di «determinare la politica nazionale»[9]. Rispetto allo schema descritto da Lasswell, nonché alla mediazione dei suddetti corpi intermedi in ambito comunicativo, con l'avvento delle nuove tecnologie i meccanismi di funzionamento dell'informazione (politica e non solo) sono tuttavia profondamente cambiati[10]: «il ruolo del pubblico, oggi, è mutato, passando da una situazione di soggezione, sovente solleticata da gradevole intrattenimento, a una posizione molto più attiva e partecipativa»[11]; chiunque, col semplice utilizzo di uno *smartphone*, può ormai diventare un creatore e "condivisore" di contenuti. Si registrano, insomma, due elementi di novità:

---

di sociologia, 4/2010, 547-565; F. Amoretti, *Partecipazione politica e opinione pubblica online in tempo di crisi*, in *Iride*, 1/2021, 57-67

5 A. Papa, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi*, 1/2017 num. spec., 2,

6 Sul punto, cfr. G. Sartori, *Opinione pubblica*, *cit.*, e M. Barisone, *Le trasformazioni della comunicazione politica nella democrazia del pubblico*, in F. Sacca (a cura di), *Culture politiche, democrazia e rappresentanza*, Milano, 2014

7 N. Matteucci, *voce "Opinione Pubblica"*, *cit.*, 422; Nel XX secolo N. Matteucci ha descritto l'opinione pubblica come quello spazio necessario perché la politica «pieghi le ginocchia davanti alla morale», ovvero quello strumento che obbliga la classe politica a rifarsi a canoni di trasparenza e correttezza nel suo agire, e che nasce proprio con l'estensione dell'ambito della morale dalla sfera privata a quella sociale. La pubblica opinione è il collante, il tramite insostituibile tra Stato e società civile, e per questo è necessario istituzionalizzarla. Se infatti l'opinione pubblica viene lasciata a sé stessa, si affermerà, secondo una prospettiva hobbesiana, la legge del più forte (economicamente, culturalmente, politicamente), cfr. *ibidem*, 426.

8 A. Papa, *"Democrazia della comunicazione"*, *cit.*, 3

9 Art. 48 Cost.; Ci troviamo già nel contesto, di cui si dirà più ampiamente nei capitoli successivi, di una società sempre più atomizzata, già descritta da F. Tonnies nel 1887 in F. Tonnies. *Comunità e società*, Laterza, Roma-Bari, 2011 (ed. italiana), in cui le comunità fanno posto alla società, con legami sociali sempre più anonimi e impersonali, spesso regolati da contratti o comunque da una mentalità fondata sul tornaconto personale.

10 C. Cepernich, *Le campagne elettorali*, *cit.*, 20 ss.

11 C. Magnani, *Finché ci sono* fake news *c'è speranza, Libertà di espressione, democrazia, nuovi media*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, 16

i) una sorta di «mobilitazione totale della, e nella, comunicazione», per cui ogni individuo, costantemente reperibile, si è trasformato in «destinatario permanente» di notizie[12];

ii) al contempo, l'individuo si trasforma sempre più in "parte attiva" del discorso comunicativo, non accontentandosi di essere un mero "ricevitore" di informazioni.

Con riguardo ai processi di formazione dell'opinione pubblica, i nuovi mezzi di informazione appaiono più come canali di relazione (o di interazione[13]/connessione[14]) che di informazione tradizionalmente intesa. I *media* stessi stanno in qualche maniera svolgendo funzioni di socializzazione e di informazione politica che erano proprie dei partiti politici[15]. Sul *social network* "*TikTok*", ad esempio, la produzione di opinioni politiche e il relativo confronto sulle stesse avvengono come interazioni autonome e spontanee tra gli stessi utenti, che dimostrano una certa capacità generativa in termini di messa in campo dei problemi politici e delle opinioni connesse. È stato fatto notare come si stia progressivamente rovesciando il paradigma *massmediatico* del Novecento, verso quella che è stata definita una «autocomunicazione di massa»[16]. L'individualismo post-mediale – definito ormai da alcuni studiosi «singolarismo»[17] – non solo sembra aver eliminato ogni sorta di mediazione nel contesto della vita sociale e dunque nei metodi di formazione del consenso politico, ma sta ristrutturando le relazioni sociali in forma reticolare[18]. Per quanto riguarda infatti la comunicazione politica limitatamente ai *social network*[19], non gode più di particolare favore un modello di comunicazione verticale e asimmetrica *uno-a-molti* (il classico schema della comunicazione mediale), in cui gli esponenti delle forze politiche cercano di persuadere, di informare, di spiegare contenuti alla massa di potenziali elettori-consumatori (secondo la descritta teoria di Lasswell). Il politico deve invece trovare degli *escamotages* per rivolgersi – seppur in

---

12 La quantità sostituisce la qualità, secondo la visione hegeliana, riportata in C. Magnani, *Finché ci sono* fake news, *cit.*, 17

13 Come ben esplicato da J.B. Thompson, *Mezzi di comunicazione e modernità*, Il Mulino, Bologna, 1998, 122-123

14 G. Boccia Artieri, *Stati di connessione. Pubblici, cittadini e consumatori nella (Social) Network Society*, Franco Angeli, Milano, 2012, parla di «stato di connessione»

15 C. Cepernich, *Le campagne elettorali*, cit., 3-4

16 Tema sviluppato ampiamente in M. Castells, *Comunicazione e potere*, Egea Università Bocconi Editore, Milano, 2009

17 Recenti studi descrivono la società tardo moderna come segnata dal paradigma del «singolarismo», più che da quello dell'individualismo, intendendo per «singolarismo» il «fenomeno per il quale un numero sempre maggiore di persone, solitamente inconsapevoli di far parte di una tendenza generale, non si aspetta più il generale ma sempre lo speciale; non si volge a ciò che è standardizzato e regolato ma a ciò che è originale e particolare; non è interessato alla produzione di massa ma a ciò che è specifico e individuale. […] Il passaggio al singolarismo porta a una società non solo di individui ma di singoli, di singoli speciali non più inseriti in un sistema collettivo come il partito, il sindacato con il contratto collettivo di lavoro, la fabbrica con la dimensione collettiva, bensì in una società in cui trionfa la dimensione singola, speciale, personale», F. Rigotti, *L'era del singolo*, Einaudi, Torino, 2021, 5, 24. V. sul punto anche gli studi sull'utilitarismo di J. Bentham, su tutti G.S. Lodovici, *L'utilità del bene. Jeremy Betham, l'utilitarismo e il consequenzialismo*, Vita e Pensiero, Milano, 2004

18 C. Cepernich, *Le campagne elettorali*, *cit.*, 4

19 Al netto del fatto che molte persone, in percentuale sempre maggiore col crescere dell'età anagrafica, si informano ancora su altri mezzi che non siano "*Tik Tok*" o "*Instagram*"; secondo i dati rilevati da AGCOM, 2018, il 90,3% degli italiani si informa tramite il mezzo televisivo (il 68,8% lo fa tutti i giorni), il 70,2% su *internet* (il 41,8% quotidianamente), il 66,2% via radio (il 24,6 ogni giorno), e il 60,1% sui quotidiani (il 17,3% tutti i giorni)

maniera artificiale – al singolo, nello schema *uno-a-uno* e *molti-a-molti*[20]. Nei nuovi luoghi digitali di socializzazione politica – che hanno rimpiazzato le riunioni di partito – prende sempre più forma una narrazione spontanea della politica, reticolare e connettiva, e in cui ciascuno può liberamente farsi portatore di una visione del mondo su misura[21]. Ad essere in crisi è la figura dell'«elettore-spettatore»[22] – che si muove nel contesto di quella che è stata definita da B. Manin «democrazia del pubblico»[23], o da N. Bobbio «democrazia dell'applauso»[24] – che ha più un ruolo di "contemplatore" e tuttalpiù "valutatore" di ciò che accade, e non di "parte attiva" e "integrante" degli accadimenti stessi[25] (è sintomo di questa crisi la crescente disaffezione politica, sia con riferimento ai livelli di astensione elettorale[26] che di tesseramento ai partiti politici[27]). In qualche misura la stessa figura dell'«*homo videns*»[28], teorizzata da G. Sartori con riferimento all'inerzia cognitiva scaturita dalla diffusione della televisione, sembra essere in fase di crisi, ovvero di "giudizio" ed evoluzione.

Vi è dunque un fattore tecnico che caratterizza tali processi trasformativi dell'informazione, che non può essere trascurato per analizzare l'attuale stato di salute della libertà di informazione[29], che ha innegabili conseguenze (e concause) politiche. In un contesto in cui l'informazione era gestita principalmente in maniera *massmediatica* e spersonalizzata, in mano ad aziende pubbliche o comunque solo ai pochi proprietari dei mezzi necessari per diffondere l'informazione[30], il XXI secolo si apriva col sogno di un superamento di ogni meccanismo autoritario e antidemocratico, finalmente realizzabile grazie

---

20 C. Cepernich, *Le campagne elettorali*, 5. V. *infra* sul concetto di *microtargeting* politico, par. 4.3

21 D. D'Andrea, *La libertà singolarista al di là del principio di realtà*, in *Iride*, 3/2021, 531, sostiene che uno degli approdi del «singolarismo» sia quello di adottare «l'espressione di sé come ragione ultima della propria condotta», non essendo più possibile rinvenire «alcuna unità di misura esterna all'individuo che consenta di misurarne, in termini di adeguatezza o di qualità, le azioni e le capacità», e tagliando così alla radice l'appetibilità dei luoghi di socializzazione politica

22 P. Norris, *A virtuous circle. Political communications in postindustrial societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 138

23 B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Il Mulino, Bologna, 2010, 259.

24 N. Bobbio, *La democrazia dell'applauso*, in *La Stampa*, 16 maggio 1984 metteva in guardia dai rischi della «democrazia dell'applauso», i cui rischi principali sono il conformismo e l'assenza di espressioni di dissenso

25 C. Cepernich, *Le campagne elettorali*, *cit.*, 9

26 In Italia l'affluenza al voto è in costante calo dal 1976. Con solo riferimento al dato relativo alle elezioni politiche (la tendenza infatti è ampiamente confermata, con numeri ancora più bassi, con riferimento alle elezioni amministrative o ai referendum), fin dal 1948 l'affluenza è stata superiore al 90%, raggiungendo il picco del 93,39% alle elezioni del 1976. La prima volta in cui si recò alle urne meno del 90% degli aventi diritto fu nel 1983 (88,42%), per scendere all'81,35 % delle elezioni del 2001. Questa percentuale è rimasta più o meno stabile fino al 2013, quando si presentò alle urne il 75,19% degli elettori, per scendere ancora fino al 72,93% del 2018. Un ulteriore crollo si è registrato in occasione delle elezioni politiche del 25 settembre 2022, per le quali ha votato il 63,91% degli aventi diritto.

27 Secondo i dati più recenti resi disponibili dai partiti, Fratelli d'Italia nel 2021 contava circa 130.000 tessere, mentre Forza Italia nel 2018-19 circa 100.000 e la Lega nel 2020 ha dichiarato di aver superato la soglia delle 100.000 tessere. Per quanto riguarda il Partito Democratico, gli iscritti nel 2019 erano 412.000, mentre il M5S, che non utilizza un tesseramento convenzionale ma la registrazione alla Piattaforma "*Rosseau*", per cui non è previsto il versamento di una quota, nel 2021 contava 196.840 iscritti.

28 G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Laterza, Roma-Bari, 2007

29 Si parlerà nel dettaglio dei meccanismi di funzionamento della rete *infra*, parr. 2 ss.

30 V. *infra*, cap. I, par. 5

all'invenzione di *internet*, che avrebbe rivoluzionato il sistema della comunicazione delle democrazie occidentali, rendendolo orizzontale, accessibile a tutti e sottratto al controllo o alle influenze del potere politico. Proprio quella tecnologia, sorta sulla scorta dell'utopia californiana della visione di un mondo migliore – che ha effettivamente portato a delle conquiste epocali sul piano della qualità della vita[31] –, che voleva dare dignità e potere decisionale ai singoli individui, si è rivelata essere l'arma perfetta per realizzare pratiche di manipolazione ben più sofisticate[32], di cui si dirà in seguito[33]. Il sistema dell'informazione, e più in generale quello della sfera pubblica comunicativa, esercitano infatti una diretta influenza nei confronti del potere politico ed economico. In questo senso, il controllo – se non in taluni casi la manipolazione – delle notizie è l'elemento primario che orienta la costruzione del consenso verso determinati soggetti politici rispetto ad altri. Il ruolo della comunicazione influenza in maniera sempre più accentuata il discorso pubblico, secondo alcuni assiomi che sintetizzano quanto fin qui ricostruito in chiave introduttiva, e che sono stati puntualmente sintetizzati da C. Magnani:

«a) la modernità democratica ha portato all'identificazione (o reciproca implicazione) tra politica e sfera della comunicazione; b) i mezzi di comunicazione sono i protagonisti essenziali dell'instaurazione di questo ordine politico-comunicativo; c) le comunicazioni elettroniche e informatiche hanno creato opportunità ancora inesplorate: nuovi soggetti politici, nuove forme di partecipazione, nuove progettualità. In questo schema il ruolo dell'argomentazione, cioè della verità e validità del discorso pubblico e politico, è apparso in crisi se non trascurato»[34].

---

31 Si pensi ai passi da gigante in campo medico, di trasporti, di telecomunicazione e non solo che è stato possibile grazie a *internet*. Il sogno californiano si fondava sulla controcultura che trovava il suo fondamento in S. Brand, *The Whole Earth Catalogue*, e sull'esperienza di comunità virtuale "*The Well*", secondo cui ogni individuo può realizzare sé stesso tramite la libera condivisione delle idee e l'autoapprendimento

32 R. De Rosa, *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, in *Laboratorio dell'ISPF*, XVI, 2019, 4

33 V. *infra*, parr. 3 ss.

34 C. Magnani, *Finché ci sono* fake news, cit., 14; cfr. anche F. D'Agostini, *Verità avvelenata- Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Bollati e Boringhieri, Torino, 2010, 103 ss.; Questo quadro pone degli interrogativi di portata non indifferente nel sistema costituzionale e nell'ambito della teoria del diritto: Il confine tra produttore e fruitore dell'informazione è sempre più labile; Diversi studiosi hanno in tal senso fatto notare come non si possa tuttavia configurare un superamento del confine tra comunicazione privata (art. 15 Cost.) e comunicazione pubblica (art. 21 Cost.); in tal senso cfr., tra gli altri, C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in C. Esposito, *Diritto Costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffré, Milano, 1992 (1° ed. 1958), 120; C. Caruso, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 ottobre 2013; P. Marsocci, A. Papa, *Lingua e linguaggio della comunicazione pubblica. Relazione al XX Seminario AIC, Messina-Taormina, 27-29 ottobre 2022*, 2 (versione provvisoria). L'utente stesso è un soggetto che genera notizie, e che le mette in circolazione (seppur con la mediazione, peraltro non neurale, delle piattaforme social).

Le norme in materia di informazione, che fanno riferimento alla carta stampata o alle televisioni, sembrano non solo essere inadatte a regolare il mondo del web, ma rifarsi a logiche comunicative ormai obsolete.

I poteri privati, proprietari delle piattaforme su cui viene messa in circolo l'informazione, grazie al loro strapotere economico, filtrano, manipolano e indirizzano le informazioni, grazie all'utilizzo di algoritmi e all'intelligenza artificiale, vanificando le (ingenue?) spinte ideali che stavano alla base del sogno di *internet*, e si inseriscono in questo contesto quale soggetto nuovo, portatore di pretese finora mai avanzate nelle democrazie.

Le forme di espressione della rappresentatività – e dunque il voto su tutte – sono sempre più viste come «simulacri di partecipazione politica» (C. Cepernich, *Le campagne elettorali*, *cit.*, 18). Ciò non può non sollevare importanti interrogativi sulla necessità di pensare nuove forme di coinvolgimento dell'elettorato attivo.

Per realizzare un ragionamento giuridico di stampo costituzionalistico sulla possibile regolamentazione delle *fake news*, nonché sulle influenze che queste possano avere sugli equilibri dell'ordinamento democratico, si ritiene pertanto necessario, in premessa, avere coscienza delle nuove forme che il comunicare ha assunto – e sta via via sempre più assumendo – nel mondo digitale. La realtà sociale, tecnica, politica ed economia è la prima "fonte" con cui devono confrontarsi gli studiosi del diritto costituzionale. Per usar un'espressione di R. Bin e G. Pitruzzella, «i quotidiani sono un ottimo "quaderno di esercizi" per chi studia diritto costituzionale. […] Studiare diritto costituzionale senza leggere i giornali è come studiare anatomia senza mai aver visto un corpo umano. Più che difficile, è inutile!»[35].
Riassumono in poche battute i concetti introdotti le riflessioni di M. McLuhan, che descrive i *media* non come meri contenitori comunicativi, bensì come «metafore attive, in quanto hanno il potere di tradurre l'esperienza in forme nuove»[36]. I *media* non sono né mezzi né intermediari, ma «metafore»: «Ogni forma di trasporto non soltanto porta, ma traduce e trasforma il mittente, il ricevente e il messaggio»[37]. È il mezzo stesso, come suggerisce l'Autore, a dover essere indagato, compreso e se necessario regolato per comprendere gli esiti che la trasformazione in atto porterà con sé[38].

2. Il fondamento della libertà di informazione: l'art. 21 Cost.

La libertà di informazione trova il suo fondamento all'interno della Carta costituzionale nell'art. 21[39], che sancisce al 1° comma la libertà di manifestazione del pensiero, la quale contribuisce – più di tutte le altre libertà – a definire una determinata forma di Stato[40]. La norma costituzionale è strutturata in maniera binaria: se il 1° comma sancisce la libertà di espressione o di manifestazione del pensiero, i commi

Nel contempo il falso, le informazioni tendenziose, i regimi di verità alternativa prendono sempre maggiore spazio nel mondo dell'informazione (online e non solo), "infestando" la libera formazione dell'opinione pubblica. È la funzione di verità ad essere oggetto del dibattito giuridico e politico del XXI secolo sulla libertà di informazione: il nodo è comprendere se il falso in quanto tale sia o meno suscettibile di una rimozione dal dibattito pubblico, operando una cesura col costituzionalismo moderno – laico, aperto al dubbio e "allergico" a ogni forma di verità monolitica

35 R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, 7

36 M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Il Saggiatore, Milano, 2015, 8

37 M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, *cit.*, 9

38 Sempre McLuhan, Gli strumenti del comunicare, cit., 10, in relazione a radio e tv, descrive l'impreparazione e l'incapacità dell'uomo a lui contemporaneo, preparato ad utilizzare tali mezzi nella loro portata innovativa «quanto l'indigeno del Ghana è in grado di misurarsi con l'alfabetismo»

39 Sono rinvenibili quali fondamento costituzionale della garanzia della libera formazione della pubblica opinione nel contesto pluralista anche gli artt. 2, 3, 19 e 33 Cost.

40 R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi (a cura di), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, Padova, 2013, 2; L. Paladin*, Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987, 5

successivi regolano invece uno specifico mezzo di informazione, ovvero la stampa, principale canale comunicativo all'epoca in cui fu scritta la Costituzione[41].

Con riferimento al 1° comma, i Costituenti hanno optato per una formulazione generale a tutela della libertà di manifestazione del pensiero, adottando una norma a fattispecie aperta. Secondo parte della dottrina tale norma, letta unitamente ai commi successivi del medesimo articolo, risulterebbe poco innovativa, in quanto più di carattere retrospettivo che di apertura al futuro, differenziandosi così in senso conservatore rispetto alle analoghe previsioni nazionali presenti in altri ordinamenti, nonché rispetto a quelle sovranazionali, ben più dettagliate, che si soffermano maggiormente sulle diverse inclinazioni della libertà di manifestazione del pensiero, quali il diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni, quello a non essere molestati, o il divieto di ingerenza degli Stati[42]. Si sostiene infatti che i Costituenti si siano occupati più di risolvere problemi passati che di affrontare le tematiche nella loro complessità, come dimostra il fatto che si sia preoccupato di regolare soltanto la stampa quale specifico mezzo di informazione, senza occuparsi ad esempio della radio, già parecchio diffusa all'epoca[43]. Secondo differente e maggioritaria dottrina, però, tale carattere aperto dell'art. 21 Cost. è invece segno di lungimiranza e di apertura[44]. L'intento dei Costituenti, consci della possibilità che il futuro sarebbe potuto essere segnato da cambiamenti nelle tecniche e nei mezzi di diffusione e manifestazione delle opinioni, sarebbe stato infatti quello di adottare una disposizione normativa il più aperta possibile, che consentisse di far rientrare nel proprio alveo qualsiasi nuovo mezzo di diffusione, seppur al tempo non ancora esistente[45].

---

41 C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1973, 71. Sulla libertà di stampa e la sua disciplina la dottrina si è molto dilungata. Si fa rinvio a M. Borsa, *Libertà di stampa*, 1945; D. Diderot, P. Alatri, *Potere politico e libertà di stampa*, Editori Riuniti, Roma, 1966; Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti (a cura di), *Congresso internazionale di studi sui problemi della libertà di stampa e dell'editoria: Milano 8-9-10 marzo 1968*, Roma, 1968; R. Fiengo, *Libertà di stampa, anno zero: una terza via al diritto per tutti di manifestare il pensiero*, La Nuova Italia, Firenze, 1974; G. Ponzo, *Le origini della libertà di stampa in Italia: 1846-1852*, Giuffré, Milano, 1980; E. Tortarolo, *L'invenzione della libertà di stampa*, Carocci, Roma, 2011; P. Allotti, *La libertà di stampa: dal 16° secolo a oggi*, Il Mulino, Bologna, 2020.

42 R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2013, 3, in cui si sottolinea anche come diverse disposizioni analoghe in contesti stranieri (la *Grundgesetz* tedesca su tutti) trattano esplicitamente alcuni profili regolatori specifici su cui l'art. 21 Cost. sembra tacere

43 R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi (a cura di), *Diritto dell'informazione*, *cit.*, 2. C. Melzi D'Eril, 2014 si chiede se i Costituenti intendevano soltanto il mezzo stampato come mezzo specifico, e dunque senza che la disciplina del sequestro e della libertà di stampa in generale sia estensibile ad altri mezzi, o se la definizione sia passibile di estensione, in quanto riferita semplicemente alle contingenze del periodo storico in cui la Costituzione fu scritta. In ogni caso, alla luce della riserva di legge di cui all'art. 21 co. 3, ai fini di una lettura espansiva è necessario l'intervento di una legge che regoli espressamente la materia

44 Cfr., tra gli altri, V. Crisafulli, *Problematica della libertà di informazione*, in *Il Politico*, 1962; A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1975, e più recentemente A. Papa, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi*, 2017; M. Orofino, *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *MediaLaws*, n. 2/2019

45 Si v. sul punto M. Orofino, *Art. 21 Cost.*, *cit.*, 77. ss.

In linea generale, la dottrina costituzionalistica è concorde nel rinvenire nell'art. 21 Cost. il fondamento costituzionale della libertà di informazione[46]. Invero, nel dettato normativo non vi è alcun esplicito riferimento a tale libertà, né si pervenne al riconoscimento della stessa in maniera immediata. Come fatto notare da V. Crisafulli, la libertà di informazione allude a qualcosa di diverso, e per certi aspetti di «aggiuntivo»[47], rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero di cui al comma 1 dell'art. 21 Cost. – e alle tradizionali categorie ottocentesche di libertà di opinione o di libertà di stampa. La libertà di informazione, infatti, consta di un lato attivo e di un lato passivo[48] – e dunque di soggetti attivi, gli informatori, e di soggetti passivi, gli informati –, nonché diverse sono le interpretazioni dottrinali circa i confini esterni nell'ambito dell'esercizio di tale diritto, che va inevitabilmente bilanciato con altri diritti e interessi tutelati dall'ordinamento. Vi è poi il tema dei soggetti diffusori dell'informazione, della regolazione e delle responsabilità sottese al ruolo degli stessi, che distingue ulteriormente la regolamentazione della libertà di informazione.

Il lato attivo della libertà di informazione, inteso come libertà di informare[49], è strettamente legato alla libertà di manifestazione del pensiero, e pertanto riconosciuto in astratto a chiunque. Una delle questioni sollevate in dottrina, e ormai superate, relative al "lato attivo" della libertà di informazione, riguarda i limiti contenutistici da porre alla disciplina dello stesso. In particolare, è stato ritenuto che rientri nell'alveo della tutela garantita dall'art. 21 anche il cd. "pensiero forte", ovvero quella manifestazione che inciti all'azione e provochi forti stati emozionali, rimanendo al di fuori della configurazione di fattispecie illecite come la diffamazione o la calunnia[50]. Sotto tale profilo, non possono porsi limiti alla libertà di espressione, poiché ogni distinzione tra «attività di mero pensiero» e «incitamento all'azione» sarebbe slegata da qualsiasi parametro oggettivo, e pertanto arbitraria[51]. Un discorso diverso, sempre relativamente

---

[46] Secondo A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, *cit.*, 477, «non può avere nessun significato in senso contrario [alla sussistenza di una libertà di informazione di un diritto all'informazione] la mancanza di una specifica disposizione costituzionale che garantisca la libertà di informazione, perché la tutela può essere anche implicita», ovvero può dedursi dall'art. 21 interpretato congiuntamente ad altre disposizioni presenti nel testo costituzionale.

[47] V. Crisafulli, *Problematica*, *cit.*, 286; Anche A. Papa, *"Democrazia della comunicazione"*, *cit.*, 6 descrive la libertà di manifestazione del pensiero come un presupposto della libertà di stampa

[48] V. Crisafulli, *Problematica*, *cit.*, 286-287. L'Autore ricostruisce il tradizionale dibattito sul tema, distinguendo anche tra libertà di informazione in senso lato (riconducibile alla libertà di manifestazione del pensiero, con cui si indica quella tipologia di informazione inerente una grande varietà di mezzi diffusivi (ovvero qualsiasi altro mezzo diffusivo oltre la stampa, per come era intesa l'informazione all'epoca) che una grande varietà di contenuti (fatti, opinioni, notizie, svago, intrattenimento ecc.), e libertà di informazione in senso stretto, riconducibile alla libertà di cronaca. Una distinzione analoga è proposta da A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffré, Milano, 1971, 472

[49] Sulla libertà di espressione come "libertà di" si vedano gli studi di U. Rescigno, che proponeva, anche provocatoriamente, la necessità di stamperie cui potessero accedere tutti i cittadini. Per quanto riguarda le problematiche relative ai soggetti che possono accedere alla libertà di informazione, v. *infra*, parr. 3 e 5

[50] Il tema si interseca con il problema dei discorsi d'odio (conosciuti come "*hate speech*"), parecchio diffusi sui social network. Sul punto, v. *infra*, par. 4.2

[51] Il concetto si interseca in parte con la problematica relativa ai discorsi d'odio (cd. "*hate speech*"), su cui v. *infra*, cap. I, par.4.4.3. Sull'oggetto e i limiti della libertà di espressione in generale, cfr. tra gli altri, P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffré, Milano, 1975; L. Paladin, *La libertà di informazione*, Giappichelli, Torino, 1979; C. Chiola, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, XIX, 1989; A. Di Giovine, *I confini*

all'oggetto dell'informazione, è da fare relativamente al profilo della veridicità dell'informazione stessa. Tralasciando momentaneamente il tema dell'individuazione e dell'eventuale repressione del falso[52], la dottrina più autorevole ha concordemente ritenuto che non si ravvisi nel nostro ordinamento un obbligo giuridico di esprimere un pensiero che corrisponda a verità[53]. La ricerca della verità in sé non opera da limite esterno alla libertà di manifestazione del pensiero. O meglio, un tale vincolo può essere individuato con riferimento all'informazione professionale, ma non con riguardo alle altre modalità comunicative. A tal proposito, con riferimento al diritto all'informazione, rileva il confronto – e la combinazione – tra due diverse concezioni in materia di diritti che hanno trovato congiuntamente spazio nel dettato costituzionale. La prima, che esalta l'aspetto attivo della situazione giuridica soggettiva, e dunque vede l'esercizio della libertà in questione come garantito avverso qualsiasi interferenze pubblica o privata[54]. La seconda concezione pone invece l'accento sulla dimensione partecipativa delle libertà, intendendo la libertà di informazione quale diritto di libertà funzionale, ovvero finalizzato a uno scopo (in questo caso alla corretta informazione e alla tutela del pluralismo), e che intende l'individuo come soggetto inserito all'interno di una comunità di valori, a cui è in qualche misura vincolato. Sposando tale concezione il limite della ricerca della verità potrebbe giustificare l'apposizione di limiti e l'intervento di interferenze sulla situazione giuridica soggettiva del singolo.

Solo un'esigua parte della dottrina riconosce che la libertà di informare sia meramente funzionale alla ricerca della verità[55]. Pare più corretta l'interpretazione per cui si tratti di un diritto di libertà riconosciuto e garantito in quanto tale, che però ha in sé un'anima partecipativa. Si tratterebbe in tal senso di due visioni «complementari»[56], ovvero della sussistenza di una duplice dimensione, individuale per un verso e «strumentalmente orientata» per un altro[57], ovvero volta a garantire la libertà di opinione al singolo senza poter del tutto prescindere dal soddisfacimento di un «interesse generale»[58], consistente nel corretto

---

della libertà di manifestazione del pensiero, Giuffré, Milano, 1988; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992; L. Carlassare, *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Cedam, Padova, 2000; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2005; A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Giuffré, Milano, 2005. A. Loiodice, *Informazione*, *cit.*, 481, fa notare come «L'ampiezza della libertà è tale (alla stregua del suo fondamento costituzionale) da escludere la presenza di un oggetto che comporti limitazioni alla medesima»

52 Sul punto v. *infra*, cap. 1 par. 4.4

53 Si v., per tutti, P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*

54 A. Papa, *Democrazia della comunicazione*, *cit.*, 7

55 C. Chiola, *Manifestazione del pensiero*, *cit.*, che fa riferimento a verità e obiettività come elementi che dovrebbero caratterizzare la libertà di informazione

56 A. Papa, *Democrazia della comunicazione*, *cit.*, 8

57 Che è espresso in maniera più sfumata, ma che si evince dalla disposizione normativa, a tutela di tutti i soggetti coinvolti nel circuito pluralistico, cfr. A. Papa, *Democrazia della comunicazione*, *cit.*, 8-9

58 Corte costituzionale, sentenza del 26 marzo 1993 n. 112

e plurale andamento della vita democratica[59]. In base all'"anima" che si intende predominante, saranno giustificati o meno gli interventi pubblici volti a circoscrivere l'esercizio di tale libertà[60].

3. Informare: produrre, diffondere l'informazione…

Nell'epoca della comunicazione di massa, la grande novità è consistita nel fatto che i *mass media* sono riusciti a raggiungere una grandissima quantità di persone – le masse, appunto –, ma al contempo l'accesso al lato attivo dell'informazione rimaneva segnato da barriere economiche e sociali spesso insormontabili. Nell'ambito dell'informazione televisiva e della carta stampata, erano necessari mezzi economici non indifferenti per concorrere con le grandi emittenti e le grandi testate, e vi era inoltre il problema del numero chiuso delle frequenze disponibili[61], col conseguente aumento dei costi necessari. Da qui ha preso le mosse l'interventismo del legislatore, volto a regolamentare, pur in un contesto di libero mercato, l'acquisto delle frequenze radio-televisive, per evitare la creazione di posizioni oligopolistiche (o monopolistiche nei casi più estremi)[62]. In altre parole, è stato realizzato un tentativo di regolamentazione, in senso limitativo, dell'accesso all'esercizio del lato attivo del diritto all'informazione, cona la finalità di garantirne l'esercizio effettivo a un maggior numero di soggetti[63]. La libertà di informare è infatti strettamente legata a diritti di carattere patrimoniale, che possono essere sottoposti a limitazioni, quali la libertà di impresa (giornalistica, televisiva, ecc.) e il diritto di proprietà dei mezzi di informazione[64]. Il bene da proteggere era la libera formazione del pensiero, ovvero del consenso politico, e dunque anche la tutela dell'esercizio libero del voto, di cui all'art. 48 co. 1 Cost.[65].

---

59 A. Papa, *Democrazia della comunicazione*, *cit.*, 7

60 C. Melzi d'Eril, G.E. Vigevani, *Ma il mercato delle idee è proprio al capolinea? Considerazioni sparse a partire dal volume "Il mercato delle verità" di Antonio Nicita*, in *MediaLaws*, 3/2021, 280-281. Il tema sarà approfondito in seguito, v. *infra*. Sulla possibilità di valutare l'applicazione caso per caso delle diverse letture possibili, si rinvia alla teoria dell'uguaglianza complessa, di M. Walzer, *Sfere di giustizia*, Laterza, Roma-Bari, 2008) che verrà presa in esame in seguito, v. *infra* cap. 2

61 F. Paruzzo, *I sovrani della rete*, Editoriale Scientifica, Torino, 2022, 28

62 La complessità e la presenza di criticità della legislazione radio-televisiva nel sistema italiano sono dimostrate dall'ampia bibliografia in materia; cfr., tra gli altri, per una ricostruzione delle evoluzioni normative, P. Caretti, Diritto dell'informazione e della comunicazione; S. Sica, V. Zeno-Zencovich, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2014; R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi, *Diritto dell'informazione*, *cit.*; M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, 2012

63 Un punto di svolta si ebbe con la l. 223/1990, cd. "legge Mammì", che segnò l'introduzione del sistema misto pubblico-privato in materia di comunicazione radio-televisiva; cfr. F. Donati, *L'art. 21 della Costituzione settant'anni dopo*, in *MediaLaws*, 1/2018, 93 ss.

64 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 354

65 Sul legame tra libertà di informazione e diritto di voto, cfr. F. Lanchester, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 46, Giuffré, Milano, 1989, 1127; F. Lanchester, *La propaganda elettorale (e referendaria) in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 1996, 389; R. Zaccaria, *Televisione e propaganda politica ed elettorale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1996, 415-416; M. Gobbo, *La propaganda politica nell'ordinamento costituzionale*, Cedam, Padova, 1997 142, 147-148

È in questo contesto che *internet* nasce come anelito libertario, come sistema accessibile a tutti e totalmente – almeno idealmente – orizzontale[66]. L'individuo, pur privo di mezzi economici e culturali adatti e specifici (e dunque di attrezzature tecniche e formazione giornalistica), diventa così, senza alcun tipo di mediazione, simultaneamente produttore e fruitore di notizie. Ciò avviene nel contesto del sogno democratico del *web*: su un piano di parità tra gli individui e in costante connessione potenzialmente con tutto il mondo[67].

Il tentativo – e il movente ideologico – è quello di tentare di dare effettività al carattere universale della libertà di manifestazione del pensiero. La libertà di informare consta infatti di un nucleo essenziale, quello della manifestazione in senso stretto, la cui libertà è garantita a tutti, e di un modo di esprimersi che è in qualche modo ancillare, ovvero quello della diffusione dell'informazione, la cui titolarità spetta però soltanto a chi gode la disponibilità dei mezzi diffusivi[68].U Rescigno, facendo proprio leva sull'effettività e sull'universalità della "libertà di" esprimersi e informare, sognava stamperie a cui chiunque potesse fare accesso, a prescindere dai mezzi economici a disposizione[69]. *Internet* è il tentativo – e la prima concreta opportunità – di rendere effettiva e concretamente attuabili questa proposta, che è nata per certi versi in maniera provocatoria.

Da qui sono sorti i problemi in tema di individuazione dei soggetti attivi cui si riferiscono i provvedimenti normativi che regolano il rapporto tra informazione e opinione pubblica. Si è assistito infatti a un'esponenziale crescita dei produttori di informazione, definiti, con l'utilizzo di una formula azzeccata, «*prosumers*», un ibrido da produttori ("*producers*") e consumatori ("*consumers*") di informazione[70]. E sul punto il sistema regolamentativo fatica a stare al passo con le innovazioni. Invero, è ancora in vigore la legge sulla stampa approvata dalla stessa Assemblea costituente nel 1948[71], che è tuttora il riferimento normativo principale in tema di regolamentazione della comunicazione politica a mezzo stampa

---

66 R. De Rosa, *Digital persona, big data e sfera pubblica*, *cit.*, 3

67 Tale visione intercetta il tema dell'accesso a *internet*, della relativa disparità e della connessione veloce come diritto fondamentale. Sul punto si rinvia a M. Orofino, *L'inquadramento costituzionale del* web *2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.VV., *Da Internet ai social network*, , Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013; G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2011, 374 ss; G. De Minico, *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in G. De Minico (a cura di), *Libertà in rete, libertà dalla rete*, Giappichelli, Torino, 2020, 209 ss.; Cfr. anche S. Rodotà, *Verso una dichiarazione dei diritti di internet*, disponibile *online* su www.camera.it, che annovera il diritto di accesso a *internet* tra i diritti sociali fondamentali dell'individuo ex art. 2 Cost.

68 S. Fois, *Censura (diritto interno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 6, Giuffré, Milano, 1960

69 U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 2022

70 M. Castells, *Communication, power and counter-power in the Network Society*, in *International Journal of Communication*, 1/2007, 238-266

71 Su tratta della l. 8 febbraio 1948, n.47. Le normative successive hanno poi riguardato principalmente la regolazione delle soglie di concentrazione nel sistema delle comunicazioni. Sul punto, cfr. A. Ciancio (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Giappichelli, Torino, 2012

specialmente in prossimità delle elezioni, per evitare censure o autorizzazioni, pur tenendo ferma la responsabilità di giornalisti e direttori delle testate per quanto pubblicato[72].

Ben più regolato è stato invece il settore televisivo – e della comunicazione politica in generale – che è stato oggetto di tre interventi normativi dal 1993 in poi. Al netto delle norme su volantinaggio e convocazione dei comizi elettorali (contenute nella l. 4 aprile 1956, n. 212) e sugli spazi televisivi autogestiti (l. n. 14 aprile 1975, n.103), con la l.10 dicembre 1993, n. 515m che regola la comunicazione politica nel periodo che precede le elezioni, il legislatore ha tentato di definire e regolare i concetti di «pubblicità elettorale», «informazione» e «propaganda», e di regolarne l'utilizzo garantendo il pluralismo. La l. 22 febbraio 2000, n. 28, che ha modificato e integrato la precedente legge del 1993, ha esteso anche al periodo non elettorale la disciplina sull'uso dei *media*, oltre a introdurre la gratuità dell'accesso a determinati spazi di propaganda elettorale predisposti da emittenti pubbliche e private. Il successivo intervento è costituito dal d.lgs. 31 luglio 2005 n. 177 (Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), che, pur riorganizzando la disciplina, non riempie alcune lacune delle leggi precedenti, qual l'assenza di una distinzione tra trasmissione informative e trasmissioni di comunicazione politica, nonché non indicando alcun elemento volto a individuare i soggetti legittimati a frequentare gli spazi televisivi[73]. Parecchi rimangono i vuoti, non essendo stata adottata nessuna disposizione specifica relativa alla rete, già in forte espansione al momento dell'adozione del Testo Unico, che ha reso più complessa l'identificazione di chi può dirsi soggetto informatore.

Un ulteriore tema problematico in tal senso riguarda le forme di giornalismo non professionale, come il giornalismo partecipativo. Si tratta infatti di casi di vero e proprio giornalismo che però, essendo svolte con modalità non riconducibili – almeno apparentemente – all'alveo dell'informazione professionale, non rientrano tra le attività assoggettate alla disciplina normativa sulla libertà di stampa. In particolare, il giornalismo partecipativo, nato in America alla fine degli Anni '90 e diffusosi ampiamente anche in Europa, è basato su un'organizzazione priva di una redazione[74], e si sviluppa su *blog* o pagine dei *social network*, dove è ferma comunque la possibilità per il *blogger* o per il gestore della pagina di scegliere a quali notizie dare spazio, nell'ambito dell'autonomia privata riconosciutagli dalla piattaforma ospitante[75]. Se in alcuni casi tali forme di giornalismo – specialmente quando organizzato in forma di *blog* – sono gestiti da giornalisti professionisti, o comunque da soggetti che lavorano nel mondo dell'informazione e della cultura, e che sfruttano tali mezzi per fornire un'informazione accurata, libera e indipendente, in molti altri casi (la maggior parte per quanto riguarda le pagine *social*) si tratta di spazi gestiti da soggetti estranei

---

[72] A. Papa, *Democrazia della comunicazione*, *cit*., 10,11; vi sono comunque stati interventi importanti in materia relativamente all'obbligo di pubblicazione delle fonti di finanziamento per giornali e periodici, e alla disciplina anticoncentrazione (l. 5 agosto 1981, n. 416), che si è poi estesa oltre il settore dell'editoria.

[73] A. Papa, *Democrazia della comunicazione*, *cit.*, 18-19

[74] Diverso è per il giornalismo civico, che si svolge prevalentemente *online* ma è fornito di una redazione che vaglia e controlla il contenuto delle pubblicazioni

[75] A. Papa, *Democrazia della comunicazione*, *cit.*, 11, si v. in particolare nota n. 26

al mondo dell'informazione, che vogliono semplicemente diffondere notizie che ritengono poco approfondite nel dibattito pubblico, o opinioni che ritengono ingiustamente minoritarie, spesso non compiendo un accurato lavoro in tema di controllo delle fonti e dell'attendibilità delle notizie rilanciate. In taluni casi, l'attività di giornalismo partecipativo assume caratteri di stabilità e continuatività tali da renderla assimilabile ad un'attività professionale, o quantomeno imprenditoriale, vista l'ingente presenza di pubblicità a pagamento[76]. Va ricordato in tal senso che le testate cartacee sono sottoposte a un obbligo di registrazione, per non rientrare nel novero della stampa clandestina. La l. 7 marzo 2001, n.62 prevede invece per le testate *online* una mera facoltà di registrazione, che diventa obbligatoria solo per quelle che accedono alle provvidenze sulla stampa o che percepiscono ricavi annui frutto dell'attività editoriale superiori a 100.000 euro. Anche il regime della responsabilità penale del direttore della testata è differenziato, non essendo prevista in alcuna forma anche per il direttore del giornale *online* registrato[77].
Sempre riguardo ai diffusori di notizie nella rete, un altro nodo irrisolto riguarda la tipizzazione dell'attività svolta dalle piattaforme *social* e dai motori di ricerca. Non manca in dottrina chi ha prospettato un paragone tra il ruolo svolto da tali soggetti e l'attività editoriale, in quanto indicizzano e promuovono notizie in maniera simile ai mass media, mosse anch'esse dallo scopo di profitto[78]. Tali attori selezionano infatti le notizie da sottoporre all'attenzione degli utenti, attribuendo un diverso peso a ciascuna *news* (sulla base della "*cliccabilità*"), esercitando inevitabilmente una certa influenza sul lettore. Rispetto al ruolo svolto dai tradizionali soggetti editoriali vi è però una differenza sostanziale: l'attività editoriale non viene svolta secondo criteri di trasparenza e di preferenza espliciti, in quanto i *social network* e motori di ricerca si nascondono dietro l'apparente neutralità (e anonimato) della rete, sfuggendo così ad ogni tipo di responsabilità editoriale[79] e svolgendo una funzione che ha risvolti non indifferenti in tema di formazione del consenso[80].

---

[76] Sul punto cfr. E. Carelli, *Giornali e giornalisti nella Rete*, Milano, 2004

[77] La responsabilità del direttore di testata giornalistica cartacea è prevista dalla l. 8 febbraio 1948, n. 47; per l'attività televisiva la L. 6 agosto 1990, n. 223 prevede che la responsabilità gravi sul «concessionario pubblico o privato o a persona da loro delegata», e sul direttore del telegiornale solo se a quest'ultimo espressamente delegata. La giurisprudenza ha tentato, non senza difficoltà, di parificare in certi casi le due figure, si v. sul punto F. Lombardi, *La responsabilità del direttore del periodico telematico ex art. 57 c.p. tra interpretazione estensivo-evolutiva e analogia in* malam partem, in Giurisprudenza Penale, 2/2019. Si segnala sul tema della responsabilità penale dei giornalisti in generale anche la sentenza del 7 marzo 2019 n. 22350 della Corte Edu, che ha ravvisato un contrasto tra l'art. 10 CEDU e le pene detentive a carico dei giornalisti; sul punto si v. B. Bisagni, *Responsabilità del direttore di testata e giornalisti: è tempo di cambiare. Verso un'inevitabile riforma*, in *Rivista Cammino Diritto*, 2019

[78] M. Manetti, *Regolare* internet, in *MediaLaws*, 2/2020, 43; si v. anche A. Di Giovine, *Libertà di informazione. O potere?*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà*, Roma-Bari, 2004, 134, e S. Cosimi, *Facebook, Zuckerberg ammette: "Siamo una media company". Gli scenari giornalistici dei social*, su *La Repubblica*, 22 dicembre 2016

[79] V. *infra*, par. 5, sulla *Section* 230 in ambito statunitense

[80] Si v. sul punto C. O'Neil, *Weapons of math Destruction. How big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Pub, New York, 2017, 183, ed. Italiana C.O'Neil, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017, fa notare sul punto in maniera evocativa che «*These choices can no doubt influence both public opinion and elections. The same goes for television news. But when the New York Times or CNN covers a story, everyone sees it. Their editorial decision is clear, on the record. It is not opaque. And people later debate (often on*

3.1 … e riceverla: il diritto ad essere informati

Come detto, il diritto all'informazione è caratterizzato da quella che potrebbe definirsi una "duplice anima", attiva e passiva. Il diritto ad essere informati prende le mosse proprio dal riconoscimento dell'anima partecipativa della libertà di informazione, e ha avuto una prima forma di riconoscimento nel diritto di ricevere le notizie già in circolazione, azionabile davanti all'autorità giudiziaria sulla base dell'art. 21 Cost.[81]. Un altro risvolto è rinvenibile nel diritto a ricercare le notizie – che riguarda soprattutto i giornalisti, ma seppur in misura minore tutti i cittadini –, la cui configurazione generalizzata risulta maggiormente problematica nell'ambito dei rapporti privati, in quanto si scontrerebbe con la legislazione sulla *privacy*[82], ma è tuttavia ipotizzabile, con le dovute eccezioni previste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 e dal l.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, nell'ambito dei rapporti tra privati ed enti pubblici, sostanziandosi negli istituti del diritto di accesso generalizzato e dell'accesso civico.

Una parte della dottrina ha poi riconosciuto sulla base dell'art. 21 Cost. un diritto ad essere informati "pieno", inteso come diritto dell'individuo ad essere informato con completezza e obiettività[83]. Nel riconoscimento di tale diritto la strada è stata battuta dalla Corte costituzionale, che ha riconosciuto una tutela sempre più ampia a tale diritto; la Corte ha infatti affermato fin dal 1972 come, in un contesto segnato da scarsità di risorse trasmissive, e dove le diverse fonti informative agiscono in un contesto di libera concorrenza, il diritto ad essere informati all'interno di un contesto pluralista diventi tanto più garantito quanto maggiore è il novero dei differenti punti di vista che trovano spazio nel gioco informativo[84]. Dopo aver dapprima riconosciuto con la sentenza 13 maggio 1987, n. 153 la sussistenza

---

Facebook) wheter that decision was the right one. Facebook is more like the Wizard of Oz: we do not see the human beings involved. [...] The machine appears to be only a neutral go-between. Many people still believe it is».

81 R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi, *Diritto dell'informazione*, *cit.*, 17. Si v. in tal senso la sentenza del 10 luglio 1974, n. 225 della Corte costituzionale

82 *Ibidem*, 19, si sofferma sulle limitazioni che trova il diritto di ricercare le notizie in capo ai privati cittadini, rinvenibili nella legislazione sulla *privacy*. Medesimo fondamento Costituzionale del diritto di ricercare le notizie può rinvenirsi, secondo l'Autore, con riferimento al diritto di accesso ad atti, documenti e informazioni in possesso dell'amministrazione pubblica, che ha visto una progressiva estensione prima con l'art. 7 della l. 241/1990 e poi con le forme di accesso civico previste dal D.lgs. n. 33/2013. P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 9, sostiene inequivocabilmente che "come si sa, la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero presuppone il diritto ad essere correttamente informati", indicando quindi il "lato passivo" del diritto all'informazione, inteso in senso pieno come diritto ad essere informati, quale presupposto rispetto al corretto esercizio del "lato attivo" del medesimo diritto.

83 N. Lipari*, Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Diritto delle radio e delle televisioni*, 1978, 7-8

84 Corte costituzionale, sentenza del 15 giugno 1972, n. 105, sentenza del 10 luglio 1974, n. 225, sentenza del 23 marzo 1977, n. 94, sentenza del 13 maggio 1987, n. 157 e sentenza del 26 marzo 1993, n. 112. A ciò si lega il ruolo centrale che il diritto ad essere informati (o ad accedere a un'informazione completa e obiettiva) riveste nel contesto democratico, in particolare con riguardo alla formazione del consenso, il quale è la fonte di legittimazione basilare e imprescindibile di ogni sistema democratico, e che non ammette che vengano frapposte interferenze o influenze nell'ambito del processo della sua formazione (cfr. sentenza del 22 luglio 2020, n. 155 della Corte costituzionale e prima di questa, la sentenza del 22 novembre 2000, n. 502. Precedentemente la Corte aveva già mostrato la propria sensibilità verso le nuove tendenze evolutive della società nel suo complesso

nel nostro ordinamento di un diritto all'informazione, la Corte ha individuato una correlazione tra l'art. 2 e l'art. 21 Cost., e dunque tra il suddetto diritto all'informazione, inteso nella sua concezione passiva, e la forma di Stato delineata dalla Costituzione, per cui si esige che «la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»[85].

Conseguentemente, la Corte ha delineato i connotati costituzionalmente necessari per un'effettiva garanzia del diritto ad essere informati con completezza ed obiettività, che devono constare:

«a) del pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso [...] al massimo numero possibile di voci diverse;

b) dell'obiettività e dell'imparzialità dei dati forniti;

c) della completezza, della correttezza e della continuità dell'attività di informazione erogata;

d) in ultimo, del rispetto della dignità umana e degli altri valori primari garantiti dalla Costituzione»[86].

Ed invero, stando alle caratteristiche elencate dalla Corte, il destinatario, soggetto passivo nel processo informativo, può pertanto definirsi titolare di un diritto ad essere informato, o meglio ad avere accesso a un'informazione libera e plurale, in quanto «la tutela costituzionale si riferisce ad un rapporto finalistico (tra l'informazione come attività e l'informazione come risultato)»[87]. Ma per garantire effettività all'esercizio di tale diritto è indispensabile l'attività di un terzo soggetto, mediano, che è la fonte dell'informazione, deputata a rendere desumibili e conoscibili le informazioni stesse[88]. L'informato

---

85 Corte costituzionale, sentenza del 13 maggio 1987n. 153

86 *Ibidem*

87 A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, *cit.*, 481. Così delineato, il diritto ad essere informati parrebbe essere un tentativo di bilanciamento tra la componente attiva/partecipativa del diritto all'informazione, e la sua componente funzionalistica e partecipativa

88 A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, *cit.*, 482, si sofferma sull'ampiezza della definizione di "fonte di informazione", che dal punto di vista giuridico arriva ad essere sovrapponibile alla medesima nozione in ambito naturalistico, comprendendo fonti dirette, immediate, successive e mediate. Il tema dell'effettiva conoscibilità si interseca col cd. "*internet divide*", usato per indicare il divario tra chi gode di un accesso effettivo ad *internet* (non solo infrastrutturale, ma anche culturalmente in relazione alle modalità di utilizzo) e chi meno (cd. "*right to internet access*" o "*right to broadband*", nell'accezione di diritto alla banda larga, cfr. G. De Minico, *Accesso a Internet*, *cit.*). A livello nazionale non si è ancora registrato un riconoscimento di tale diritto, che è stato dichiarato nel 2011 dall'ONU come annoverabile tra i diritti civili (cfr. il report Freedom house, *Freedom of the net 2021*, 2021). L'Unione Europea, col regolamento UE del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2015, entrato in vigore il 30 aprile 2016 (recante «Misure riguardanti l'accesso a un'*internet* aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento UE n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione), ha stabilito che «gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni [...] tramite il servizio di accesso a *Internet*» (art. 3 del Regolamento), facendo intendere che il diritto di accesso a quello che abbiamo visto essere uno spazio di comunicazione orizzontale debba essere garantito universalmente. A livello nazionale, si fa riferimento al diritto di accesso ad *internet* soltanto nell'art. 2 della Dichiarazione dei diritti di *Internet*, elaborato da una apposita Commissione costituita il 27 ottobre del 2014 presso la Camera dei deputati, che riprende il noto *Marco civil* brasiliano (legge brasiliana n. 12.965, cfr. sul punto M.R. Allegri, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet (o al ciberspazio?)*, in *Rivista AIC,* 1/2016, 17), ma con un mero valore declaratorio. L'articolo in questione si spinge a definire «l'accesso ad *Internet*» quale «diritto fondamentale della persona e condizione per il

dovrebbe potersi muovere liberamente tra una molteplicità di fonti informative, e in quel contesto poter svolgere un'attività di vaglio, riflessione e scelta di quelle cui dar credito. Il nodo problematico, che verrà ripreso, è che tale attività di ricerca, che dovrebbe essere liberamente svolta dal fruitore dell'informazione, viene oggi realizzata dalle piattaforme digitali, ovvero dalle fonti informative stesse, senza che però il soggetto sia al corrente della parzialità delle diverse informazioni fornitegli. Ciò avviene sulla base di algoritmi, che selezionano autonomamente, sulla base delle preferenze e delle tendenze precedentemente espresse o manifestate dall'utente, quali informazioni sottoporre allo stesso e quali occultargli[89], rischiando spesso di rendere fittizia, o comunque viziata, la tutela del diritto ad essere informati, specie con riferimento al tema della produzione e diffusione di notizie false o tendenziose[90].

3.1.1 Il diritto a non essere disinformati

È stato fatto notare come, nel suo esplicarsi effettivo, il diritto ad informare liberamente risulta subordinato ad altri due diritti di carattere patrimoniale: la libertà di impresa (in questo caso giornalistica) e il diritto di proprietà dei *media*[91], intesi come fonti di informazione nel senso ampio precedentemente delineato[92]. La libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 co. 1 Cost. è da intendere come libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero, che non è riconducibile, né può essere in qualche modo influenzata, dal proprietario o dal gestore della fonte informativa (che resta ovviamente libero di esprimere, al pari di ogni altro individuo, liberamente la propria opinione a livello personale)[93]. Libertà di impresa e diritto di proprietà sono diritti (e poteri) patrimoniali, che andrebbero regolati per garantire,

---

suo pieno sviluppo individuale e sociale»; e dichiara ancora che «ogni persona ha eguale diritto di accedere a *internet* in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate» L'art. 2 dichiara inoltre che «Il diritto fondamentale di accesso a *internet* deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla rete. L'accesso comprende la libertà di scelta per quanto riguarda dispositivi, sistemi operativi e applicazioni anche distribuite. Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale, tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità». Secondo i dati ISTAT 2019 «il 76,1% delle famiglie dispone di un accesso a *internet* e il 74,7% di una connessione a banda larga» (L'Indagine ISTAT fa anche notare che il 95,1% delle famiglie con almeno un minorenne dispone di un collegamento a banda larga, mentre nei nuclei familiari composti esclusivamente da over-65 la percentuale è del 34%). Di diritto di accesso a *internet* non si fa però cenno in alcuna disposizione avente valore normativo, né tantomeno nel testo costituzionale. Il 29 novembre 2010 S. Rodotà, in occasione dell'*Internet Governance Forum*, ha proposto l'introduzione in Costituzione del diritto fondamentale all'accesso alla rete all'art. 21-bis, che reciterebbe: «tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti» (testo della proposta avanzata nel 2012 da S. Rodotà e R. Di Giovan Paolo, sfociato nella Dichiarazione dei Diritti di *Internet* del 2015. Gli Autori poi concordarono con la proposta di G. Azzariti, Internet *e Costituzione*, in *Costituzionalismo,it*, 2/2011, 5 ss., sull'opportunità di emendare l'attuale art. 21, senza adottare un nuovo articolo).

89 V. *infra,* par. 4.1

90 V. *infra*, par. 4.4

91 L. Ferrajoli*, La costruzione della democrazia, cit.,* 354

92 V. *supra*, par. 2

93 L. Ferrajoli*, La costruzione della democrazia*, *cit.*, 355

nell'ambito del cd. «*free marketplace of idea*»[94], un diritto a un'informazione non manipolata[95], ovvero un diritto a non essere disinformati.

Il riconoscimento di tale diritto si estende su un doppio bilanciamento: tra la libertà di informazione e la tutela del pluralismo (inteso come regolamentazione dell'accesso alla proprietà o comunque alla gestione delle fonti informative) da un lato, e tra la libertà editoriale e la responsabilità editoriale dall'altro[96]. Tale ultimo bilanciamento discende dall'art. 3 del Tusmar (Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici italiani, d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177), secondo cui tutte le emittenti devono rifarsi a principi quali «l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione, […], l'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose»[97]. Da ciò parrebbe derivare la sussistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non ricevere notizie false e tendenziose[98], che risulterebbero in grado di influenzare la formazione delle opinioni politiche e il processo di formazione del consenso elettorale in base al cittadino. Nel mondo di *internet*, la garanzia di un tale diritto passa in gran parte dall'attività svolta dalle piattaforme *social* e dai motori di ricerca, che, grazie all'utilizzo di sistemi di AI e sulla base di meccanismi che verranno analizzati in seguito[99], selezionano le notizie da sottoporre all'utente sulla base delle preferenze dallo stesso espresse in passato. In tale contesto, a essere condizionato è pertanto il *free speech* dell'utente stesso, che, in assenza di un'informazione plurale, libera e autonoma, non potrà liberamente manifestare a sua volta il proprio pensiero, in quanto formatosi in maniera viziata ed etero-influenzata. Dunque, in una sorta di ribaltamento di prospettiva, il bilanciamento tra libertà editoriale e responsabilità editoriale può essere inteso come un bilanciamento tra il *free speech* dell'emittente e il *free speech* dell'utente[100]. Riconoscere la libertà di inquinare il mercato informativo agli strateghi della disinformazione (non ponendo limiti al loro *free speech*, in nome della libertà di stampa) limiterebbe e vizierebbe il *free speech* (ovvero la libertà di manifestazione del pensiero, nonché di formazione dello stesso) proprio dei fruitori dell'informazione[101]. Il bilanciamento diviene ancor più delicato quando le notizie che giungono all'utente sono basate su fatti falsi o comunque costantemente interpretati in maniera univocamente tendenziosa o comunque non imparziale. In linea teorica, in un contesto di libera circolazione delle informazioni, solo la neutralità e l'autonomo attivismo selettivo dell'utente permetterebbero allo stesso di informarsi liberamente, in un contesto di neutralità selettiva[102]. In questo senso è necessario il riconoscimento di un diritto a non essere disinformati, seppur rinvia all'interrogativo sulla corrispettiva individuazione di un «dovere di informare correttamente», di cui non è agevole

---

94 Secondo la celebre espressione coniata dal giudice Holmes nel caso Abrams vs. United States, v. *infra* par. 6

95 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia, cit.*, 356

96 A. Nicita, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2021, 218-219

97 Art. 3 D.lgs. n. 177/2005

98 Sulla definizione di "*fake news*" e sui problemi connessi, v. *infra*, par. 4.4

99 V. *infra*, par. 4 ss.

100 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 219

101 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 221

102 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 220

identificare i confini, senza sfociare in un sistema dei media diretto o comunque influenzato in qualche misura dai pubblici poteri[103]. Se si vuole restare fedeli a una prospettiva liberale, bisognerebbe disinquinare l'ambiente informativo sottoposto all'utente da meccanismi selettivi algoritmici preconfezionati, nonché dalle notizie subiettivamente false o tendenziose[104], per consentire allo stesso di formare – e conseguentemente manifestare – liberamente la propria opinione (sono parecchie in questo senso le difficoltà applicative dell'operazione di eventuale "disinquinamento", di cui si darà conto)[105].

4. In che contesto ci troviamo? I meccanismi di funzionamento del mondo della rete

Come già fatto notare, l'avvento di *internet* e delle nuove tecnologie ha rivoluzionato le metodologie di diffusione dell'informazione. Un'analisi delle diverse proposte ipotizzabili al fine di regolamentare l'informazione sul *web*, così come uno studio sulle conseguenze che il nuovo modo di esprimersi della comunicazione politica abbia sul funzionamento della democrazia rappresentativa, non possono che prendere le mosse da una comprensione dei meccanismi di funzionamento delle tecnologie adoperate nel mondo digitale, nonché delle ricadute che queste comportano nella formazione e nella garanzia del pluralismo.

4.1 Algoritmi e big data, il fondamento del web

Lo sviluppo degli strumenti di funzionamento del mondo della rete si basa sull'accumulo, l'elaborazione e l'utilizzo dei cd. "*big data*". La letteratura scientifica e le indagini – anche di matrice istituzionale – sul tema sono in costante crescita. Secondo la definizione fornita congiuntamente dall'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), dall'AGCOM (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) e dal Garante per la Protezione dei Dati Personali, con la locuzione "*big data*" si fa riferimento «alla raccolta, all'analisi e all'accumulo di ingenti quantità di dati, tra i quali possono essere ricompresi dati di natura personale (nell'accezione fornita dall'art. 4 del Regolamento UE 2016/679 del Parlamento

---

[103] C. Melzi d'Eril, G. Enea Vigevani, *Ma il mercato delle idee è proprio al capolinea? Considerazioni sparse a partire dal volume "Il mercato delle verità" di Antonio Nicita*, in *Media Laws*, 3/2021, 281

[104] Si veda sul punto C.R. Sunstein, *Liars*. Falsehoods and free speech in age of deception Oxford Università Press USA Oxford, 2021; in termini economici, sarebbe da rafforzare il *free reach* dal lato della domanda, non guardando solamente al *free reach* del lato dell'offerta, cfr. A. Nicita, *Il mercato delle verità*, 221.

[105] V. *infra*, par. 4.4. In questo contesto, secondo A. Papa, *Comunicazione e nuove tecnologie*, Aracne, Roma, 2011, più che di diritto all'informazione – o a fianco ad esso – oggi potrebbe forse configurarsi un diritto alla comunicazione. La formazione dell'opinione pubblica e la partecipazione alla sfera pubblica passano infatti ormai da un paradigma comunicativo partecipativo, di tipo orizzontale, e non più dalla passiva ricezione di informazioni, e il confine tra informatore e informato, tra fruitore e produttore di notizie appare sempre più sfumato.

Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016[106]) in ipotesi provenienti anche da fonti diverse. La natura massiva delle operazioni di trattamento reca con sé la necessità che tali insiemi di informazioni (sia memorizzate, sia in streaming) siano oggetto di trattamento automatizzato, mediante algoritmi e altre tecniche avanzate, al fine di individuare correlazioni di natura (per lo più) probabilistica, tendenze e/o modelli»[107].

Produzione e accumulo di dati stanno vedendo un processo di crescita esponenziale. Il volume di dati creati nel mondo nel corso dell'anno 2018 è stato di 28 *zettabyte* (ZB)[108], a fronte dei poco più di 2 ZB prodotti nel 2011, ed è previsto che nel corso dell'anno 2025 il volume di dati prodotti nel mondo sarà pari a 163 ZB[109]. Per avere un'idea più concreta dell'entità di questi numeri, basti pensare che, secondo una recente quantificazione, in un minuto vengono attualmente prodotti nel mondo 44 milioni di messaggi, 3 milioni di condivisioni su *Facebook*, 2,7 milioni di *download* su *YouTube* e 2,3 milioni di ricerche *Google*[110].

Per descrivere la capacità di produrre, immagazzinare e analizzare dati propria della realtà digitale, è stata coniata la calzante espressione «*black box society*»[111], che paragona la sfera del digitale a un'immensa scatola nera dove ogni nostra attività, movimento o dato prodotto vengono puntualmente e immancabilmente registrati. Tutto ciò avviene – come suggerisce la metafora evocata – senza che siano chiari e trasparenti i meccanismi e le finalità di tale attività di immagazzinamento. Sappiamo solo che i nostri le nostre attività, preferenze e tendenze vengono immagazzinate.

Questa ingente quantità di dati viene poi analizzata, sintetizzata e profilata grazie all'utilizzo di algoritmi, che elaborano i *big data* per renderli adatti a una data finalità[112].

---

106 Ai sensi dell'articolo in questione, per "dato personale" si intende «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale»

107 AGCM, AGCOM, Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, 2020, disponibile *online* su www.agcom.it, 7; secondo la definizione fornita dall'Oxford English Dictionary, per "big data" va intesa la «raccolta di dati digitali le cui dimensioni e la cui complessità sono tali da necessitare di strumenti di gestione diversi da quelli usati per le normali banche dati, al fine di garantire analisi accurate e interrogazioni sufficientemente veloci»

108 1 ZB è pari a 250.000.000.000 DVD, ovvero a un trilione di GB

109 AGCM, AGCOM, Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine conoscitiva*, *cit.*, 5

110Studio consultabile su www.repubblica.it

111 F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and* Information, Harvard University Press, Harvard, 2015

112 «In matematica e informatica un algoritmo è la specificazione di una sequenza finita di operazioni (dette anche istruzioni) che consente di risolvere tutti i quesiti di una stessa classe o di calcolare il risultato di un'espressione matematica. Un algoritmo deve essere (i) finito: è costituito da un numero finito di istruzioni e deve sempre terminare; (ii) deterministico: partendo dagli stessi dati in ingresso, si devono ottenere i medesimi risultati; (iii) non ambiguo: le operazioni non devono poter essere interpretate in modi differenti; (iiii) generale: deve essere applicabile a tutti i problemi della classe a cui si riferisce, o ai casi dell'espressione matematica», secondo la definizione che *Wikipedia* attribuisce al termine.

In termini generali, l'obiettivo che si pongono di raggiungere tali processi di analisi ed elaborazione di dati è di «accrescere l'efficienza dei processi produttivi, migliorare la capacità decisionale degli amministratori, prevedere più accuratamente le tendenze di mercato e indirizzare in modo molto più mirato (e dunque variamente efficiente) la pubblicità o le diverse proposte commerciali»[113]. La filiera di lavorazione dei *big data*, che prevede pertanto un «estrazione di conoscenza» dagli stessi dopo le fasi di raccolta ed elaborazione, prevede pertanto una necessaria fase di interpretazione e utilizzo finalisticamente orientato[114].

4.1.1 L'apparente neutralità…

In relazione ai meccanismi di funzionamento degli algoritmi – e dunque al netto delle ricadute dell'utilizzo degli stessi sulla formazione del consenso e della volontà politica dei cittadini – rilevano due ordini di questioni.

In primo luogo, diversi studi hanno ormai confutato la tesi per cui dietro l'algoritmo si celerebbe una certa neutralità, propria della tecnica e delle scienze dure[115]. Le finalità a cui tendono gli algoritmi sono infatti frutto di scelte sindacabili e discrezionali, spesso, nell'ambito delle *tech companies*, volte alla massimizzazione del profitto[116]. Il funzionamento degli algoritmi infatti si basa su un procedimento di cd. «*predictability*»[117], ovvero sul calcolo delle probabilità che un determinato comportamento (nel mondo dell'informazione in rete, ad esempio, il *clic* su una determinata notizia) verrà adottato dall'utente. Per far ciò, gli algoritmi sfruttano i dati precedentemente raccolti che formano i cd. «*bias*», pre-orientamenti assiologici che condizionano inevitabilmente l'esito della scelta algoritmica[118].

---

113 AGCM, AGCOM, Garante Protezione Dati Personali, *Indagine conoscitiva*, *cit*., 8

114 AGCM, AGCOM, Garante Protezione Dati Personali, *Indagine conoscitiva*, *cit*., 8-9. I meccanismi di funzionamento degli algoritmi vengono via via raffinati e perfezionati tramite i processi di "machine learining" e "deep learning", che stanno alla base dello sviluppo e della costante implementazione dell'AI. Si tratta di branche dell'AI, che, sulla base di esperienze e casi pregressi che vengono progressivamente accumulati e memorizzati, sviluppano modalità di risoluzione di casi futuri in maniera sempre più accurata. Cfr. sul punto D. Kamarinou, C. Millard, J. Singh, *Machine Learning with Personal Data*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, n. 247 del 2016, 4-5

115 Cfr. sul punto A. Cortelazzo, Algoritmi neutrali: non ci sono, e se ci fossero non funzionerebbero, in Blog Università di Padova, 1 febbraio 2022; A. Martella, E. Campo, L. Ciccarese, *Gli algoritmi come costruzione sociale*, *The Lab's Quarterly*, 4/2018, e in particolare M. Airoldi, D. Gambetta, *Sul mito della neutralità algoritmica*, in The *Lab's Quarterly*, 4/2018; G. Fioriglio, *Dittatura e censura dell'algoritmo. Neutralità, poteri e responsabilità dei motori di ricerca web automatici*, su *Rivista Elettronica di diritto, economia, management*, 1/2015, 63-86

116 Sul punto si tornerà *infra*, cap. 2

117 G. De Minico, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in Diritto Pubblico, 1/2019, 92, proprio con riferimento alla *predictability* degli algoritmi propone «un ruolo attivo» dell'utente», al fine di controllare «gli esiti previsionali» della propria condotta.

118 *Fundamental rights report* 2020, consultabile *online* su https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020_en.pdf

La non neutralità si affianca alla citata non conoscibilità dell'algoritmo, che potrebbe ipotizzarsi non tanto nel senso di una *disclosure* di tutti gli elementi matematici che lo compongono, che sarebbe in contrasto col diritto di proprietà intellettuale del proprietario, quanto di una conoscibilità selettiva di alcuni elementi relativi all'utilizzo e alle finalità dell'algoritmo stesso (che attengono soltanto alla fase di interpretazione e utilizzo).

Ad oggi, nell'ambito delle decisioni di soggetti pubblici o esercenti funzioni pubbliche che esplicano effetti nei confronti dei privati, l'algoritmo non può sostituirsi completamente alla discrezionalità umana, e può essere utilizzato soltanto per fornire un elemento ai fini della decisione discrezionale, ma non operando autonomamente la scelta (non può, cioè, essere adoperato qualora «si ponga in termini di esclusività rispetto alla decisione finale»[119]).

In tal senso ha destato interesse l'algoritmo utilizzato dalle corti americane per predire la probabilità che individui condannati per determinati reati commettano una recidiva (cd. «*social predictability*»), che agisce sulla base di dati non conoscibili in quanto protetti dal regime di proprietà intellettuale. Tale algoritmo (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, cd. «COMPAS») viene sovente adoperato dalle Corti americane, che in alcuni casi ne citano espressamente l'utilizzo per motivare la sottoposizione di imputati a misure di prevenzione, e «consiste in uno strumento di valutazione concepito, da un lato, per prevedere il rischio di recidiva, dall'altro, per identificare i bisogni dell'individuo in aree quali occupazione, disponibilità di alloggio ed abuso di sostanze stupefacenti»[120]. In particolare, nel caso *Loomis*, l'imputato veniva fermato dalla Polizia mentre si trovava alla guida di un'automobile precedentemente utilizzata per realizzare una sparatoria nel Wisconsin. Gli venivano contestati cinque capi d'accusa in recidiva[121]. Gli esiti dei calcoli di COMPAS affermavano un livello di rischio alto in ambito di probabilità di commissione di un'ulteriore recidiva, e, ponderando tali esiti insieme ad altri fattori, la Corte della Contea di La Crosse decideva di non concedere la libertà vigilata al Loomis. La difesa dell'imputato contestava alla Corte il fatto di essere stato condannato sulla base di risultanze provenienti da un *software*

---

[119] F. Paruzzo, *I sovrani della rete*, Editoriale scientifica – Memorie Unito, (in corso di pubblicazione), 144; sul punto si v. anche A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 1/2019 G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2/2019

[120] S. Carrer, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte suprema del Wisconsin, in Giurisprudenza Penale Web*, 4/2019, consultabile *online* su https://www.giurisprudenzapenale.com/2019/04/24/lamicus-curiae-un-algoritmo-chiacchierato-caso-loomis-alla-corte-suprema-del-wisconsin/; nello specifico, COMPAS «elabora i dati ottenuti dal fascicolo dell'imputato e dalle risposte fornite nel colloquio con lo stesso. Per quanto riguarda la valutazione del rischio, l'elaborato consiste in un grafico di tre barre che rappresentano in una scala da 1 a 10 il rischio di recidiva preprocessuale, il rischio di recidiva generale ed il rischio di recidiva violenta. I punteggi di rischio sono volti a predire la probabilità generale che gli individui con una storia criminosa simile siano più o meno propensi a commettere un nuovo reato una volta tornati in libertà. L'aspetto da tener presente è che COMPAS non prevede il rischio di recidiva individuale dell'imputato, bensì elabora la previsione comparando le informazioni ottenute dal singolo con quelle relative ad un gruppo di individui con caratteristiche assimilabili»

[121] Messa in pericolo della sicurezza pubblica, tentativo di fuga da un ufficiale del traffico, guida di un veicolo senza consenso del proprietario, detenzione di arma da fuoco commesso da un pregiudicato, detenzione di fucile a canna corta. Sul punto, si v. S. Carrer, *Se l'amicus curiae è un algoritmo*, cit.

privato di cui non era conoscibile il codice di sorgente, ma la richiesta di conoscibilità dell'algoritmo veniva respinta perché in contrasto col diritto di proprietà dello stesso. La questione è stata poi impugnata dinanzi alla Corte d'Appello, che, per l'accertamento di un'eventuale violazione del principio del giusti processo, ha rinviato alla Corte Suprema del Wisconsin la quale, sottolineando come il *software* venga costantemente aggiornato e monitorato in base ai cambiamenti sociali, in modo tale che vengano adottate tutte le cautele necessarie, ha ritenuto che il diritto all'equo processo non era violato, in quanto rappresenta soltanto una delle evidenze che la Corte utilizza ai fini della decisione, rimanendo quest'ultima libera di compiere la scelta discrezionale[122].

4.1.2 … e l'apparente gratuità del mondo della rete

In secondo luogo, i meccanismi di funzionamento degli algoritmi mostrano come la rete non operi in un contesto di gratuità, o meglio operi in un contesto di gratuità apparente. Per navigare sul *web*, infatti, gli utenti rendono disponibili i propri dati ai gestori delle piattaforme, secondo la dinamica para-contrattuale "dati in cambio di accesso".

Una novità spiega bene il valore anche a livello economico dei nostri dati, considerati dalle stesse piattaforme beni portatori di un valore. Dal 17 ottobre 2022 alcuni siti *web* di quotidiani italiani hanno aggiornato le condizioni per accedere ai contenuti dei loro siti, per cui si potrà accedere a questi ultimi soltanto sottoscrivendo un abbonamento ai quotidiani stessi o accettando la profilazione di *cookies* (pratica del cd. "*cookie wall*"). In altre parole, con riferimento a diversi quotidiani non è più possibile accedere all'informazione *online* in maniera gratuita a livello economico, se non dando il consenso all'utilizzo dei propri dati per finalità promozionali. I *cookies* sono delle brevi parti di codice che vengono conservate sui *browser* ogniqualvolta l'utente visiti un sito *web*, le quali vengono poi usate per diversi scopi, tra cui ricostruire le attività *online* poste in essere da ciascun utente al fine di sottoporgli contenuti pubblicitari personalizzati[123]. Gli editori si riservano così la possibilità di vendere la pubblicità rivolta agli utenti «*targettizzati*» a un prezzo più alto, in quanto personalizzata, e dunque con maggiori probabilità di profitto. Il Garante Privacy ha dichiarato di essere a conoscenza di queste scelte e di sottoporre a valutazione tali iniziative degli editori[124]. La questione in ambito europeo è regolata da due fonti normative, la Direttiva UE 2019/770 (relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi

---

[122] La sentenza della Corte Suprema del Wisconsin è consultabile integralmente *online* su www.giurisprudenzapenale.com; appaiono diverse le conclusioni a cui si arriva in caso di decisione amministrativa vincolata, in cui non si richiede alcun esercizio di discrezionalità. Cfr. sul punto la sentenza del Tar Lazio sull'applicazione della L. n. 107/2015, recante Disposizioni sulla Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione (la cd. "buona scuola", ed in particolare l'ordinanza n. 14381/2021 della Corte di Cassazione.

[123] Redazione de *Il Post*, *I giornali italiani stanno cambiando il loro approccio sui dati personali degli utenti online*, su *Il Post*, 18 ottobre 2022, consultabile *online* su www.ilpost.it

[124] Garante Privacy, Comunicato del 21 ottobre 2022, consultabile *online* su www.garanteprivacy.it

digitali) e il GDPR – Regolamento 2016/679 (Regolamento generale sulla protezione dei dati), che presentano alcuni aspetti contraddittori. Secondo l'art. 4 par. 11 del GDPR, in riferimento alla libertà del consenso, il meccanismo del *cookie wall* sarebbe da ritenersi illecito, poiché non offre all'utente la possibilità di accedere a un contenuto equivalente a quello a cui potrebbe accedere negando il consenso all'utilizzo dei cookie o comunque di altri strumenti di tracciamento. Tuttavia, il recepimento della direttiva UE 2019/770, avvenuto tramite il D.lgs. n. 173/2021, ha introdotto nel Codice di consumo (D.lgs. n. 206/2005) il capo 1-bis del Titolo III[125], secondo cui è possibile che l'utente utilizzi, in una logica sinallagmatica, i propri dati personali per pagare un servizio digitale, seppur con una serie di garanzie di trasparenza e conoscibilità. Parrebbe dunque lecito pagare un servizio in maniera economicamente meno gravosa, seppur una lettura organica della direttiva in questione farebbe pensare che tale possibilità sia prevista esclusivamente per accedere a servizi normalmente accessibili soltanto a pagamento.

Il tema dell'apparente gratuità della rete è stato sollevato già nel 1998 negli Stati Uniti dalla *Federal Trade Commission*, relativamente alla vicenda dell'*host provider GeoCities*[126], il cui gestore otteneva dati relativi agli utenti che visitavano il sito senza dare a questi ultimi nessuna informazione circa quali dati avrebbe raccolto, per quali finalità, e se vi fossero state possibilità di sottrarsi a tale attività di raccolta, o quantomeno di cancellare i dati così accumulati. Da quel caso ha preso le mosse la necessarietà dell'obbligo di informativa a carico dei gestori delle piattaforme *web*, che doveva essere accettata in via telematica dagli utenti. Il visitatore del sito *web* aveva così un'unica strada per visitare il sito, ovvero quella di accettare l'informativa proposta, pena il non poter accedere ai servizi offerti dal *provider*[127]. La *Trade Commission* americana giustificava tale situazione proprio riconoscendo la natura contrattuale dei dati, che fungevano da corrispettivo ai servizi offerti dalle piattaforme, i quali pertanto non venivano più implicitamente riconosciuti come gratuiti.

Un passo avanti si è registrato recentemente con il noto provvedimento con cui l'AGCM, con delibera n. 27432 del 2018, ha sanzionato Facebook per pratiche commerciali scorrette, e in particolare per violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice di Consumo (D.lgs. n. 206/2005), per non adeguata informazione dell'utente nell'ambito di una decisione di natura deliberatamente commerciale (dati in cambio di accesso ai servizi), e per «indebito condizionamento» nei confronti degli utenti, i quali, per «non subire limitazioni nell'utilizzo del servizio», sono portati «in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso alla cessione e utilizzo dei dati […] a mantenere attivo il

---

125 artt. 135-novies, relativo ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali e seguenti

126 In particolare, il sito permetteva agli utenti di caricare del materiale *online* che identificano della città. Sul punto è intervenuta la Federal Trade Commission, cfr. M. Marquis, *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act. Aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2010, 385 ss.

127 Sul tema della contrattualizzazione dello scambio dati in cambio di accesso, cfr. A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Edizione Scientifiche Italiane – Università degli studi di Camerino, Camerino, 2020, in particolare 72 ss.

trasferimento e l'uso dei propri dati da/a terzi operatori»[128]. In altre parole, ciò che veniva contestato a Facebook era proprio la mancanza di offerta di una possibilità di scelta garantita all'utente nell'ambito di una transazione di natura commerciale, seppur non monetaria.

Sulla delibera, impugnata da Facebook, si sono pronunciati sia il Tar Lazio[129] che il Consiglio di Stato[130], che hanno ribadito il carattere scorretto e ingannevole della condotta di Facebook, che portava l'utente a cedere sistematicamente i propri dati, in uno scambio sinallagmatico a carattere commerciale che elude – o meglio ottiene in maniera ingannevole – la necessaria prestazione del consenso da parte della controparte[131].

Tale ulteriore passo avanti è poi diventato un obbligo generalizzato a livello europeo con l'adozione della direttiva UE n. 2018/1972 (Codice europeo delle comunicazioni elettroniche), che riconosce il valore commerciale e para-monetario della cessione dei dati alle piattaforme, e obbliga alle piattaforme di chiedere all'utente finale la messa a disposizione dei propri dati liberamente e consapevolmente.

4.2 Polarizzare il dibattito pubblico: il #DailyMe e le filter bubbles

Il costituzionalista americano C.R. Sunstein ha descritto le ricadute sociali dell'utilizzo delle nuove tecnologie nell'ambito della diffusione dell'informazione con la metafora del «*#DailyMe*»[132]: ciascun utente della rete si informa ogni giorno su un quotidiano ritagliato sulla misura delle proprie preferenze e delle proprie tendenze. In altre parole, il lettore troverà sul proprio «*#DailyMe*» una collezione di notizie relative ai temi che più gli interessano, riportate in maniera coerente le opinioni sposate dal lettore stesso. La raccolta di dati e la successiva elaborazione algoritmica permettono infatti di intercettare le preferenze dell'utente, e di sottoporgli soltanto notizie che siano tendenzialmente in linea con le sue preferenze[133]. Tale meccanismo di propagazione dell'informazione si basa sui citati *bias*, pregiudizi cognitivi, ed in particolare sui «*biases* di conferma» e sui «*biases* della desiderabilità»[134], che portano l'utente cercare informazioni che rispondano ai suoi preconcetti e alle sue precomprensioni. Gli algoritmi editoriali delle

---

128 Delibera AGCM n. 27432 del 29 novembre 2018, consultabile *online* su www.agcm.it

129 Tar Lazio, sentenza del 10 gennaio 2020, n. 260

130 Consiglio di Stato, provvedimento n. 2632 del 29 marzo 2021

131 Consiglio di Stato, provvedimento n. 2632 del 29 marzo 2021. I difensori di Facebook hanno sostenuto che la patrimonializzazione dei dati personali, in quanto *res extra commercium* non suscettibili a una quantificazione economica, o comunque non riducibili a questa, altro non sarebbe che il risultato di una volontaria messa a disposizione degli stessi da parte degli utenti, che opererebbero questa libera scelta, tanto da poter decidere se e quanti dati personali mettere a disposizione della piattaforma. Sul punto cfr. F. Pauzzo, *I sovrani della rete*, *cit.*, 22-25

132 C. R. Sunstein, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Il Mulino, Bologna, 2017, 11 ss.

133 Si pensi al funzionamento del *news feed* di Facebook, che ricalca sostanzialmente l'idea del #DailyMe, come si evince dalle FAQ elencate da Facebook stessa: «Le storie che appaiono nel tuo feed di notizie sono influenzate dalle tue connessioni e attività su Facebook. Questo ti aiuta a vedere più storie che ti interessano dagli amici con cui interagisci di più. Il numero di commenti e post che un post riceve e il tipo di storia (es: foto, video, aggiornamento di stato) può anche far sì che sia più probabile che appaia nel tuo feed di notizie».

134 T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia delle* fake news, in *Sistemi intelligenti*, 2/2019, 453

piattaforme *social* sfruttano e imitano proprio il funzionamento dei pregiudizi cognitivi, per proporre notizie e opinioni in sintonia col sentire pregresso del lettore. Ciò porta gli utenti a rimanere invischiati in quelle che numerosi studi hanno definito «*filter bubbles*»[135], bolle di filtraggio. La figura rimanda all'idea di una bolla, dentro cui ciascun *user* è rinchiuso, che filtra le notizie, consentendo l'ingresso all'interno del suo guscio soltanto a ciò che risulti in sintonia coi propri *biases*.

Altre conseguenze socialmente rilevanti sono state descritte nelle figure delle cd. «camere d'eco» («*eco chambers*»[136]) e della «polarizzazione di gruppo» («*group polarization*»[137]). Le prime sfruttano un meccanismo di funzionamento diverso dalle bolle epistemiche o bolle-filtro, ma che in parte vi si ricollega. Se queste ultime non consentono che un elemento circoli all'interno della bolla dentro cui l'utente si trova rinchiuso, le camere d'eco si basano sul meccanismo di rinforzo del disaccordo («*disagreeing-reinforcing mechanism*»)[138] per ostruire l'informazione: per appartenere a una camera d'eco è necessario che i membri si ritrovino in un insieme di meta-credenze che «distribuiscono il credito epistemico in maniera asimmetrica»[139] tra coloro che fanno parte della camera e il resto degli individui. L'insieme meta-credenze condivise accresce progressivamente il grado di fiducia che si ripone nei membri della camera e nei contenuti da questi proposti, e riduce in maniera inversamente proporzionale la fiducia che si ripone in chi sta al di fuori, senza alcun controllo circa l'affidabilità né dei primi né dei secondi[140]. Tale contesto, in cui gli utenti che frequentano la medesima camera fomentano la circolazione all'interno del gruppo solo di un certo tipo di notizie, disinnesca ogni tipo di contro-evidenza, ponendo sempre più fiducia su quanto propagato dagli "amici" o dai "*followers*"[141], e bollando come falsa o pericolosa qualsiasi opinione o lettura dei fatti differente. L'effetto conclusivo di un contesto in cui sussistono diverse realtà informative come quelle descritte, senza che vi sia alcun reciproco travaso di informazioni, non può che essere quello della polarizzazione di gruppo: si formano gruppi di opinione in contrasto tra loro, sempre più chiusi e distanti. Ciò intercetta e per certi versi ostacola i processi di democratizzazione.

A livello complessivo, tale situazione può paragonarsi, con tutte le diversità del caso, a quello che G. Sartori – che sosteneva che l'impalcatura della democrazia si regge sul policentrismo dei media e sul pluralismo[142] – ha descritto come «pluralismo polarizzato»[143]. Tra le varie forme in cui il pluralismo può

---

135 La definizione si deve a E. Parisier, *The filter bubble: what the internet is hiding from you*, Penguin, New York, 2011, ed è stata ripresa da numerosissimi studi in materia. Tra gli altri, si v. D. Palano, *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Scholé, Brescia, 2020, M. Bianca, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Media Laws*, 2/2019, 5 ss., G. Marchetti, *Le fake news e il ruolo degli algoritmi*, in *Media Laws*, 1/2020, 30.

136 A. Testa, *Vivere ai tempi della post-verità*, su *Internazionale*, 2016; M. Syed, *Information bubbles and echo chambers: Why we are all just talking to ourselves*, su *The Independent*, 9 settembre 2019

137 C.R. Sunstein, #*Republic*., *cit.*, 127 ss.

138C.T. Nguyen, *Escape the echo chamber*, in *Aeon*, 9 aprile 2018

139 T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 455

140 T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 455-456

141 Per usare espressioni relative rispettivamente alle piattaforme "*Facebook*" ed "*Instagram*"

142 G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993

143 G. Sartori, *Il pluralismo polarizzato: critiche e repliche*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 1/1982, 3 ss.

concretamente esplicitarsi nell'ambito di una democrazia rappresentativa, l'Autore individua, oltre al pluralismo «semplice» e al pluralismo «moderato»[144], il pluralismo «polarizzato», in cui diminuisce il dialogo tra le parti politiche e si assiste a una forte discordanza di opinioni concentrate in molteplici gruppi di opinione, per cui conseguenza inevitabile è un estremo multipartitismo, o comunque una frammentazione delle posizioni politiche[145]. Secondo G. Sartori però, ciò che sta alla base dell'affermarsi delle varie tipologie di pluralismo è la distinzione, nell'ambito della cultura politica, tra cultura «omogenea» e cultura «frammentata», ovvero tra consenso generalizzato o meno sui valori e le credenze di fondo. Una traduzione contemporanea del concetto è stata proposta da P. Mancini, che ha definito pluralismo della «drammatizzazione polarizzata»[146] il contesto attuale, per cui il pluralismo viene ridotto a un «scontro esasperato tra opposti punti di vista politici»[147], che non prevede un vero contraddittorio, da cui scaturisce un conflitto proficuo, e che limita il ruolo del giornalista a quello di mero portavoce volto alla «ricerca del pubblico»[148]

4.3 Il microtargeting politico: il caso Cambridge Analytica

La raccolta di *big data* può essere utilizzata per diverse finalità: dall'uso economico-pubblicitario, a quello amministrativo a quello politico-istituzionale[149].

L'utilizzo di dati e informazioni per tentare di classificare gli elettori non è una novità affacciatasi con l'avvento della rete. Ogni tornata elettorale ha costituito un bacino di informazioni, di volta in volta più aggiornate, per imbastire una strategia più accorta in occasione delle successive elezioni. Tramite l'accumulo di informazioni, gli stessi elettori sono stati progressivamente inseriti in differenti categorie, classificando e calibrando il messaggio su ciascuna tipologia di voto (di opinione e di appartenenza, confessionale e laico, fedele e volatile[150]).

La tendenza a raccogliere dati sull'orientamento politico dei cittadini per poterli rendere destinatari di messaggi *ad hoc* non è nata con l'avvento della rete. Già nel 1940 negli Stati Uniti si domandavano come usare i *media* per convincere il popolo americano, tenendolo unito, della bontà delle operazioni militari della Seconda guerra mondiale. Il Presidente americano Roosvelt formò a tal fine il *Committee for the National Morale*, composto da un gruppo di illustri psicologi e sociologi (quali G. Bateson, C. Lewin, M. Mead)[151]. Qualche anno dopo, nel 1946, dall'incontro del *Committee* con Wiener, «ne nacque un manifesto

---

144 G. Sartori, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Sugarco Edizioni, Milano, 1982
145 Sul tema si tornerà più approfonditamente *infra*, cap. 2
146 P. Mancini, *Diseducare al pluralismo*, in *Problemi dell'Informazione,* 2/2020, 167
147 P. Mancini, *Diseducare al pluralismo*, *cit.*, 167-168
148 P. Mancini, *Diseducare al pluralismo*, *cit.*, 169. Sul tema, come detto, si tornerà più approfonditamente infra,
149 M. Betzu. G. Coinu, G. Demuro, *Gobernanza de los macrodatos y democracia representativa*, in *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 106/2019, 261
150 R. De Rosa, *Digital persona, big data e sfera pubblica*, *cit.*, 2
151 R. De Rosa, *Digital persona, big data e sfera pubblica*, *cit.,* 3-4

politico per trasformare ogni individuo in una cittadella di resistenza democratica e rivendicare la rivoluzione informatica come quella che l'avrebbe resa possibile»[152]. Da lì prendeva le mosse l'uso dell'informatica come strumento di verticalizzazione e disintermediazione della comunicazione politica e della formazione del consenso, il cui dispiegamento pieno si è avuto con la rivoluzione tecnologica del XXI secolo.

Nel 2016, il CEO di *Cambridge Analytica* Alexander Nix ha dichiarato: «Credo che il modo di fare le campagne elettorali stia mutando. Le tecnologie stanno ridefinendo il modo di interagire con gli elettori. In precedenza si faceva campagna elettorale affidandosi a sondaggi d'opinione e all'intuizione dei candidati e delle loro squadre. Oggi abbiamo la possibilità di utilizzare enormi quantità di dati che ci permettono di creare dei modelli di analisi predittiva delle inclinazioni e del comportamento. Con queste informazioni possiamo identificare e raggiungere con messaggi efficaci i singoli elettori: sappiamo quali sono i temi d'interesse e quindi parliamo di ciò che gli elettori hanno a cuore dando sfumature diverse alla comunicazione in modo garantire il successo della comunicazione»[153].

La pratica descritta da Nix è nota come «*microtargeting*» politico. Si tratta di un concetto nato nel campo del *marketing* – ma che ha progressivamente trovato applicazione in diversissimi settori – che permette di confezionare i messaggi pubblicitari, politici, culturali, personalizzandoli sulla base del destinatario[154].

Nel 1993 lo studioso R. Clarke introdusse il concetto di «*digital persona*», che rendeva possibile identificare un insieme di dati con la rappresentazione di un individuo[155]. Con tale espressione si intende un vero e proprio modello di personalità pubblica, formato dai dati raccolti e dalle "azioni digitali" compiute dall'individuo. R. De Rosa ha ripreso tale concetto, intendendo col termine «l'insieme delle informazioni che rilasciamo consapevolmente nella nostra esistenza in rete, siano esse *account* a siti e a piattaforme, indirizzi di posta elettronica, localizzazioni GPS cioè segnali della nostra identità, siano essere "tracce" delle nostre azioni, transazioni e interazioni come *click*, *like*, sottoscrizioni, ecc.». Insieme a tutti i dati che rilasciamo inconsapevolmente in rete (che l'Autrice identifica col concetto di «*digital footprint*»), queste informazioni permettono, analizzate in maniera complessiva dall'algoritmo, di risalire a movimenti, necessità, paure e gusti di ciascun individuo[156].

---

152 R. De Rosa, *Digital persona*, *big data e sfera pubblica*, *cit.,* 4; si v. sul punto G. Allport, *The Nature of Demcratic Morale*, in *Civilian Morale*, 18/1942

153 R. Capocelli*, Nix, il cervello della campagna elettorale di Trump: "Grazie ai big data sappiamo cosa vogliono i cittadini"*, su *La Stampa*, 8 settembre 2016

154 G. d'Ippolito, Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social
network, cit., p. 174; M. Cuniberti, Tecnologie digitali e libertà politiche, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2/2015 2015, 275; P. Ciarlo, Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete, in Rivista AIC, 2/2018, 10

155 R. Clarke, *The digital persona and its application to data surveillance*, Xamax Consultancy, Canberra, 1993

156 R. De Rosa, *Digital persona, big data e sfera pubblica*, *cit.*, 6-7

Per comprendere le modalità di funzionamento del meccanismo del *microtargeting* politico (e *a fortiori* di ogni forma di *microtargeting*), bisogna aggregare tali dati relativi agli individui, per giungere a profili che attengano al collettivo (cd. «*digital profile*»)[157] e che permettono di identificare tutti quegli individui riconducibili a un determinato profilo (chiaramente più saranno i dati a disposizioni e le variabili prese in considerazione, più saranno i *digital profile* individuati e dunque maggiore sarà la precisione dell'indagine). L'utilizzo di tale meccanismo di profilazione dei comportamenti privati ha assunto rilievo politico[158] per via del caso *Cambridge Analytica*[159], relativo alle elezioni politiche americane del 2016. *Cambridge Analytica* era una società privata nata nel 2013, che operava nel campo della consulenza privata, fondata da R. Mercer, ideologo e consigliere di Donald Trump, nonché finanziatore del sito di informazione di estrema destra *Breitbart News*. La società era entrata in possesso dei dati personali di milioni di utenti Facebook, per mezzo di un'applicazione sviluppata dall'Università di Cambridge, ed in particolare dal ricercatore Aleksandr Kogan, che permetteva di raccogliere e immagazzinare le identità digitali di milioni di utenti e di ricostruire i profili psicologici di ciascuno, con le relative previsioni comportamentali[160]. I milioni di dati – ottenuti tramite la raccolta di *like*, commenti, *mood*, *post*, *share*, ecc. – sono poi stati elaborati tramite analisi psicometriche, sulla base dei cinque tratti della personalità elaborati dalla teoria dei *Big Five*: estroversione-introversione, apertura mentale-chiusura mentale, coscienziosità-negligenza, nevroticismo-stabilità, gradevolezza-sgradevolezza[161]. Gli algoritmi più sofisticati sono infatti quelli in grado di legare in maniera più pertinente le persone con i dati che le rappresentano[162]. *Cambridge Analytica* è stata così capace, combinando i diversi tratti presi in esame, di definire un elevato numero di diversi «*digital profile*», dando così la possibilità di organizzare una campagna elettorale *ad hoc* per ciascuno dei profili disegnati. Tali dati vennero sfruttato prima da Ted Cruz, candidato alle primarie repubblicane per la corsa alla

---

157 R. De Rosa, *Digital persona, big data e sfera pubblica*, *cit.*, 8. L'Autrice prende poi in considerazione anche il «digital asset», «che riguarda quella dimensione consapevole e collettiva che pertiene alla costruzione di un *brand* e del suo patrimonio documediale, una costruzione cui partecipa attivamente l'insieme dei propri utenti. […] Si tratta dei dati e informazioni che costituiscono il patrimonio di immagine [della società] e che ha un'importanza strategica in quanto si traduce direttamente in valore economico e sentimentale» (R. De Rosa, *Digital persona*, *cit.*, 10)

158 Un caso emblematico in tal senso è quello del cd. "*Social Credit System*" cinese, che, inizialmente tramite il coinvolgimento di Google tramite l'elaborazione dell'apposita piattaforma *Dragonfly* (poi fallito a seguito dell'autodenuncia degli stessi dipendenti Google) mirava, anche col coinvolgimento di *Google*, di attribuire a ciascun cittadino, tramite la raccolta e l'elaborazione di dati sul suo conto, un punteggio di "integrità sociale», grazie a sistemi di videoriconoscimento facciale e al monitoraggio delle attività svolte in rete. Tale punteggio sarebbe poi stato messo a disposizione di tutte le autorità. Cfr. sul punto C. Barone. Privacy, Sicurezza e Libertà nell'era della sorveglianza di massa e dell'emergenza terrorismo, Università degli Studi di Palermo, Palermo, 2019, 7-8; R. Berti, *Il Social Credit System cinese: un esempio di big data a servizio del potere*, in *Agenda Digitale*, 30 aprile 2019; G. Negro, *Entertainment Highway in China. The role of online platforms in shaping the social credit system*, in *Hermes. Journal of Communication*, 16, 2020; M. Infantino, W. Wang, *Armonia sotto controllo: la regolazione del credito sociale nelle "città modello" cinesi*, in *Milan Law Review*, 2/2020; V. D'Antonio, L. Saporito, *Modelli normativi di contact tracing tra "ragione" e "volontà"*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line*, 2/2020

159 F. Di Salvo, *Leaks. Whisteblowing e backing nell'età senza segreti*, Luiss University Press, Roma, 2019

160 Dopo il caso Cambridge Analtyica, Facebook modificò i propri termini e condizioni di utilizzo, negando a società terze la possibilità di raccogliere i dati degli utilizzatori di applicazioni esterne

161 R. De Rosa, *Digital Persona, big data e sfera pubblica*, *cit.*, 6

162 D. Cardon, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Mondadori, Milano, 2016, 51-52

Presidenza degli Stati Uniti del 2016, e successivamente da Donald Trump, poi vincitore di quella tornata elettorale[163].

5. Il ruolo dei poteri privati

Nel contesto di *internet*, la latitudine della garanzia della libertà di espressione si estende ulteriormente, interessando non solo il ruolo dei pubblici poteri, ma anche quello delle piattaforme private. È dalla funzione svolta da attori privati infatti che dipende l'effettività dell'esercizio del diritto di libertà di informazione. E inevitabilmente – e legittimamente – si tratta di attori che perseguono interessi privati, che hanno finalità economiche, essendo orientati alla massimizzazione del profitto, e che eppure sono paradossalmente i garanti di una libertà costituzionale, della libertà di circolazione di informazioni e opinioni, e che si trovano a tutelare, dunque, interessi di carattere pubblico[164]. Da bilaterale, lo schema di funzionamento della libertà di espressione è ormai divenuto trilaterale. Da qui sorge la difficoltà normativa, che pone sfide nuove rispetto alla legislazione relativa al modello analogico: il terzo attore privato vuole accreditarsi quale mero distributore di contenuti di cui non è responsabile, e non come il produttore degli stessi[165].

I primi modelli di piattaforme *web*[166] prevedevano che gli utenti producessero in maniera autonoma delle regole di comportamento, che gli stessi erano tenuti in via di prassi a rispettare (le cd. «*netiquette*»[167]). La violazione di quelli che sono via via parsi sempre più assimilabili a *standard* obbligatori della *community* comportava l'esclusione dalla piattaforma[168]. Il concetto di «*netiquette*» non è stato mai abbandonato nel mondo del *web*, ed è tuttora analogo a quanto avviene con riferimento ai termini e condizioni delle pagine *social* (individuazione di una comunità entro i cui confini si applicano norme definite da soggetti privati), con la differenza – non trascurabile – che tali termini e condizioni non vengono più stabiliti autonomamente dagli utenti, che si autoimporrebbero cioè dei limiti, ma vengono definiti ed imposti

---

163 Secondo un giornalista dell'Observer (anche se le sue tesi non godono di univocità nel relativo dibattito), C. Cadwaller, *Facebook's Role in Brexit – and the threath to democracy*, in *Ted 2019*, 17 aprile 2019, le stesse analisi furono utilizzate in Gran Bretagna in occasione del referendum sulla Brexit del 2016. Diversi studi hanno comunque dimostrato come un'analoga strategia elettorale sia stata utilizzata in Brasile in occasione delle elezioni del 2014, cfr. Oxford Internet Institute, *The Project on computational propaganda*, Università di Oxford, Oxford, 2018

164 Tema che verrà affrontato più approfonditamente *infra*, par. 3

165 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di* internet, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli*, Parole e potere*, *cit.*, 62-64

166 I cd. BBS, *Bulletin Board Systems*, che consentivano l'invio di messaggi, cfr. B. Donato, *La responsabilità dell'operatore di sistemi telematici*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996

167 Cfr. a riguardo R. Soler-Costa, P. Lafarga-Ostariz, Marta Mauri-Medrano, A.J. Moreno-Guerrero, *Netiquette: Ethic, Education, and Behavior on Internet – A Systematic Literature Review*, in *International Journal of Enviromental Research and public health*, 3/2021, 1212 ss., e P. Sturges, *Remember the human: the first rule of netiquette, librarians and the Internet*, in *Online information review*, 2002

168 A. Quarta, *Mercati senza scambi*, *cit.*, 47

unilateralmente dalle piattaforme[169]. Non si tratta più di autodichia, bensì si profila la stipulazione di un accordo sinallagmatico tra gli utenti e i gestori delle piattaforme, con questi ultimi in netta posizione di dominanza: il fruitore segue le regole – e fornisce i suoi dati – in cambio della possibilità di far parte della *community*, alle regole e condizioni imposte da chi della stessa ne è proprietario. Spesso inoltre tale accordo si realizza senza che gli utenti ne conoscano effettivamente i termini e le condizioni, e con l'aggravante che vi sono in gioco diritti fondamentali (essendo peraltro le piattaforme *web* il principale canale di accesso all'informazione e alla comunicazione dopo la televisione[170]).

Rinviando a studi più organici sul tema[171], ci si limita a evidenziare come i rapporti di potere influiscano da due punti di vista:

i) in primo luogo in quanto rapporti di potere economico. Proprio in virtù di quella che è stata definita «la ricchezza delle reti»[172], il decentramento in ambito di produzione dell'informazione e i bassi costi necessari per accedere attivamente alle piattaforme informative ha reso «essenziale il ruolo dei soggetti capaci a ordinare tale massa enorme di informazioni e di facilitare il collegamento tra chi produce informazione e chi vuole riceverla»[173]. Tale ruolo può essere svolto solo da quelle *tech companies* che siano provviste delle colossali strutture tecnologiche (e dunque economiche) necessarie[174]. Le "chiavi" per accedere all'esteso "mondo" della rete ce le hanno in pochi[175], i cd. OTT ("*over the top*"), e l'unica discriminante per svolgere tale ruolo di intermediario e "portiere" dell'informazione è costituita dalla capacità economica, che rende il mondo del *web* simile a un mercato oligopolistico, se non monopolistico[176]. Basti pensare che Google, Amazon, Apple, Microsoft e Meta – che comprende Facebook e Instagram –, secondo i dati AGCOM[177], hanno totalizzato nel corso

---

169 Tale meccanismo rende allontana *internet* dal concetto di "luogo aperto al pubblico" – cfr. M. Mezzanotte, *Facebook come "luogo aperto al pubblico"*, in *Federalismi*, 2/2016, 17 ss. – e "servizio pubblico" – cfr. S. Piva, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su CasaPound risolleva la quaestio dell'inquadramento giuridico dei social network*, su *Diritti Fondamentali*, 2/2020, 1217

170 V. *supra*, par. I

171 Per tutti si rinvia a F. Paruzzo, *I sovrani della rete*, *cit.,* in particolare 152 ss.

172 Y. Benkler, *The wealth of networks. How social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, Yale, 2006

173 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, *cit.*, 59

174 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, *cit.*, 59-60, secondo cui il mondo della rete è connotato da una doppia anima, o se si vuole da una congenita ambiguità: da un lato offre un decentramento impensabile fino a un paio di decenni fa relativamente alle possibilità di produzione di informazioni, dall'altro comporta un forte accentramento nella fornitura dei servizi

175 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, *cit.*, 59, definisce le tech companies come «*gatekeeper*s» dell'informazione, unici detentori delle chiavi dei cancelli da cui questo passa.

176 A. Moazed, N.L. Johnsnon, *Modern monopolies. What it takes to dominate the 21th century economy*, St. Martins, New York, 2016

177 AGCOM, *Osservatorio sulle piattaforme online*, 2018

del 2018 692 miliardi di euro di ricavi, cifra inferiore al prodotto interno lordo di soli 18 Stati al mondo[178].

ii) In secondo luogo, proprio in conseguenza di tale predominio economico, tali piattaforme private esercitano anche un potere inteso in senso relazionale nei confronti degli utenti[179], che si estrinseca nella sussistenza di un vincolo tra due o più soggetti per cui «un attore induce un altro ad agire in un modo in cui altrimenti questi non agirebbe»[180], limitando così la sua indipedenza[181].

Il problema del potere, e dunque della limitazione e separazione dello stesso, pone tre interrogativi fondamentali[182], su cui ci si soffermerà successivamente[183]: solo una norma imperativa è in grado di limitare e disciplinarne l'esercizio, se si tratta di potere esercitato da soggetti privati e legato all'esercizio di un diritto fondamentale? Se è così, chi dovrebbe porla? E con quali contenuti? In altre parole, il cuore del problema riguarda l'individuazione del soggetto deputato a regolare le dinamiche che consentono l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, e fino a che punto tale soggetto possa limitare e restringere non solo la libertà economica di chi appronta luoghi in cui la libertà viene esercitata, ma anche di conseguenza la libertà di espressione stessa all'interno di questo spazi, tenendo conto delle complesse problematiche, anche di carattere transnazionale sottese[184].

5.1 Una differenza di approcci (rinvio)

In tal senso, si propongono di seguito due riflessioni, legate a sviluppi recenti, che riguardano il punto di vista europeo e quello statunitense, che verranno prese in esame in maniera più articolata successivamente[185].

5.1.1 Il Codice rafforzato di buone pratiche sulla disinformazione della Commissione Europea

---

178 Fondo Monetario Internazionali (FMI), *World economic outlook database*, 2021

179 F. Paruzzo, *I sovrani della rete*, *cit.*, 113 ss. e 135 per un accurato excursus sulle differenti *species* di potere tra libertà e controllo

180 R. A. Dahl, *Introduzione alla scienza politica*, il Mulino, Bologna, 1967, 70-71

181 Se ne è già discusso *supra*, 4.3, con riferimento, ad esempio, alle pratiche di *microtargeting*, o più in generale quanto visto in tema di profilazione personalizzata delle notizie

182 G. De Minico, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Giappichelli, Torino, 2016, 185

183 V. *infra*, cap. 3, parr. VI ss.

184 Non possono però essere sottaciuti in questo senso i benefici positivi del «saper innovare dei giganti della rete», che in questa logica va rispettato e ancora favorito (si pensi agli enormi benefici sul piano medico, di telecomunicazioni, della sicurezza, dell'ecologia, ecc.), specie rendendo possibile l'aumento del numero dei cd "*players*" del mercato; cfr. G. De Minico, *Antiche libertà*, *cit.*, 185 ss.

185 V. *infra*, cap. 2

In ambito europeo, riguardo alla possibilità di regolare il mondo dell'informazione *online*, il 16 giugno 2022 la Commissione Europea ha adottato il Codice rafforzato di buone pratiche sulla disinformazione della Commissione Europea[186], che si pone principalmente due obiettivi: quello di coinvolgere quanti più soggetti possibile sia nell'elaborazione che nell'impegno al rispetto delle buone pratiche, specie con riferimento ai canali di messaggistica privata e all'utilizzo di *bot (i)*, e quello di demonetizzare la disinformazione[187], affermando che «le piattaforme e i soggetti attivi nell'ecosistema pubblicitario *online* devono assumersi le loro responsabilità e collaborare più efficacemente per sottrarre fondi alla disinformazione», favorendo la creazione di un *network* virtuoso tra le piattaforme stesse che permetta di arginare il fenomeno della disinformazione *(ii)*. Ciò dovrebbe tradursi, secondo il quadro delineato all'interno Codice – che non ha però alcuna valenza obbligatoria – in un monitoraggio della disinformazione su molteplici livelli: uno a carattere formativo, che consiste nel garantire agli utenti l'accesso a «strumenti che consentano loro di comprendere meglio l'ambiente *online* e di navigarvi in sicurezza», chiedendo inoltre – ed agendo così sul piano della trasparenza – alle piattaforme firmatarie di rendere conoscibili i criteri con cui sottopongono le notizie agli utenti; si vuole garantire altresì agli utenti la possibilità di segnalare i contenuti potenzialmente dannosi, nonché ai diversi *fact-checkers* delle piattaforme private di prevedere misure di cooperazione[188].

5.1.2 La Section 230 del Communications Degency Act (1996)

La norma che secondo molti permette all'intero sistema dei *social media* di reggersi in piedi[189] è stata invece adottata nel contesto statunitense, ed è la *Section 230* del *Communications Degency Act* del 1996, secondo cui «nessun fornitore e nessun utilizzatore di servizi *internet* può essere considerato responsabile, come editore o autore, di una qualsiasi informazione fornita da terzi», sollevando così i *social network* da ogni responsabilità relativamente ai contenuti pubblicati sulle piattaforme. Il 29 maggio 2020 la centralità di tale norma fu sollevata da un *tweet* dell'allora Presidente degli Stati Uniti d'America Donald Trump, dall'esplicito contenuto «*REVOKE 230!*», a seguito dell'etichetta recante «contenuto privo di fondamento» posta dalla piattaforma Twitter su due *tweet* del Presidente[190], e del fatto che la medesima

---

186 Un Codice analogo era stato già approvato dalla Commissione Europea nel 2018, ma a causa dei noti eventi succedutisi (la pandemia su tutti), e i connessi problemi a livello di proliferazione del falso informativo, è emersa l'esigenza di rafforzare gli strumenti previsti

187 P. Marsocci, A. Papa, *Lingua e linguaggio della comunicazione pubblica*, Relazione al XXXVII Convegno AIC, 27, 28, 29 ottobre 2022, Messina-Taormina, Redazione provvisoria, 3

188 Sul punto bisogna altresì tenere conto del Digital Serivce Act, per cui si fa integralmente rinvio *infra*, cap. II, 8.2

189 J. Kosseff, *The twenty-six words that created the internet*, Cornell University Press, Cornell, 2019, «Le 26 parole che hanno creato *internet*»

190 A. Gennaro, Twitter debunka *Trump, lui minaccia di chiudere i* social, in *Open,* 27 maggio 2020, consultabile *online* su www.open.online

piattaforma abbia censurato un altro *tweet* dello stesso Trump in quanto «incitante alla violenza»[191]. In seguito a tale vicenda, il 28 maggio 2020 l'allora Presidente degli Stati Uniti d'America ha firmato un ordine esecutivo atto a modificare la *Section 230* nella parte in cui vieta di citare in giudizio i *social network* per ordinargli la rimozione, la segnalazione o l'oscuramento di un *post*[192]. Nel sistema americano, l'ordine esecutivo è una mera direttiva interna al governo Federale emanata dal Presidente che non ha valenza di legge. Nel caso di specie, l'ordine emanato dal Presidente degli Stati Uniti[193] non ha pertanto abrogato la *Sezione 230*, bensì ha agito come richiesta al Dipartimento del Commercio e al Procuratore generale di proporre una modifica al *Communications Degency Act* alla *Federal Communications Commission* (FCC), agenzia governativa statunitense che si occupa di telecomunicazioni[194]. L'ordine di esecuzione in questione è stato poi revocato dall'attuale Presidente degli Stati Uniti d'America Joe Biden nel maggio del 2021[195].

5.2 Regole e condizioni delle piattaforme private in azione: il caso "CasaPound" dinanzi al Tribunale di Roma

In relazione al superamento del ruolo contrattuale svolto dalle piattaforme stesse, e pertanto ai poteri e alle prerogative che interessano diritti costituzionalmente protetti da queste esercitato (da cui derivano inevitabili responsabilità), in ambito nazionale si è pronunciato in prima battuta il Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, con l'ordinanza del 12 dicembre 2019[196]. Il caso di specie prende le mosse dal ricorso *ex* art. 700 c.p.c. presentato da CasaPound Italia e dal dirigente Di Stefano avverso Facebook Ireland Limited, a seguito dell'oscuramento delle pagine Facebook – verificatosi il 5 settembre 2019 – del suddetto partito politico[197], chiedendone l'immediata riattivazione. Come detto,

---

191 V. Berra, Twitter *"censura" Trump sui «teppisti» di Minneapolis: «Esalta la violenza»*. Facebook *si smarca, il* post *resta invariato*, in *Open*, 29 maggio 2020, consultabile *online* su www.open.online

192 È stato fatto notare che la Section 230 è in realtà la norma che ha permesso a Trump di costruire il proprio successo politico. Le contraddizioni interne all'ordine di esecuzione sono spiegate da J. Dorsey, *Trump's order on social media could harm one person in particular: Donald Trump*, in New York Times, 28 maggio 2020, consultabile *online* su http://www.nytimes.com/

193 L'ordine di esecuzione precedente sulla materia era il PPD-28. emanato dal Presidente Obama nel 2014

194 La FCC, che ha competenze regolamentative, amministrative, e para-giurisdizionali nell'ambito del mercato delle telecomunicazioni, è composta da 5 membri, che restano in carica sette anni, nominati dal Presidente degli Stat Uniti su parere del Senato, che al tempo dei fatti era composta da tre repubblicani e due democratici

195 Cfr. sul punto C. Glynn, *Section 230 as First Amendment Rule*, in *Harward Law Review*, 131, 2018, 2027 ss.; E. Goldman, *Why Section 230 is better than the first Amendment*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 1/2019, 33 ss., secondo cui la Section 230 attribuisce alle piattaforme una libertà addirittura maggiore rispetto a quanto previsto dal First Amendment. Sul futuro della Section 230, cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e* social network*, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Media Laws*, 2021. Sulla disciplina della responsabilità degli intermediari in ambito europeo, cfr. R. Petruso, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Giappichelli, Torino, 2019.

196 Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, ordinanza 12 dicembre 2019, R.G. 59264/2019

197 Il Tribunale specifica che Casa Pound è registrata come A.P.S. (Associazione di Promozione Sociale), ma evidenzia altresì come ai fini della vicenda per partito politico va inteso qualsiasi partito, movimento o gruppo politico organizzato che abbia presentato un simbolo e dei candidati ad elezioni amministrative, nazionali od europee, o che comunque faccia riferimento a un gruppo parlamentare costituito in entrambe le Camere, come ai sensi del d.l. n. 149 del 28 dicembre 2013 e della l. n. 13 del 21 febbraio 2014

qualsiasi utente che si iscriva a una piattaforma *social* e pertanto vi pubblichi dei contenuti deve accettare il regolamento che definisce i termini di utilizzo della piattaforma, e rifarsi agli *standard* della *community* volti a garantire i diritti degli altri utenti, nonché la *privacy*, la sicurezza e la dignità degli stessi[198]. Tra le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei suddetti *standard*, il regolamento stesso prevede delle sanzioni pattizie che vanno dalla rimozione dei contenuti considerati contrari ai valori della *community* alla sospensione o disattivazione dell'*account*. Nel caso di specie, i contenuti postati dalla pagina erano stati considerati da Facebook rientranti nei casi di «incitamento all'odio e alla violenza» a scapito di alcune minoranze[199]. Il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso presentato da CasaPound, in quanto ha ritenuto fondate le doglianze difensive proposte sia relativamente al *fumus boni iuris* che al *periculum in mora* richiesti ai fini dell'accoglimento della ricorso *ex* art. 700 c.p.c.. Con riguardo al primo profilo, è stata ritenuta sussistente una violazione dell'art. 49 Cost., in quanto la disattivazione della pagina Facebook di un partito politico ne determinerebbe la sostanziale esclusione dal dibattito pubblico, incidendo pertanto sul sostanziarsi del pluralismo informativo proprio delle democrazie costituzionali. La pronuncia riconosce così esplicitamente a Facebook lo svolgimento di una funzione a contenuto squisitamente pubblico, in quanto «il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento»[200]. Proprio per la funzione svolta da Facebook il rapporto sottoscritto tra i due soggetti non può ritenersi assimilabile a quello stipulato tra due privati qualsiasi, per via della posizione di potere rivestita dalla piattaforma. In tal senso, l'esclusione di un soggetto politico dal canale *social* si tradurrebbe in un «indebito giudizio di merito sulla democraticità del programma politico e dei fini dell'organizzazione politica ricorrente»[201]. In altre parole, ad essere illegittimo non è tanto l'oscuramento del profilo in sé, bensì a monte il giudizio operato da Facebook sulla legittimità o meno della partecipazione di un soggetto politico al gioco del pluralismo, operazione che un soggetto privato non è demandato a svolgere. Con riferimento al *periculum in mora*, il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso in quanto il l'eventuale pregiudizio subito da *CasaPound* non sarebbe risultato suscettibile di riparazione per equivalente, in particolare con riferimento al danno di immagine[202].

---

198 Standard di comunità Facebook, consultabili online su www.meta.com

199 Per una più ampia analisi sul punto, cfr. I.M. Lo Presti, *CasaPound, Forza Nuova e* Facebook. *Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e* social network, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, 926-927

200 Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, ordinanza 12 dicembre 2019, R.G. 59264/2019

201 I.M. Lo Presti, *Casapound, Forza Nuova e Facebook*, *cit.*, 928.

202 La decisione è stata confermata dal giudice cautelare. Un caso in parte analogo, ma con elementi di specificità differenti, si è verificato con riferimento all'Associazione Forza Nuova, condannata da Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, 23 febbraio 2020, R.G. 64894/2019. La misura cautelare anche in tal caso veniva adottata in relazione alla violazione degli standard di comunità con riferimento all'incitamento all'odio e alla violenza, ma il ricorso ex art. 700 c.p. veniva rigettato. Gli elementi di specificità che tuttavia hanno giustificato il differente esito della pronuncia sono stati individuati dal giudice nella qualificazione di Forza Nuova come

In seguito al suddetto provvedimento, CasaPound ha instaurato innanzi al Tribunale ordinario di Roma un giudizio a cognizione piena, chiedendo di confermare il contenuto dell'ordinanza cautelare e il relativo risarcimento del danno[203], lamentando in modo particolare il fatto che Meta[204] avrebbe continuato a oscurare profili e contenuti legati ai *post* in questione, non ottemperando al contenuto dell'ordinanza. In risposta, Meta ha sostenuto nella propria comparsa il rigetto delle domande avanzate dalla parte attrice, chiedendo di accertare il proprio diritto a rimuovere contenuti di tal genere e la classificazione di CasaPound come "organizzazione che incita all'odio", richiamando espressamente il rispetto delle proprie condizioni d'uso come requisito necessario per esercitare i diritti all'interno della piattaforma, il cui mancato rispetto "autorizza" Meta a intervenire nella gestione dei contenuti delle proprie piattaforme[205].

Il 5 dicembre 2022 il Tribunale di Roma ha emesso la sentenza n. 17909, revocando la suddetta ordinanza favorevole all'associazione CasaPound. Rifacendosi a una "parallela" ma differente giurisprudenza[206], il giudice ha fondato la sua decisione sulla libertà di espressione, e non su quella, collegata ma differente, di partecipazione politica. Dopo aver ricostruito il quadro giuridico italiano ed europeo in relazione alla libera manifestazione del pensiero (specie con riferimento ai cd. "discorsi d'odio"[207]), il Tribunale ha stabilito che «tra i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, nel bilanciamento con altri diritti

---

"organizzazione d'odio" (sulla base dei criteri definitori forniti da Facebook), e poiché le condotte poste in essere da Forza Nuova sono state ritenute riconducibili alla fattispecie penale dell'apologia del fascismo, introdotto dall'art. 4 l. n. 645/1952. Si rinvia sul punto a I.M. Lo Presti, *Casapound, Forza Nuova e Facebook*, *cit.*, 931 ss.

[203] Come ricostruito da A. Golia jr., *La sentenza del Tribunale di Roma sulla rimozione dei profili* social *di Casapound da parte di Meta*, in Osservatorio sulle fonti, 1/2023, CasaPound ha sostanzialmente chiesto al Tribunale di Roma di «1) accertare e dichiarare l'illegittimità della disattivazione della pagina di CasaPound; 2) accertare e dichiarare che le ragioni addotte da Meta per giustificare la disattivazione sono del tutto infondate e costituiscono fatto illecito lesivo dell'immagine e della reputazione di CasaPound; 3) accertare e dichiarare che Meta ha privato gli attori della disponibilità dei contenuti pubblicati sulle pagine e sul profilo, nonché dei messaggi e delle conversazioni private; 4) per l'effetto, condannare Meta alla riattivazione della pagina di CasaPound».

[204] Dal 28 ottobre 2021 "Facebook Ireland Limited" ha cambiato nome in "Meta"

[205] Come puntualmente ricostruito sempre da A. Golia jr, *La sentenza del Tribunale di Roma*, *cit.*, Meta ha fatto notare che «gli SdC proibiscono, tra le altre cose, i discorsi di incitazione all'odio, o *hate speech*, in quanto «creano un ambiente di intimidazione ed esclusione, e in alcuni casi possono anche promuovere forme di violenza nel mondo reale». Gli SdC, inoltre, definiscono i discorsi d'odio come «un attacco diretto alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi. […] Definiamo l'attacco come un discorso violento o disumanizzante, dichiarazioni di inferiorità o incitazioni all'esclusione o alla segregazione». Gli SdC definiscono altresì come "organizzazione che incita all'odio" «qualsiasi associazione di almeno tre persone che è organizzata con un nome, un segno o un simbolo e che porta avanti un'ideologia, dichiarazioni o azioni fisiche contro individui in base a caratteristiche come razza, credo religioso, nazionalità, etnia, genere, sesso, orientamento sessuale, malattie gravi o disabilità […] Non consentiamo la condivisione sulla nostra piattaforma di simboli che rappresentano una delle organizzazioni o degli individui di cui sopra se non ai fini di condanna o discussione. Non consentiamo contenuti che elogiano le organizzazioni e gli individui di cui sopra o atti da loro commessi. Non consentiamo il coordinamento del supporto a qualsiasi organizzazione o individuo di cui sopra o agli atti da loro commessi»». Meta ha altresì riprodotto le cause per cui ha classificato CasaPound come "organizzazione che incita all'odio", di matrice razzista, discriminatoria e xenofoba.

[206] Quella del quasi contemporaneo caso "Forza Nuova", che, come detto, ha avuto esiti per certi versi opposti rispetto all'ordinanza cautelare in oggetto, cfr. *supra*, nota n. 200

[207] Cfr. *infra*, cap. II, par. 5.1

fondamentali della persona, assume un particolare rilievo il rispetto della dignità umana ed il divieto di ogni discriminazione, a garanzia dei diritti inviolabili spettanti ad ogni persona. La libertà di manifestazione del pensiero non include, pertanto, discorsi ostili e discriminatori»[208].

Il Tribunale specifica inoltre in tal senso che «nel caso di specie […] non si tratta di una generalizzata compressione per via giudiziaria della libertà di espressione di singoli individui o gruppi, ma della possibilità di accedere ad uno specifico *social network* (che è anche un *social media*, strumento attraverso il quale i produttori di contenuti sono in grado di raggiungere il grande pubblico), gestito da privati, al fine di consentire la diffusione di informazioni concernenti l'attività di una determinata formazione politica»[209].

Rispetto alla precedente ordinanza cautelare, il giudice ricostruisce in maniera molto diversa il ruolo delle piattaforme: pur ribadendo la centralità e il rilievo sociale di Meta nello svolgimento del dibattito pubblico, il Tribunale fa notare che Meta resta pur sempre un soggetto privato, che può legittimamente dettare condizioni contrattuali di diritto privato cui le parti decidono di sottostare nel momento in cui domandano di iscriversi al relativo *social network*.[210].

Secondo la ricostruzione operata dal Tribunale, a rilevare non è tanto l'accertamento della rilevanza penale della condotta di Casa Pound nella pubblicazione dei contenuti (si tratterebbe del reato di ricostruzione del partito fascista, qualificato dalla Cassazione penale come reato di pericolo concreto[211], dunque di non agevole integrazione), quanto il fatto che «la pubblicazione di simbologia fascista è vietata dalle condizioni contrattuali di Facebook e autorizza, pertanto, la rimozione di *post* che la riproducono»[212].

Tali contenuti sono infatti illeciti non solo con riferimento agli SdC di Meta, ma anche in quanto violano «tutto il complesso sistema normativo» nazionale e sovranazionale che scaturisce dall'art. 10 CEDU, per cui Meta «aveva il dovere legale di rimuovere i contenuti, una volta venutone a conoscenza, rischiando altrimenti di incorrere in responsabilità, dovere imposto anche dal codice di condotta sottoscritto con la Commissione Europea»[213].

La vicenda mostra plasticamente come si sia ancora lontani dal risolvere la problematica del ruolo delle piattaforme private nella garanzia della libertà di espressione, che possono essere considerate o come soggetti privati investiti da posizioni di potere a cui non è però consentito di svolgere funzioni di matrice pubblicistica (è la posizione espressa dall'ordinanza cautelare), o viceversa quali soggetti pur sempre

---

208 Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, sentenza del 5 dicembre 2022, punto 2.5. Di fatto il Tribunale fa proprio l'approccio europeo, che si fonda sull'art. 10 par. 2 CEDU, che prevede la possibilità di apporre limiti alla libertà di espressione all'esito bilanciamento del bilanciamento dello stesso con altri diritti fondamentali, cfr. *infra*, cap. II, par. 5.1

209 *Ibidem*

210 La posizione è per sé molto forte, e risolve, forse in maniera un po' troppo semplicistica, i dubbi di matrice costituzionalistica sulla responsabilità delle piattaforme di cui si dirà più espressamente *infra*, cap. II, parte 2

211 Corte di Cassazione, Sezione I, sentenza del 19 novembre 2021, n. 3806

212 Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, sentenza del 5 dicembre 2022, punto 4.1

213 *Ibidem*

privati che possono tuttavia operare restrizioni alla libertà di espressione sulla base di proprie regole e condizioni, le quali devono però rispecchiare il complesso normativo nazionale ed europeo (come espresso dalla successiva sentenza).

6. Disinformazione e democrazia: dal "*free marketplace of ideas*" al "mercato delle verità" (rinvio)

Sulla scorta del 1° emendamento della Costituzione americana, per cui «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press*»[214], in *internet* si identifica tradizionalmente la terra promessa della libertà individuale slegata dalle interferenze degli Stati, per cui ogni intervento normativo sul tema viene guardato con sospetto. Negli Anni '20 del XX secolo, per evitare il rischio della *collateral censorship*, i giudici progressisti americani provarono a scacciare i fantasmi alimentati dalla paura del dissenso, in un contesto in cui ci si confrontava col problema della propaganda eversiva. Fu in quel contesto che il giudice O.W. Holmes scrisse la celebre *dissenting opinion* nel caso *Abrams vs United States*, coniando l'espressione «*free marketplace of ideas*» per descrivere il contesto in cui le informazioni e le opinioni dovessero circolare. In base a tale teoria, anche le opinioni più impopolari e urticanti hanno il diritto di godere di protezione: il libero mercato delle idee sarà il miglior test per vagliare il loro valore. È in conseguenza di tale approccio che l'*hate speech* in America gode di una permissività sorprendente: solo quelle manifestazioni che possono concretamente incitare a un'immediata condotta violenta sono considerate estranee all'ambito di tutela concesso dalle maglie del 1° emendamento[215].

Ragionando in ambito europeo, anche l'approccio più libertario non potrebbe far a meno di adeguarsi ad alcuni limiti. La cultura giuridica europea ha infatti dato frutto a una tutela della libertà di espressione più temperata, in quanto al primo emendamento americano sembra quasi fare da contraltare l'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che, dopo aver sancito al co. 1 la tutela della libertà di espressione di «ogni persona» dall'ingerenza di autorità pubbliche, al co. 2 prevede che «l'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società

---

[214] È emblematica la costruzione "al negativo" della disposizione. Cfr. sul punto M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, Milano, 2019, 314 ss.

[215] A mo' di esempio, si pensi ai seguenti casi: 1977, viene dichiarato contrario al 1° emendamento il divieto di svolgimento di una marcia filo-nazista; 1979, viene dichiarata legittima la pratica di dar fuoco in pubblico alla bandiera americana; 2002 e 2003, è considerata legittima la pratica del "*crox burning*" realizzata dai membri del Ku-Kux Clan; della differenza tra il modello giuridico americano a quello europeo in ambito di libertà di espressione (e di libertà in generale), cui si fa per ovvi motivi soltanto cenno. Ma c'è anche stato un faticosissimo dialogo, una faticosissima lotta, segnata da un forte afflato libertario, che ha portato alla conquista dei diritti di manifestazione del pensiero in maniera così estesa. Cioè a dire: non è stato sempre così… Per una dettagliata analisi dell'evoluzione della giurisprudenza americana, cfr. C. Caruso, *Teoria e ideologia della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in *Forum Costituzionale*, 27 ottobre 2013, 18

democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario».

Gli orientamenti giurisprudenziali[216] continentali dimostrano che l'apposizione di limiti alla libertà di espressione – «restrizioni o sanzioni previste dalla legge» – non possa sfociare in una visione di carattere diametralmente opposto rispetto a quella americana. Il controllo dello Stato non può cioè estendersi al punto tale da rendere il sistema dell'informazione centralizzato e diretto dall'alto, col rischio di curare un male adottando un rimedio peggiore[217].

Il mercato delle idee, qualora ne sia assicurato il buon funzionamento, permette ai fruitori dell'informazione di muoversi liberamente tra le varie notizie e opinioni che circolano. Secondo una prospettiva *milliana*, che sta alla base di tale visione, «i punti di vista confliggenti offerti dai vari media si incontrano in una sorta di metaforico dibattito. Quando le prove a sostegno di ciascuna argomentazione sono poste l'una accanto all'altra, i consumatori saranno in grado di distinguere il punto di vista che è vero»[218]. Chi critica tale visione fa notare come il consumatore di notizie del XXI secolo è parecchio distante da quello ipotizzato da J.S. Mill, essendo «del tutto disinteressato a un confronto aperto ed onesto con chi la pensi diversamente, al fine di far emergere, socraticamente, la verità; inoltre, è un consumatore sempre meno razionale, vittima, nel regno della manipolazione, di distorsioni cognitive e polarizzazione accelerate dalla capacità selettiva degli algoritmi *online*»[219]. Critica quest'ultima che appare un po' troppo drastica (è una regola che vale per tutti? Siamo sicuri che siano i soggetti in quanto tali ad essere disinteressati a chi la pensa diversamente, o che ciò non sia più una percezione dovuta ai meccanismi descritti?), ma che contiene un elemento di verità sulla figura del consumatore-tipo del XXI secolo. A questo proposito, A. Nicita ha coniato l'espressione «mercato delle verità»[220] per descrivere l'attuale panorama informativo nel mondo della rete: più che un libero mercato in cui la merce migliore si imporrà su quella di qualità inferiore, nel mercato delle verità vi sono piuttosto tante isole informative, e ciascuna difende la propria posizione. Difendere una verità richiede molto più vigore che difendere un'idea. A livello economico, più che un'ideale di concorrenza *smithiana* ci troviamo di fronte a una concorrenza

---

216 V. *supra*, par. 4.4.3. Un caso emblematico in tal senso è *Yahoo c. Francia*, che mostra bene peraltro le differenze intercorrenti tra il sistema americano e quello europeo.

217 A. Zanon, *Fake News e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, 4-5

218 M. Gentzkow, J.M. Shapiro, *Competion and truh in the market for news*, in *Journal for economic perspectives*, 2/2008, 133 ss.; Non sono mancate le critiche a una visione che è stata giudicata da taluni troppo ottimistica, specie se calata nel mondo del web. H. Valarian, a lungo *chief economist* di Google, sostenne ad esempio che così come la cattiva moneta spazza via la buona, allo stesso modo la disinformazione spazzerà l'informazione di qualità; cfr. H. Varian, *Markets for information goods*, University of California Press, Berkley, 1998

219 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 190

220 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*

monopolistica, in cui «un certo numero di venditori offre sul mercato beni o prodotti che, pur nati per soddisfare lo stesso bisogno, si presentano in modo differenziato e ricevono una domanda stabile e ripetuta».

La cifra politica e istituzionale in cui si inserisce il mercato delle verità è segnata dall'avvento del populismo, che mostra tutta le sue capacità cangianti e adattive al contesto storico-sociale, e dalla crisi della democrazia rappresentativa. La letteratura in materia, cui si farà più approfondito cenno in seguito[221], è sterminata ed in continua evoluzione. Ogni tipo di contrapposizione di stampo politico tra *élite* e popolo viene ricondotta al fenomeno populista, che, secondo la letteratura prevalente, si afferma più come discorso[222] che come movimento politico storicamente determinato, anche se tali tentativi di classificazione portano con sé il rischio di fondarsi su elementi discorsivi e astratti più che strutturali e sostanziali[223]. Si è dibattuto a lungo – e si sta ancora dibattendo – su quali siano i tratti distintivi del populismo (*cosa* sia), quali siano le diverse tipologie di populismo, e se queste siano riconducibili sotto un'unica categoria (*quali* tipi), e sulla platea cui il fenomeno populista si rivolge (*a chi* fa riferimento). Più esigua e meno esplorata è invece la via di ricerca che provi ad individuare le relazioni causali[224], ovvero quali siano i fattori che stiano alla base del successo del fenomeno populista, da dove tragga forza e origine lo stesso, e verso quali lidi miri ad approdare.

Le nuove istanze – e problematiche – proprie dei mezzi di comunicazione digitali, insieme all'azione politica e istituzionale populista, scuotono le fondamenta della democrazia rappresentativa. Se il populismo è – anche – un discorso, uno stile discorsivo, una forma di mobilitazione politica[225], allora non potrà che influenzare il modo e la qualità di comunicare, e a sua volta esserne influenzato. È in questo contesto che si rinforza la tensione, per certi versi generazionale, tra il cittadino che reagisce e il cittadino che genera contenuti politici (con la problematica che per generarli consapevolmente deve essere correttamente e liberamente informato). Una tale tensione chiama in causa il fondamento stesso della democrazia rappresentativa, da alcuni «sospettata, fin dalle origini, di non essere davvero democratica ma, piuttosto, una sorta di aristocrazia democratica»[226], e di non essere altro che un meccanismo di legittimazione e di affermazione delle «*élite* del talento e della ricchezza»[227].

---

221 V. *infra*, cap. 3

222 Sul populismo come discorso e come approccio retorico, cfr. E. Laclau, *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari, 2005; M. Kazin, *The populist persuasion. An american history*, Cornell University Press, Ithaca, 2017; Sul populismo come struttura ideologica, seppur leggera, cfr. B. Stanley, *The thin ideology of populism*, in *Journal of political ideologies*, 1/2008, 95 ss.; per una ricostruzione complete del fenomeno populista nel contesto italiano, cfr. M. Tarchi, *Italia Populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2018

223 P. Gerbaudo, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Nottetempo edizioni, Milano, 2022, 37

224 P.G. Ardeni, *Le radici del populismo. Disuguaglianze e consenso elettorale in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 59

225 P.G. Ardeni, *Le radici del populismo*, *cit.*, 60

226 I. Diamanti, *Prefazione* in B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, *cit.*, VIII

227 B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, *cit.*

Il populismo è basato su un sistema minoritario, per cui il "vero" popolo si oppone al resto della società[228], che interroga il fondamento del gioco democratico, del proceduralismo maggioritario-minoritario[229] di matrice kelseniana e neokantiana, che vede nel pluralismo delle fonti normative e delle istituzioni democratiche il suo caposaldo irrinunciabile. Tale tensione si intreccia con un nuovo elemento, composto da una duplice pulsione, apparentemente contrapposta: una crescente disintermediazione verticale, che avvicina sensibilmente *leader* e popolo da un lato, ma un'orizzontalità reclamata dall'altro; istanze di verticalizzazione del potere (inverate in spinte presidenzialiste) da un lato e invocazioni di allargamento dei momenti di democrazia, di partecipazione democratica alle decisioni dall'altro[230]. Tenendo presente che l'invocazione di maggiori spazi di democrazia partecipativa, specie in un contesto di prossimità coi *leader* politici, non definisce necessariamente un sistema maggiormente democratico rispetto a quello proprio della democrazia rappresentativa tradizionale. Può ancora la democrazia rappresentativa dare risposte valide? E in particolare, può darle senza che ci siano mutamenti dello stile discorsivo, e senza che sia garantita l'effettiva tutela di una libertà di formazione e manifestazione del pensiero libera da condizionamenti esterni?

---

228 P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 3

229 P. Ciarlo, *Democrazia, cit.*, 2

230 Spesso ci si focalizza solo su una delle questioni, tralasciando la contraddittorietà e la complessità delle diverse spinte in gioco

CAPITOLO II – *Fake news*: tra tentativi definitori e sforzi regolatori

PARTE PRIMA – è possibile definire il concetto di "*fake news*"?

1. Fake news (e infodemia): genesi di termini "virali"

Con l'avvento del digitale, cui sono legate le trasformazioni e le problematiche descritte in tema di diritto dell'informazione[1], è stato coniato il termine "*fake news*", largamente impiegato sia nel linguaggio giuridico (e scientifico in senso lato) che in quello comune[2]. La particolare attenzione dedicata al tema da parte dei costituzionalisti – e dei giuristi in generale[3] – deriva, come spesso accade quando si parla di diritto, da fattori esogeni[4]: alla diffusione su larghissima scala delle nuove tecnologie, hanno fatto seguito un'accentuazione della polarizzazione e un'esacerbazione dei toni del dibattito pubblico che hanno costituito un contesto favorevole per l'utilizzo di notizie false volte a influenzare l'orientamento politico e le scelte degli individui, nonché in certi casi l'operato degli Stati stessi[5]. Tutto ciò ha acceso i riflettori sul tema del falso in rete, tanto da rendere il termine "*fake news*" parola dell'anno nel 2017 secondo il Collins Dictionary[6].

---

[1] V. *supra*, cap I

[2] Il termine è stato eletto parola dell'anno dal Collins Dictonary nel 2017

[3] La letteratura in tema di *fake news* è in costante crescita. Sul punto, si v. C.R. Sunstein, *Liars: Falsehood and free speech in an Age of deception*, Oxford University Press, Oxford, 2021; C.R. Sunstein, *Too much information. Understanding what you don't want to know*, The Mit Press, Cambridge Massaschusetts, London England, 2020; per un inquadramento generale sulle problematiche sottese al tema del falso nel contest italiano ed europeo, cfr. M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Media Laws*, 1/2017; si v. anche l'intero numero monografico della rivista *Federalismi* sul tema, a cura di M. Monti (a cura di), *La disinformazione* online *e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare*, *Federalismi*, 11/2020; F. Pizzetti, Fake news *e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *MediaLaws*, 1/2017, 48 ss.; G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione*, hate speech *e* fake news, Egea, Milano, 2017, e D. Butturini, *Le notizie false su* internet *e il ruolo delle piattaforme digitali*, G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2022, 75-122; L. Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero… in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico.* Fake news*,* hate speech *e profili di responsabilità dei* social network, in *Federalismi*, 26/2021, 1 ss.; sui profili di responsabilità derivanti dalla diffusione di *fake news*, cfr. M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *MediaLaws*, 1/2018, 83 ss.; C. Melzi d'Eril, Fake news *e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *MediaLaws*, 1/2017, 60 ss.; sulle ricadute nel contesto democratico, cfr. E. Lehner, *Fake news e democrazia*, in *MediaLaws*, 1/2019, 93 ss.; G. Suffia, G. Ziccardi, Fake news, *guerra dell'informazione ed equilibri democratici*, in *Federalismi*, 11/2020, 205 ss.; A. Candido, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle* fake news, in *Federalismi*, 20/2020, 105 ss.; sull'utilizzo di *fake news* per finalità politiche in contesti stranieri, specie in Brasile, si v. R.R. Ferreira, *Democracia sequestrada. Como a desinformacao ajudou a eleger Bolsonaro presidente*, Media xxi, Ramada, 2022

[4] M. Bassini, G. E. Vigevani, *Primi appunti*, *cit.*, 13

[5] Sull'influenza del falso in relazione alle scelte dei singoli, cfr., con particolare riferimento al Covid-19, E. Ceccherini, S. Rodriguez, Fake news *e vaccini: le verità nascoste*, in *Federalismi*, 11/2020, 150 ss.; riguardo invece al rapporto tra *fake news* e operato degli Stati, cfr. E. Abrusci, D*isinformazione e diritti umani: lineamenti di un dialogo necessario*, in *Federalismi*, 11/2020, 228 ss.

[6] Nel 2016 la parola dell'anno per l'Oxford English Dictionary era stata "post-verità", a testimoniare l'importanza del tema. Con tale espressione va intesa "una notizia falsa, ma avente una sua specificità sostanziale, consistente

L'urgenza di una riflessione sistematica relativa al fenomeno si evince da diversi documenti internazionali che descrivono quello delle *fake news* come un rischio di portata internazionale, che interessa tutte le crisi globali del XXI secolo. In tal senso, secondo il *Global Risk Report* del 2021, è necessario affrontare in maniera condivisa e strategica la questione, favorendo un «miglior coordinamento tra le compagnie tecnologiche che operano nel settore privato e i governi»[7].

Il *World Economic Forum* del 2013 si è occupato del tema, affermando che il rischio della disinformazione si trova «al centro di una costellazione di rischi tecnologici e geopolitici che vanno dal terrorismo agli attacchi informatici e al fallimento della governance globale. […] L'iperconnettività potrebbe consentire agli "incendi digitali" di provocare il caos nel mondo reale»[8].

In ambito italiano, il decreto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con delega all'informazione e all'editoria del 4 aprile 2020, che ha istituito all'art. 1 l'«Unità di Monitoraggio per il contrasto alla diffusione di *fake news* relative al COVID-19 sul *web* e sui *social network*», afferma la sussistenza di una «impellente necessità di attuare una strategia di contrasto alla diffusione di *fake news* relative al COVID-19, […] realizzando un attento monitoraggio dei contenuti relativi al COVID-19 creati e condivisi nell'ecosistema *web* e *social*»[9].

È stata in modo particolare la pandemia da Covid-19 a porre in evidenza le potenzialità nocive dei mezzi digitali nel veicolare notizie false o tendenziose; quando riguarda temi inerente al diritto alla salute, infatti, la disinformazione rischia di influenzare le azioni che ogni cittadino sceglie o meno di attuare a tutela della salute propria e della collettività. La necessità di regolare la proliferazione di notizie false si è fatta dunque sempre più impellente per i governi e per le organizzazioni sovranazionali, così che, in diversi documenti ufficiali, soprattutto livello europeo[10], si è affiancato al vocabolo "pandemia"[11], il termine "infodemia", come a dire che le conseguenze dannose per la salute dei cittadini siano indirettamente

---

nel fatto di venire spacciata e dichiarata come autentica, in quanto caratterizzata da verosimiglianza», D. Butturini, *Le notizie false*, *cit.*, 76

[7] Studio consultabile *online* su https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2021/

[8] Per l'attività del World Economic Forum, consultare *online* https://www.weforum.org

[9] Consultabile *online* su https://www.informazioneeditoria.gov.it/it/notizie/unita-di-monitoraggio-per-il-contrasto-della-diffusione-di-fake-news-relative-al-covid-19-sul-web-e-sui-social-network-adottato-il-4-aprile-il-decreto-di-istituzione-presso-il-dipartimento/

[10] Si veda, ad esempio, l'apposita sezione approntata dal Consiglio Europeo, consultabile *online* su https://www.consilium.europa.eu

[11] Secondo il Dizionario di medicina Treccani, per "pandemia" va intesa una «epidemia con tendenza a diffondersi ovunque, cioè a invadere rapidamente vastissimi territori e continenti. La parola può dirsi realizzata soltanto in presenza di queste tre condizioni: un organismo altamente virulento, mancanza di immunizzazione specifica nell'uomo e possibilità di trasmissione da uomo a uomo». Per "epidemia" invece si intende la «manifestazione collettiva d'una malattia (colera, influenza ecc.), che rapidamente si diffonde fino a colpire un gran numero di persone in un territorio più o meno vasto in dipendenza da vari fattori, si sviluppa con andamento variabile e si estingue dopo una durata anche variabile».

legate anche a un altro "virus" da non sottovalutare, quello della diffusione di notizie false (in questo caso prevalentemente di carattere – o comunque a sfondo – scientifico)[12].

Tuttavia, seppur il termine "infodemia" sia a sua volta stato eletto come parola dell'anno del 2020, non è ben chiaro quale sia il suo significato specifico. Il mondo scientifico, infatti, è tutt'altro che unanime sulla definizione del vocabolo. Secondo quella fornita dalla *World Health Organization*, «un'infodemia è una sovrabbondanza di informazioni, sia *online* che *offline*. Essa include tentativi deliberati di diffondere informazioni errate per minare le risposte della salute pubblica e dare rilevanza alle agende alternative di gruppi o individui. […] La disinformazione costa vite. Senza la fiducia appropriata e le informazioni corrette, i test diagnostici non vengono utilizzati, le campagne di immunizzazione (o le campagne per promuovere vaccini efficaci) non raggiungono i loro obiettivi e il virus continua a prosperare»[13].

Molteplici studi hanno dimostrato che le notizie false sortiscono maggiore effetto laddove cresce la quantità di informazioni relative a un dato argomento[14]. Questa tendenza, tuttavia, sembra non valere in maniera omogenea. I meccanismi di disinformazione, infatti – e l'ambito scientifico in questo non sembra fare eccezione – fanno presa maggiormente sulle fasce di popolazione economicamente più svantaggiate, che hanno cioè un livello di istruzione e di educazione – e perciò una capacità di elaborare una molteplicità di stimoli – inferiori rispetto alla media[15]. Chi invece è dotato di maggiori strumenti culturali, riuscirà a gestire l'«*overload* di informazioni»[16], se non addirittura a trarne beneficio, giovandosi dei molteplici punti di vista proposti. L'infodemia si presenta dunque come un fenomeno profondamente diseguale: disorienta chi non ha i mezzi culturali – e molto spesso economici – per "destreggiarsi" nella selva di

---

[12] L'infodemia apparirebbe dunque come un fenomeno volatile e cangiante, che riguarda un argomento per lo stretto lasso di tempo in cui attira i *clic* degli utenti; non appena il tema viene superato da un nuovo evento che attrae maggiormente l'attenzione dei consumatori di informazioni, è come se le urgenze, i problemi, i rischi connessi all'argomento in questione non esistano più, poiché la relativa mole informativa è drasticamente diminuita.

[13] WHO – World Health Organization, *Managing the Covid-19 infodemic: Promoting healthy behaviours and mitigating the harm from misinformation and disinformation*, consultabile *online* su https://www.who.int, 2020. Gli studiosi più critici dubitano della possibilità di definire in modo compiuto il concetto. Pur riconoscendo la repentina accelerazione nell'ambito della circolazione delle informazioni, specie nel mondo digitale, la principale critica sollevata nei confronti della suddetta nozione è che sembra semplificare e polarizzare la realtà, individuando implicitamente i media – sia professionali che non – quali unici responsabili della pandemia informativa. In altre parole, ciò che traspare è che esisterebbe una verità scientifica, una certezza oggettiva e appurata (relativamente alla situazione epidemiologica, nonché ai metodi per contenere il contagio, ecc.), che verrebbe però in un certo qual modo messa in discussione dalla distorsione informativa di cui i media sarebbero gli unici responsabili; quasi a suggerire una contrapposizione implicita tra scienza – oggettiva, certa e monolitica – e informazione – mistificatrice, frastagliata e inaccurate. Si v. sul punto G. Gobo, L. Serafini, E. Campo, A. Caserini, *Covid-19 e fiducia negli scienziati. Uno studio pilota sui lettori di due giornali online*, in *Comunicazione Politica*, 1/2022, 19-21

[14] Cfr., *inter alios*, M. Balmas, *When fake news becomes real: Combined exposure to multiple news sources and political attitudes of inefficacy, alienation, and cynicism*, in *Communication Research*, 41 (3)/2014, 430-454

[15] A. Valeriani, L. Iannelli, E. Pavan, D. Serani, *Chi si fida del vaccino anti-Covid? Infodemia, percezione di «information overload» sui social media e polarizzazione ideologica*, in *Comunicazione Politica*, 3/2021, 439-440

[16] Sull'«*information overload*» cfr. G. Ruffo, M. Tambuscio, *Capire la diffusione della disinformazione e come contrastarla*, in *Federalismi*, 11/2020, 73 ss.

notizie, mentre permette a chi questi mezzi li ha di formarsi opinioni quanto più possibile complete e informate.

I fattori descritti hanno contribuito all'attribuzione di una rinnovata centralità nella riflessione giuridica al tema del falso, il quale, a ben vedere, racchiude in sé diverse problematiche che intercettano le grandi sfide delle democrazie occidentali: dai limiti che possano apporsi – qualora si ritiene che se ne possano apporre – all'esercizio della libertà di espressione, a fin dove possa spingersi il ruolo dei poteri privati nella regolamentazione di un diritto fondamentale come quello in questione; da quale sia il margine di intervento dei poteri pubblici a riguardo[17], alla necessità – e opportunità – di realizzare qualche forma di collaborazione tra le parti in causa. In altre parole, la questione generale è quella di capire, qualora voglia limitarsi la circolazione di notizie false, quale sia il soggetto – o i soggetti – a ciò preposto, e in che termini possa compiere una tale operazione. A ciò è legata preliminarmente l'adesione o meno alla metafora che paragona il mondo dell'informazione al *free marketplace of ideas*, domandandosi pertanto se tale libero mercato possa essere forzato o limitato[18]. Relativamente al falso messo in circolazione con finalità squisitamente politico-elettorali, viene altresì messa in discussione la libertà nella formazione del consenso elettorale e nell'esercizio del diritto di voto, «libero» ai sensi dell'art. 48 Cost.[19].

Ciò dimostra, insieme alla tematica relativa al falso nell'ambito dell'informazione scientifica, come la libertà di informazione sia un diritto "complesso"[20], che interseca anche il tema dell'uguaglianza oltre a quello della libertà, e si ritiene lo faccia sotto due profili, di cui si dirà: in primo luogo dal punto di vista dei fruitori delle informazioni, in alcuni casi impreparati ad elaborare una così ampia mole di informazioni; in secondo luogo, da un punto di vista "interno" al pluralismo stesso; le notizie, infatti, attengono ad ambiti differenti (come si è visto, a mo' di esempio, quello politico, quello scientifico, e così via), e

---

[17] Cfr. S. Foà, *Pubblici poteri e contrasto alle* fake news. *Verso l'effettività dei diritti aletici?*, in *Federalismi*, 11/2020, 248 ss.; il tema del margine di intervento di pubblici poteri nei confronti delle piattaforme private intercetta il tema del confitto tra Stato ed economia. Come si vedrà, non manca chi ha ipotizzato un cd. "costituzionalismo privato" (per una riflessione sul tema, si rinvia a M. Fioravanti, *Costituzionalismo senza Stato? La democrazia oltre il pubblico e il privato*, in *Diritti Comparati*, 11 febbraio 2013, e C. Pinelli, *Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Economia Pubblica*, 1/2023, 115 ss.), basato sulla *lex mercatoria*. Tale strumento è stato definito «il più riuscito esempio di diritto privato senza Stato" da G. Teubner, *La «Bukowina globale». Il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2/1999, 49. Per la storia della *lex mercatoria*, strumento che si affermò nel contesto medievale, si rinvia a F. Galgano, Lex mercatoria. *Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993. Sul tema del rapporto tra *lex mercatoria* e *lex publica* si rinvia a G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, Roma-Bari, 2021, e, sulla giuridicità della regolamentazione privata, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998

[18] Se ne parlerà *infra*, cap. III

[19] L'art. 48 Cost. recita che il voto è «personale ed eguale, libero e segreto». Sul tema della "libertà" del voto e del diritto di voto in generale, si rinvia a F. Lanchester, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 46, Giuffré, Milano, 1989, 1112 ss. (in partic., 1127); G. Pasquino, *Artt. 48-52*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti politici*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, 2 ss.; E. Grosso, *Art. 48*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, 962 (in partic. 971)

[20] M. Walzer, Sfere di giustizia, Laterza, Roma-Bari, 2008 (ed. originale 1983), delinea il concetto di uguaglianza complessa, di cui si dirà più estesamente nel cap. 3. Basti affermare, intanto, che per uguaglianza complessa è da intendersi l'assunto per cui «Nessun bene sociale X deve essere distribuito a uomini e donne che possiedano un altro bene Y solo perché possiedono Y e senza considerare il significato di X» (31), prevedendo pertanto diversi principi distributivi dei beni (materiali e immateriali), differenti in base alla natura stessa del bene

ciascuna tematica solleva delle problematiche peculiari e differenti, e richiede pertanto di essere regolata secondo principi differenti, sulla base del principio di ragionevolezza[21], o meglio, come si vedrà, della cosiddetta uguaglianza complessa[22]. In altre parole, in alcuni campi potrebbe lasciarsi "campo libero" al libero mercato delle idee, in altri potrebbe invece sembrare utile o necessario "temperarlo"[23].

2. Un fatto nuovo o un fatto antico?

Il faticoso dibattito che si è sviluppato attorno al tema delle *fake news* solleva una questione preliminare ineludibile per inquadrare dal punto di vista giuridico il fenomeno: si tratta di un fatto nuovo, cioè mai verificatosi prima d'ora, o di un fatto antico, che porta però con sé elementi di novità dovuti all'entità e alla diffusione del fenomeno stesso?

Detto altrimenti, c'è da chiedersi se il fenomeno delle *fake news* richieda l'elaborazione di nuove categorie giuridiche, non potendosi affrontare con quelle esistenti il carattere di novità del fatto, o se il medesimo possa essere invece ricondotto a categorie tradizionalmente esistenti[24].

Alcuni dati di contesto relativi alla portata della questione possono essere utili per rispondere all'interrogativo. Il fenomeno delle *fake news* ha una potenzialità di diffusione e dunque di influenza sul tessuto sociale senza precedenti: secondo il *Massachussets Institute of Technology*, le notizie false hanno il 70% di probabilità in più di essere condivise dagli utenti rispetto alle notizie vere[25]. Tale pervasività rende la circolazione del falso sulla rete "un'arma" con effetti parecchio significativi[26].

Un altro elemento di novità, riportato anche dai citati documenti internazionali[27], riguarda le conseguenze politiche che la diffusione di contenuti di disinformazione su scala mondiale e con una tale velocità di

---

[21] Sul principio di ragionevolezza la letteratura scientifica è sterminata; si rinvia, per tutti, a A.S. Agrò, *Art. 3 co. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, *cit.*, 133 ss.; sul rapporto tra principio di ragionevolezza e uguaglianza sostanziale, si rinvia a A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 2022, e, in ambito europeo, M. Losana, *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione Europea: modelli di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia*, Jovene, Napoli, 2010

[22] Categoria proposta da M. Walzer, *Sfere di giustizia*, Laterza, Roma-Bari, 2008; v. infra, cap. III, par. 3.1

[23] V. *infra*, cap. 3

[24] L'interrogativo riguarda sempre la necessità o meno dello Stato nel contesto digitale. Rifacendosi alla centralità del ruolo dei pubblici poteri in relazione all'utilizzo di categorie giuridiche esistenti, appare azzeccata l'espressione «dagli Stati si parte e agli Stati si ritorna», in N. Irti, *Norma e luoghi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 158

[25] In particolare, si tratta di notizie *ritwittate*, in quanto lo studio, consultabile su Agi.it, fa riferimento alla piattaforma Twitter. Sulla portata diffusiva del falso per mezzo dei nuovi mezzi di comunicazione, si rinvia a G. Riva, Fake news. *Vivere e sopravvivere in un mondo di post-verità,* Il Mulino, Bologna, 2018, 8. Nel 2017 in Italia erano attivi almeno novanta siti che creavano e diffondevano esclusivamente *fake news*, che spesso altro non sono che distorsioni o alterazioni di fatti veri, presentati in modo tale da sostenere una posizione pregiudiziale. Nel 2018 tali siti producevano ciascuno in media circa 600 *fake news* al giorno, ed ognuna veniva condivisa da circa 350 utenti. I numeri, ad oggi, sono diminuiti, come riportato dallo stesso G. Riva, Fake news, 8 ss.

[26] Secondo la metafora utilizzata da C. O'Neil, *Weapons of math's destruction. How big data increases inequality and threatens democracy,* Penguin, New York, 2016

[27] V. *supra*, cap. II, par. 1

propagazione può comportare. Una democrazia liberale che gode di un buono stato di salute non può fare a meno di una sfera pubblica in cui possa dispiegarsi un dibattito razionale e informato, grazie a cui i cittadini possano prendere posizione in modo libero e ragionevole sulle decisioni politiche, e sulla base di tali convincimenti esprimere le loro preferenze elettorali quando chiamati a farlo[28]. Per adempiere a questa responsabilità politica[29], i cittadini devono avere accesso a un'informazione affidabile[30], che non venga cioè artatamente manipolata dall'esterno: «prima conoscere, poi discutere, poi deliberare»[31]. I recenti avvenimenti di manipolazione a fini politici delle *fake news* verificatesi negli Stati Uniti, col caso *Cambridge Analytica*[32], in Gran Bretagna, con riferimento al referendum per avviare la procedura di recesso dall'Unione Europea ex art. 50 TUE del 2016 (noto come "*Brexit*"), e in Brasile in occasione delle elezioni del 2018[33], hanno dimostrato come il fenomeno abbia una portata per certi versi inedita: le false informazioni preparate e diffuse ad arte – da privati, o in alcuni casi anche da Stati stessi[34] – sono in grado di raggiungere uno specifico fine politico, influenzando i risultati elettorali di diversi Paesi.

D'altro canto, non può però farsi a meno di considerare che la diffusione di notizie false, anche tra organizzazioni politico-istituzionali differenti al fine di trarne vantaggio, è un fenomeno che da secoli fa parte della storia dell'uomo. Uno dei primi esempi storicamente accertati di disinformazione risale alla falsa lettera inviata dallo spartano Pausania a Serse, re di Persia, del quarto secolo d.C., contenente una falsa promessa che costò la vita allo stesso Pausania[35], anche se va fatto notare che l'accostamento di tale esempio al fenomeno contemporaneo delle *fake news* solleva qualche dubbio: la fattispecie sembra più una bugia contenuta in una comunicazione privata, seppur tra un funzionario e un re, riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 15 Cost., che all'art. 21 Cost., che una "bufala" diffusa su larga scala.

In questo senso, più adeguati sembrano gli esempi storici di notizie false fatte circolare per colpire la reputazione dei propri rivali agli occhi della pubblica opinione, o comunque per influenzarne il

---

[28] C. D. Novaes, J. De Ridder, *Is Fake News Old News?*, in S. Bernecker, A. K. Flowerree, T. Grundmann (a cura di), *The epistemology of fake news*, Oxford University Press, Oxford, 2021, 156

[29] Il diritto di voto è definito dalla Costituzione all'art. 48 come «dovere civico». Sul punto si rinvia a E. Grosso, Art. 48, cit., e ai relativi lavori in Assemblea costituente circa la prescrittività del diritto/dovere di voto, consultabile *online* su https://www.nascitacostituzione.it/02p1/04t4/048/index.htm#:~:text=Sono%20elettori%20tutti%20i%20cittadini,suo%20esercizio%20è%20dovere%20civico.

[30] Il termine inglese utilizzato dagli Autori è "*reliable*", cui sinonimo è "*honest*", ovvero "credibile", "onesto"

[31] L. Einaudi, *Prediche inutili*, Einaudi, Torino, 1997 (prima ed. 1955). Si rinvia anche a L. Einaudi, *Lezioni di politica sociale*, Einaudi, Torino, 1977 (prima ed. 1949; si tratta di lezioni tenutesi nel 1944 in Svizzera, durante il Secondo conflitto mondiale)

[32] V. *supra*, cap. I

[33] Sulle elezioni brasiliane del 2018, cfr. M. Losano, *La libertà d'insegnamento in Brasile e l'elezione del Presidente Bolsonaro*, Mimesis, Milano 2019; *id.*, *Bolsonaro mette il bavaglio agli insegnanti*, in *Micromega*, 2/2019, 273-28; *id.*, *L'università del Brasile tra la costituzione del 1988 e il nuovo corso di Bolsonaro*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 211-241; R.R. Ferreira, *Democracia sequestrada*, *cit.*

[34] Come nel caso del "*Russiagate*". Si rinvia, a riguardo, a O. Boyd-Barrett, *Russiagate and propaganda. Disinformation in the age of social media,* Routledge, Londra, 2019, e, in ambito europeo, a A. Di Gregorio, *La Russia e le elezioni europee*, in *Federalismi*, 1/2019, 2 ss.

[35] L. Canfora, *La storia falsa*, Laterza, Roma-Bari, 2008

comportamento. Ciò avvenne nel caso delle false notizie messe in circolo da Cicerone nel 43 a.C. al fine di evitare un accordo tra Antonio e Bruto, con l'esito dello scoppio della guerra civile, o, per citare esempi appartenente a tutt'altra epoca storica, nel caso del "*Great Moon Hoax*"[36] del 1835 o in quello della manomissione del testamento di Lenin, di pubblico dominio, da parte di Stalin, per dare giustificazione alla propria permanenza al potere[37].

Ciò che conta rilevare, in questa sede, è il fatto che la diffusione di notizie false volte a influenzare le opinioni dei cittadini, nonché le azioni del decisore politico, è un fenomeno con radici profonde.

Inoltre, in tempi non sospetti, ovvero quando il *web* era ancora agli albori della sua diffusione, all'epoca dei *modem 56kpbs*, erano già in circolazione dei meccanismi di "difesa" dalle notizie false, consistenti in "servizi antibufale"[38], che contrastavano il fenomeno della circolazione di falsità o di pubblicità ingannevole, al tempo messa in circolo principalmente a mezzo posta elettronica, a testimonianza di come il fenomeno della circolazione di *fake news* sembrerebbe precedere ed esistere a prescindere dall'utilizzo su larga scala del digitale.

Dal punto di vista della psicologia sociale, che inquadra il fenomeno dentro l'ampio quadro teorico delle reti sociali e della costruzione dell'identità sociale[39], non manca chi ha definito le *fake news* come un fatto totalmente nuovo[40], e non come un diverso modo di manifestarsi di un fenomeno noto. Ciò essenzialmente per due motivi: *in primis*, in quanto le notizie false non solo sono capaci di ingenerare una falsa percezione della realtà nel lettore, ma «sono anche in grado di influenzarlo fino al punto di spingerlo a condividerle in maniera spontanea e partecipata», ovvero a farsi propagatore, "condivisore"[41] della notizia letta; in secondo luogo, poiché, come si è già avuto modo di far notare[42], la «velocità e il coinvolgimento» con cui il fenomeno impatta sui gruppi sociali e sui singoli individui non si sono «mai visti prima nella storia della disinformazione»[43]. Ciò farebbe propendere per la configurabilità di un fatto non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente diverso rispetto al passato[44], poiché il dato quantitativo mai visto prima ha cambiato anche la qualità del fenomeno stesso, modificando la stessa "struttura" dell'uomo, che è stato, forse anche provocatoriamente, definito da alcuni studiosi «*inforg*»,

---

36 O. Pollicino, *General report*, in O. Pollicino, *Freedom of Speech and the Regulation of Fake News*, Intersentia, Forthcoming, 2023

37 G. Riva, Fake news, *cit.*, 17; altri esempi degni di nota sono ripotarti in T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 444-445

38 M. Bassini, G. Enea Vigevani, *Primi appunti*, *cit.*, 17, seppur in tal caso si tratta di "bufale" che circolano sottoforma di messaggistica privata, come nel caso dello "*spam*" che tuttora circola via *mail*

39 G. Riva, *Fake news*, *cit.*, 10

40 *Ibidem*, 15

41 Da "*share*", "condividere". Sul senso e sulla portata dell'espressione nell'ambito dei *social media*, cfr. A.S. Kumpel, V. Karnowski, T. Keyling, *News sharing in social media: a review of current research on sharing users, content and networks*, in Sage Journal, 2015

42 V. *supra*

43 G. Riva, *Fake news*, *cit.*, 15

44 T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 446

ovvero un "organismo di informazione", un "consumatore di informazioni"[45] che si nutre a base delle stesse, vivendo in un "ecosistema invaso" dalle notizie.

Da un punto di vista giuridico, non manca in dottrina chi ritiene parimenti che le *fake news* costituiscano un fenomeno «del tutto nuovo»[46], essenzialmente per via della commistione tra autori e fruitori di notizie. È curioso notare come le motivazioni che tale dottrina minoritaria adduce per giustificare la classificazione in questi termini del fenomeno siano pressoché le medesime per cui la dottrina maggioritaria sostiene invece la tesi opposta (ovvero che le *fake news* siano fondamentalmente un fatto noto, e pertanto riconducibile a categorie giuridiche già esistenti, che si manifesta però con una portata inedita e spropositata).

Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, quello del falso informativo è un problema sempre esistito[47], e non certo una novità[48]. La disinformazione non è un prodotto dell'era digitale[49], bensì ha storicamente interessato la società umana. Tuttavia, le modalità con cui il fenomeno si manifesta fanno sorgere nuove questioni cruciali per il diritto costituzionale, che sono legate proprio ai rischi pocanzi delineati, e alla portata del fenomeno.

A ben vedere, diversi studi hanno fatto notare come la diffusione di una notizia falsa, per essere efficace su larga scala, attraendo l'interesse dei possibili lettori, debba avere determinate caratteristiche, che consistono nella rilevanza e nella popolarità dell'argomento, nella ripetizione dello stesso, nella fiducia nella fonte, in una certa ambiguità o comunque capacità di attirare l'interesse della notizia e nella concordanza della stessa con opinioni e credenze personali[50]. Il fenomeno digitale non farebbe altro che amplificare talune di queste caratteristiche, e così si spiegherebbe il suo successo diffusivo[51]. Due elementi in particolare comportano una tale amplificazione: la sempre più limitata capacità di attenzione informativa degli utenti, insufficiente rispetto alla mole di informazioni cui sono sottoposti[52], unitamente al fatto che gli utenti stessi sono ormai non solo "consumatori" – o meglio, lettori –, ma anche "produttori" – "condivisori" e in certi casi "autori/editori" – di notizie (*prosumers*, come si è detto[53]).

---

45 T. Piazza, M. Croce, *Che cosa sono le* fake news, Carocci, Roma, 2022, 8

46 M. Cavino*, Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica*, in *Federalismi*, 11/2020, 35, che nota come tutti i tentativi definitori dell'espressione lascino insoddisfatti, e prende le mosse, in relazione al rapporto tra informazione e verità, da E. Dieni, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Milano, 2004, 33 ss.

47 M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti*, cit., 16 ss.; sulla stessa linea anche D. Butturini, *Le notizie false, cit.*; L. Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero, cit.*; C. Melzi d'Eril, Fake news *e responsabilità, cit.*

48 C. Melzi d'Eril, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *Media Laws*, 63. Anche il testo introduttivo al Senato del DDL n. 2688 del 2017 (cd. "Gambaro"), di cui si dirà *infra*, ap. III, par. 7,afferma che «le notizie false, o *fake news* o bufale, ci sono sempre state»

49 O. Pollicino, *General Report*, *cit.*, 1

50 G.W. Allport, L. Postman, The psychology of rumor, New World Publisher, Oxford, 2022 (prima ed. 1947); N. Di Fonso, P. Bordia, *Rumor psychology: social and organizational approaches*, Amer Psychoogical Assn, Washington, 2006

51 G. Ruffo, M. Tambuscio, *Capire la diffusione della disinformazione*, *cit.*, 74

52 *Ibidem*, 74-75

53 V. *supra,* cap. I, par. 3

Questo è perciò il vero elemento di novità, su cui la dottrina si esprime in maniera unitaria: la commistione tra lettori e autori di notizie, che sfoca il confine tra informazione professionale e non, o comunque lo rende di non immediata individuazione.

La differenza sta proprio nel fatto che secondo la dottrina minoritaria questa novità è tale da comportare la necessità di ricorrere a nuove categorie giuridiche al fine di inquadrare e regolare correttamente il fenomeno (che costituirebbe appunto un fatto nuovo), mentre secondo la corrente maggioritaria il medesimo elemento di novità non necessita una modificazione sostanziale del concetto di "falso" come tradizionalmente inteso: il fatto in sé resta il medesimo, ma si esprime con modalità diverse, senz'altro più pervasive[54].

In effetti, da un punto di vista epistemologico, prendendo in esame le tre caratteristiche salienti della diffusione delle notizie false, consistenti in *(i)* contenuto, *(ii)* proliferazione/finalità e *(iii)* distribuzione, l'unico elemento di novità delle *fake news* si ravvisa in quest'ultima, mentre le altre due caratteristiche sono sovrapponibili ai casi di falso analogico o di falso in generale. Il vero elemento nuovo sta nei meccanismi di produzione, distribuzione e "*consumption*" delle notizie[55].

La prospettiva che si intende adottare è quella per cui le *fake news* costituiscono un fatto noto, che si manifesta in un contesto nuovo e con specifici elementi di novità. Seppur è vero che dal punto di vista della psicologia sociale il fenomeno potrebbe intendersi come inedito, si ritiene tuttavia che dal punto di vista giuridico la disinformazione nel digitale possa ricondursi a categorie già esistenti, da adattare alle peculiarità del contesto digitale.

In tal senso, la prospettiva adottata intende studiare il fenomeno servendosi degli elementi propri del costituzionalismo, rifuggendo dalla necessità di ricorrere a un costituzionalismo digitale[56] che incida sulle

---

54 S. Bernecker, A.K. Flowerree, T. Grundmann, *The Epistemology of Fake news*, Oxford University Press, Oxford, 2021, 167, aderendo a una specifica categoria e definizione di *fake news*, ovvero quella relativa al falso manipolativo volto a influenzare la formazione del consenso dei cittadini, «*fake news isn't new*»

55 S. Bernecker, A.K. Flowerree, T. Grundmann, *The Epistemology*, *cit.*, 168

56 Secondo M. Betzu, *I baroni del digitale*, *cit.*, 24-26, non può dirsi che alla difficoltà degli Stati nel regolare il cyberspazio corrisponda un'eclissi dei poteri pubblici, col conseguente "asservimento" alle regole stabilite dai privati: «Se è vero, infatti, che sussiste un'evidente difficoltà degli Stati-nazione a governare singolarmente le dinamiche delle attività che si svolgono in rete, non bisogna però dimenticare che le caratteristiche assunte oggi dal mondo digitale, più che un mero fatto, sono – anche – l'esito dell'applicazione di normativi nazionali (soprattutto statunitensi) e internazionali». Non tenere in considerazione tale dato, e soccombere pertanto all'idea della necessità di un nuovo costituzionalismo digitale, che si affranca dal costituzionalismo tradizionale degli Stati, «si rischia di perdere di vista la complessità del fenomeno e non si tiene nel debito conto il ruolo di primissimo piano svolto dalle istituzioni statali nel prevedere e mantenere una architettura della rete nella quale le *tech companies* hanno potuto prosperare». Si v. sul punto anche P. Ciarlo, *Un'idea sbagliata: la fine dello Stato*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti *(a cura di), Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale. Torino, 27-29 ottobre 2011*, 2014, 377 ss., e C. Napoli, *Territorio, globalizzazione, spazi virtuali (Relazione al convegno del Gruppo di Pisa "Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, Genova 18-19 giugno 2021*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 2016.

La pandemia da Covid-19, la crisi climatica e il conflitto russo in Ucraina col conseguente aumento dei prezzi delle materie prime e dell'inflazione, hanno recentemente mostrato, in senso più ampio, come dello Stato non possa farsi a meno per garantire i diritti fondamentali. Si v. in tal senso P. Gerbaudo, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Nottetempo, Milano, 2022

fondamenta delle Costituzioni del dopoguerra. Non ci si inserisce pertanto nella prospettiva di un costituzionalismo societario[57], né in quella che vuole adattare i valori del costituzionalismo alla società digitale, liberandolo dai vincoli statali.

Pertanto, si tratta di capire come le novità portate dall'evoluzione digitale abbiano impattato sul fenomeno sempre esistito della disinformazione[58], secondo le categorie tradizionali del costituzionalismo. Quello delle *fake news* è, secondo quanto detto, un fenomeno che comunque presenta dei tratti di novità, o quantomeno delle particolarità che hanno portato a una riflessione profonda – e ancora aperta – sul piano definitorio.

3. È possibile distinguere fatti e opinioni?

Nel 2009 il filosofo torinese G. Vattimo rivolgeva un eloquente «addio alla verità»[59]: sarebbe sempre più evidente, secondo la sua lettura, «che "i media mentono", che tutto diventa un gioco di interpretazioni non disinteressate e non necessariamente false»[60]. Non sarebbe più possibile, riprendendo il noto aforisma nicciano, distinguere tra fatti e opinioni: «non ci sono fatti, solo interpretazioni»[61]. Un allievo dello stesso Vattimo, il filosofo M. Ferraris, ha brillantemente – e sarcasticamente – messo in discussione tale posizione, facendo notare come sostituendo una sola lettera al suddetto aforisma si finirebbe per sostenere una posizione paradossale: «non ci sono gatti, solo interpretazioni»[62]. Il rischio sarebbe quello «di svuotare qualunque argomento e di trasformare il pensiero in una mascherata»[63], oltrepassando qualunque principio di realtà.

Il rapporto tra verità e diritto è tradizionalmente complesso e problematico. Può essere utile, in chiave introduttiva, operare una preliminare distinzione, tra verità "esterna" e verità "interna" al diritto[64]:

i) Per verità come oggetto "esterno" al diritto si intende la veridicità di tutti quei fatti e atti che le norme giuridiche disciplinano, e che più in generale l'ordinamento giuridico tratta come elemento formalmente esterno ad esso; nel caso delle *fake news*, ad esempio, la verità come oggetto esterno riguarda la corrispondenza o meno al vero dei fatti oggetto delle notizie;

---

57 G. Teubner, *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2014

58 O. Pollicino, *General Report*, *cit.*, 11

59 G. Vattimo, *Addio alla verità*, Meltemi, Roma, 2009

60 *Ibidem*, 9

61 F. Nietzsche, *Al di là del bene del male*, Adelphi, Milano, 1977 (originariamente in *Su verità e menzogna in senso extramorale* del 1873)

62 M. Ferraris, *Spettri di Nietzsche. Un'avventura umana e intellettuale che anticipa le catastrofi del Novecento*, Guanda, Parma, 2014, 92

63 M. Ferraris, *Risposte ai miei critici*, in *Rivista di estetica*, 50/2012, 391 ss.

64 C. Magnani, *Finché ci sono* fake news *c'è speranza. Libertà di espressione, democrazia, nuovi media*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, 25; ciò che sembra essere venuto meno nella cd. "postmodernità" è il concetto moderno di verità, ovvero di «quella nozione di verità come corrispondenza dalla parola alla cosa, o del rispecchiamento della realtà nella proposizione» (*ibidem*, 29, che riprende la lettura di D. Patterson, *Diritto e verità*, Giuffré, Milano, 2010, 248

ii) Il concetto di verità tuttavia solleva delle pretese per certi versi intrinseche al mondo del diritto – cui in questa sede si fa soltanto un cenno –, per cui la giuridicità stessa vede nella verità il proprio presupposto generativo. In tal senso, il diritto moderno sorge però con una cesura rispetto ad ogni verità teologica o assoluta, fondandosi invece sul rispetto del pluralismo e sulla primazia del libero confronto[65]. Da un lato, dunque, lo Stato non è più il detentore della verità: *auctoritas non veritas facit legem*[66], il rapporto tra verità e diritto è interrotto e il dover essere sociale e civile non è tenuto obbligatoriamente a rispecchiare il contenuto della norma giuridica[67]. Dall'altro, tuttavia, il diritto porta con sé delle pretese aletiche, e ciò trova il più evidente luogo di espressione nella Costituzione: «in quanto la Costituzione appare quale un possibile (anzi: a pare nostro, l'unico vero) ordine giuridico del regime politico democratico, allora essa è – diciamo subito senza mezzi termini – una sorta di "surrogato", laico e relativo, della più generale idea di verità metafisica, o – se si preferisce – una "razionalizzazione" giuridica dell'insopprimibile bisogno di delimitare "aleticamente" l'astratto principio di sovranità popolare»[68]. Il diritto costituzionale si situa dunque nel cuore di una tensione apparentemente paradossale: individua un'idea di verità politica, sociale e per certi versi antropologica quale finalità stessa dello Stato costituzionale, verso cui però può tendersi solo all'interno di un quadro aperto al dubbio, di inesauribile ricerca "laica" e plurale[69].

---

65 Si vedano in tema di cesura tra diritto e verità C. Schmitt, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazion*i, in *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972, e E.W. Bockenforde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006

66 La formula è, secondo R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in *Rivista AIC*, 2007, 2, il «manifesto del positivismo giuridico»

67 Secondo N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza., Roma-Bari, 2004, spec. 27, questo passaggio segnerebbe la nascita del nichilismo giuridico

68 A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffré, Milano, 1994 123; la cultura costituzionalistica, pur nell'epoca dei cd. "postvalori", non ha comunque rinunciato a tentare di individuare dei valori cui ancorare il fondamento del giuridico. Si rinvia in questo senso a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; I. Massa Pinto, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, spec. 26; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?,* Laterza, Roma-Bari, 2013; M. Barberis, *Statuto costituzionale*, Mucchi, Modena, 2012

69 Secondo P. Haberle, *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2000, 88, la libertà di manifestazione del pensiero, unitamente alla libertà di scienza, arte e religioni sarebbero i presidi fondamentali per tendere verso la "verità" quale funzione per certi versi "esistenziale" dello Stato costituzionale. Più scettica verso un'idea univoca di verità è la corrente di pensiero che intende la democrazia non tanto come applicazione di un metodo deliberativo che tende alla verità quanto come conflitto tra parti sociale contrapposte, portatrici di diversi interessi e dunque di diverse – e per certi versi antitetiche – concezioni di verità; cfr. in tal senso, per tutti, H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia (1920)*, in H. Kelsen, *La Democrazia*, Bologna, 1998, 68; in questo senso l'autore praghese all'interno della sua teoria della democrazia prova a superare il conflitto tra diritto e verità distinguendo (ma fino a che punto è possibile farlo?) tra trattazione scientifica del diritto e dialettica politica; v. altresì *infra*, cap. conclusivo, nota n. 32

Del rapporto tra diritto e verità in termini intrinseci al diritto si tratterà nel capitolo conclusivo[70]. Al momento ci si concentrerà più sulla verità come oggetto "esterno", precondizione insuperabile per tentare di definire il concetto di *fake news*.

In riferimento alla verità "esterna" al diritto, nel 2017 il Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cd. "*antitrust*") ha inequivocabilmente affermato che è possibile realizzare una distinzione tra fatti e opinioni[71]. Tale affermazione sintetizza una posizione chiara derivante dall'accennato antico dibattito filosofico – forse mai completamente e univocamente risolvibile – su cosa si intenda per "verità" all'interno di un ordinamento giuridico[72], nonché sulla misura in cui i pubblici poteri possano perseguirne l'affermazione.

L'ampia riflessione sul tema testimonia come ci si trovi su un terreno scivoloso, su cui si tornerà più approfonditamente: quando si parla di "verità" in tema di libertà di manifestazione del pensiero il rischio è quello di far riferimento a una certa ingerenza dei poteri dello Stato, che richiama sinistramente allo Stato etico, o comunque all'istituzione di un'Autorità pubblica per la verità[73].

Un punto di partenza in questo senso consiste nel cercare di comprendere cosa si intende per "fatto" nel contesto del diritto dell'informazione, ai fini della distinzione dal concetto di "opinione", tentando di fornirne quantomeno una definizione minima, che circoscriva ulteriormente l'ambito di intervento quando si tratta di contrasto alla diffusione di notizie false (ammesso che sia univocamente possibile tracciare una linea di demarcazione, seppur minima e labile, tra i due concetti).

In termini generali, per "fatto" si intende «ciò che ha consistenza vera e reale, in opposizione a ciò che non è concreto, tangibile, sicuro»[74]. I fatti, tuttavia, non restano i medesimi per sempre, e dunque un fatto può essere smentito da un ulteriore fatto, che rende così il precedente non più vero[75].

Ora, i fatti possono essere definiti come tali per mezzo di due canali: l'osservazione diretta e la comunicazione da parte di altre persone[76]. Tuttavia, il *web* ha introdotto la possibilità di fornire una rappresentazione digitale dei fenomeni tangibili, che è diversa dalla rappresentazione analogica, in quanto rappresenta un dato "fatto" in maniera discontinua[77]. Ciò fornisce la possibilità di produrre contenuti

---

70 V. *infra*, cap. conclusivo

71 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere*, *cit.*, e *Id.*, *Intervista al* Financial Times, 30 dicembre 2016

72Cfr. sul punto I. Bignardi, *Che cos'è la verità nell'informazione? Limiti e aneddoti sul giornalismo culturale*, in *Problemi dell'informazione*, 2-3/2001, 213 ss.; D. Gallo, *Informazione e verità. Far conoscere per riconoscere*, Vlator, Milano, 2012; F. D'Agostini, I. Gronchi, *Filosofia, verità e democrazia*, in *Federalismi*, 11/2020, 1 ss.; C. Pinelli, *"Postverità", verità, e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws*, 4/2019

73 N. Zanon, Fake news *e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 1/2018

74 Voce "fatto" del vocabolario Treccani, consultabile *online* su https://www.treccani.it/vocabolario/fatto2/#:~:text=3.,sicuro%3A%20molte%20volte%20al%20f.; G. Riva, *Fake news*, *cit.*, 52

75 *Ibidem*, 52

76 M. Ferraris, *Postverità e altri enigmi*, Il Mulino, Bologna, 2018

77 G. Riva, Fake news, *cit.*, 126-127

multimediali falsi, sia tramite l'alterazione di immagini reali (con l'utilizzo di programmi alla stregua di Photoshop) che tramite la creazione di immagini false *tout court*. Ciò è reso possibile da due fattori: l'ormai incalcolabile patrimonio di dati in mano alle società digitali, frutto di un costante e raffinato lavoro di raccolte e profilazione durante gli anni *(i)*, e il sempre più affinato meccanismo di *machine learning* nell'ambito dell'IA *(ii)*, che rendono la propagazione di immagini falsi difficilmente neutralizzabile[78].

Le problematiche relative al mondo digitale derivano dal fatto che i meccanismi di funzionamento del *web* (ovvero i fenomeni precedentemente descritti)[79], unitamente alle nuove e sempre più sofisticate modalità di rappresentazione del falso, hanno attenuato il «senso della realtà oggettiva»[80], rendendo più sottile la linea di confine tra rappresentazione veritiera e rappresentazione digitale di un fatto.

Nell'ordinamento giuridico, la "verità" di un fatto opera quale limite alla libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito diritto di cronaca esercitato dai giornalisti professionisti. Furono due sentenze della Corte di Cassazione, risalenti al 1984[81], che fissarono il cd. "decalogo dei giornalisti", e stabilirono che il diritto di cronaca – oltre all'utilità sociale e all'interesse pubblico cui l'informazione professionale deve rifarsi, nonché alla forma civile in cui la stessa deve essere esposta[82] – deve altresì riferirsi necessariamente alla "verità oggettiva" dei fatti, o comunque a una verità putativa, ovvero sorretta da fonti adeguate[83]. Allo stesso modo, la verità dei fatti agisce da parametro ai fini dell'accertamento di responsabilità nei casi di *exceptio veritatis* (art. 596 c.p.) in relazione al reato di diffamazione (art. 595 c.p.)[84].

In linea generale, dunque, lo Stato democratico si trova in una situazione per certi versi paradossale: si guarda bene dal definire cosa sia la verità (prerogativa propria dello "Stato etico"), ma è tenuto a reprimere il falso, o meglio quel falso che colpisce beni costituzionalmente protetti e mina l'ordine democratico[85]. Una tale operazione risulta più facile quando il falso propugnato è di tipo fattuale (viene riportato un fatto mai esistito), mentre è di ben più difficile attuabilità quando è di tipo narrativo (si racconta una teoria, un punto di vista, un'appendice falsa di un fatto vero)[86]. È in riferimento a quest'ultimo tipo di falso che si annidano i rischi di censura, ovvero di repressione di un'opinione o di un orientamento

---

78 A. Iannotti della Valle, *Le regole di* internet *tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 127 ss.

79 V. *supra*, cap. I

80 B. Manin, *La democrazia del pubblico è in pericolo?*, in *Comunicazione politica*, 3/2014, 577

81 Corte cass. I civ., 18 ottobre 1984, n. 5259; Corte cass. S.U. pen., 30 giugno 1984, n. 8959

82 C. Pinelli, *"Postverità", verità*, *cit.*, 44

83 Condizione che la giurisprudenza ritiene integrata finché sia dimostrabile la buona fede del cronista, come riportato in A. Pace, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in A. Pace, M. Manetti, *Commentario alla Costituzione. Art. 21, Rapporti Civili*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, 334

84 C. Pinelli, *"Postverità", cit.*, 44. Superato il vecchio orientamento giurisprudenziale sulla diffamazione secondo cui nel contesto della rete non era configurabile per via dell'assenza dell'elemento costitutivo della potenziale diffusione a più persone

85 M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 86-87

86 La distinzione, poi ripresa da diversi studiosi, è proposta da H. Arendt, *Verità e politica*, *cit.*, che parla di «verità dei fatti», in opposizione alla «verità razionale»

relativo a un fatto. Proprio in virtù della "scivolosità" della distinzione, vi è a riguardo un certo – e comprensibile – scetticismo[87].

Sulla base della difficoltà nella distinzione tra ciò che è vero e ciò che è falso, tra ciò che è fatto e ciò che è opinione, ha preso piede sia nel linguaggio scientifico che in quello comune il termine "post-verità"[88]: la veridicità di una notizia è un elemento secondario per l'utente digitale. Ciò che conta è prima di tutto la reazione emotiva che questa suscita[89], ed è sulla base di emozioni e sensazioni che una data notizia sarà o meno accettata come vera, e troverà una minore o maggiore diffusione[90]. La verità stessa, nel mercato dell'informazione, diventa un bene disponibile.

La prospettiva che si intende adottare è quella per cui una, seppur minima, distinzione tra fatti e opinioni possa essere realizzata. C'è un deliberatamente falso[91], diffuso dolosamente, che va riconosciuto e contrastato. Si intende pertanto prendere le mosse da un "contenuto minimo" di falso, che inequivocabilmente si distanzia dal fatto storico, e non consiste in commenti o letture orientate – seppur sommari, imprecisi o in certi casi tendenziosi – in relazione a un fatto vero. Si ritiene dunque, sulla base di quanto riportato, che sia possibile individuare un discrimine tra fatti e opinioni, e che sia altresì possibile differenziare – lo si vedrà in seguito[92] – tra diverse tipologie di notizie false, sulla base del danno arrecato a beni costituzionalmente protetti e dell'elemento soggettivo in capo al soggetto diffusore delle *fake news*[93]. Specie alla luce del potenziale "creativo" e "distorsivo" dei nuovi *software* tecnologici frutto degli approdi dell'IA, una regolamentazione del fenomeno, anche con l'ausilio delle piattaforme digitali private, si ritiene non possa essere rimandato, pur tenendo presenti le complessità e le insidie che questo comporta[94], e adottando la posizione propria dello Stato liberal-democratico, che può giustificare il ricorso all'oscuramento di alcune notizie solo in casi eccezionali. Proprio in questo senso, la delimitazione dei confini della definizione del fenomeno – e dunque delle notizie da colpire – risulta imprescindibile.

4. Il falso nella dottrina costituzionale risalente

87 M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti*, *cit.*

88 Eletto parola dell'anno 2017, v. *supra*

89 Intercettando i *bias* di conferma dell'utente, v. *supra*, cap. I, par. 4.2

90 C. Pinelli, *"Postverità"*, *cit.*, 43 ss.; M. Ferraris, *Postverità*, *cit.*

91 R. Perrone, Fake news *e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos*, 2/2018, 1 ss.

92 V. infra, cap. III

93 Si pensi alla diffusione dei cosiddetti "regimi di verità alternativi", già descritti da H. Arendt, *Politica e menzogna*, *cit.*, rispetto a

94 Proprio a tal fine, un'opzione potrebbe essere quella di far riferimento alla verità putativa, di cui si è detto *supra*

Già la più risalente dottrina costituzionale si è interrogata sul problema della definizione del concetto di falso. Con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero[95], un'arbitraria identificazione del falso informativo porrebbe indebiti limiti a un diritto costituzionalmente garantito. La Costituzione fa propri in questo senso gli approdi delle teorie filosofiche razionalistiche[96], frutto di un lungo dibattito avvenuto tra il XVIII e il XX secolo, che hanno portato alla concezione della libertà di manifestazione del pensiero come descritta nelle democrazie contemporanee: non esiste un'unica verità che deve essere garantita, protetta o divulgata dal potere (da qualsiasi potere), ma è il confronto aperto, pacifico e plurale tra uomini uguali, portatori di posizioni diverse, a permettere di avvicinarsi, ina maniera progressiva e approssimativa, e mai definitiva, alla verità.

Una delle prime riflessioni di maggior rilievo in tema di libertà di espressione nella Costituzione italiana è quella di C. Esposito, il quale sostiene che il «subiettivamente falso»[97] non trovi copertura costituzionale[98]. L'Autore è però accorto nel distinguere tale assunto dalla sussistenza di un obbligo giuridico di sanzionare il falso. Le «manifestazioni che non rispondono alle interiori persuasioni o all'interiore pensiero, le affermazioni o le negazioni che non corrispondono alle effettive convinzioni o valutazioni»[99] sono infatti definite dall'Autore come escluse dalla garanzia costituzionale, ma non perciò direttamente vietate all'interno dell'ordinamento. In tal senso, sarebbe consentito al legislatore ordinario di sanzionare «il subiettivamente falso, la menzogna (deformante, reticente, patente, latente), il dolo, l'inganno, il raggiro o la frode, ove sia raggiunta la prova della divergenza della espressione dall'interiore pensiero»[100], e quando in contrasto con la fede pubblica o con determinati e circoscritti interessi, singoli o collettivi. Tale posizione è espressa con maggiore chiarezza, e con alcune differenze sostanziali[101], da P. Barile, secondo cui il falso non ha ragione per essere tutelato in sé, ma, in assenza di beni giuridici con cui entra in conflitto, non dovrebbe essere punito, poiché «il fine di inganno può essere illecito solo in quanto costituisca il fulcro di un'attività illecita che contrasti con altri principi costituzionali»[102].

Rilevano pertanto due ordini di questioni:

---

95 Come fatto notare dalla Corte costituzionale nella sentenza del 5 giugno 1956, n. 1 non rileva alcuna distinzione tra manifestazione e divulgazione del pensiero, essendo quest'ultima legata da «nesso di indispensabile strumentalità» alla seconda

96 Per quanto riguarda il razionalismo positivista, si rinvia a A. Comte, *Corso di filosofia positiva*, UTET, Torino, 2013 (prima ed. 1830); J.S. Mill, *Principi di economia politica*, UTET, Torino, 2006 (prima ed. 1848), cui si oppose il razionalismo critico di K. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino, 2010 (prima ed. 1934)

97 Ovvero quel falso rinvenibile in espressioni che non rispondono alle convinzioni interiori del soggetto, che pertanto è consapevole di non esprimere quello che è veritiero almeno secondo il suo convincimento

98 C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.* 36

99 *Ibidem*, 37 ss.

100 *Ibidem*

101 V. *infra*, par. 4.1

102 P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 229

(i) in primo luogo, risulta tutt'altro che agevole individuare un bene violato dall'espressione e dalla propagazione del falso, che sia meritevole e bisognoso di protezione (al di fuori dei casi di calunnia e diffamazione, sanzionate rispettivamente dagli artt. 368 e 595 c.p., in cui l'affermazione falsa lede l'onore e la reputazione di soggetti individuati o individuabili). Solo qualora tale bene venga identificato il falso potrà essere punito;

(ii) in secondo luogo, sposando l'approccio proposto da Esposito andrebbero poste in essere tutte le attività necessarie per giungere alla «prova della divergenza» – ammesso che possa mai giungersi inequivocabilmente a tale conclusione – tra l'espressione e il foro interno del soggetto. Andrebbe dunque operata una distinzione – e individuati dei mezzi per farlo – tra falso subiettivo e falso «obiettivamente erroneo»[103].

La Corte costituzionale è concorde nell'affermare che l'apposizione di limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero dal punto di vista dell'oggetto dello stesso (e dunque degli altri beni costituzionalmente protetti con cui di volta in volta entra in conflitto) sia di competenza del legislatore ordinario, cui è richiesto di tutelare i beni costituzionalmente rilevanti in gioco (sentenza del 19 febbraio 1965, n. 9, sentenza del 21 marzo 1968, n. 11, sentenza del 12 giugno 1973, n. 112, sentenza del 30 gennaio 1974, n. 20, sentenza del 10 febbraio 1981, n. 18, e sentenza del 7 maggio 1981, n. 100). Di esempi di sentenze che hanno sposato la visione per cui il diffusore di un'asserzione falsa vada punito esclusivamente qualora abbia messo in pericolo o danneggiato un interesse di rango costituzionale, individuale o collettivo altrui, è ricca altresì – seppur con differenze di fondo di cui si dirà più avanti[104] – la giurisprudenza americana, che ha sempre riscontrato un'incompatibilità col Primo Emendamento di tutte le norme incriminatrici del falso *tout court*[105].

---

[103] C. Esposito, *La libertà di manifestazione*, *cit.*, 37-38

[104] V. *infra*, par. 9

[105] Si v., per tutte, la sentenza *United States v. Alvarez* del 2012. Sul punto, cfr. C. Melzi D'Eril, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *Media Laws*, 1/2017, 63-64. Il caso citato è un esempio di come le strategie contro la disinformazione siano modellate sulla base delle caratteristiche della protezione costituzionale della libertà di parola e del concetto di falsità. Il caso, che è arrivato alla Corte Suprema, è stato innescato da una falsa dichiarazione del ricorrente di aver ricevuto una medaglia d'onore, e dalla successiva denuncia a suo danno ai sensi del *Stolen Valor Act* del 2005, una legge che punisce chi afferma falsamente il possesso di medaglie o altre decorazioni militari. La Corte Suprema è stata chiamata a giudicare la conformità delle accuse con il Primo Emendamento. Il caso è stata l'occasione per la Corte di rivedere le proprie argomentazioni in merito ai limiti alla libertà di espressione ammissibili ai sensi della Costituzione. Per la Corte Suprema, la semplice falsità non è sufficiente per escludere l'uso di determinate espressioni dalla protezione ai sensi del Primo Emendamento. La posizione per cui si ritiene che la falsità non sia mai rilevante di per sé, si ritrova – pure in ambito americano – anche in riferimento alla diffamazione, reato che punisce l'uso di dichiarazioni mendaci solo se suffragate dalle categorie mentali del dolo o della colpa, coincidenti con la consapevolezza della falsità o l'omissione colposa di provvedimenti idonei a rivelare la falsità dell'informazione. Proprio in merito a tale esempio, la Suprema Corte sottolinea che la sussistenza di requisiti oltre quello della mera falsità della dichiarazione serve a garantire una maggiore libertà di parola, non a restringerla. Lo *Stolen Valor Act* è stato dunque dichiarato incostituzionale dalla Suprema Corte per conflitto col Primo Emendamento, anche per l'assenza di un nesso di causalità tra la limitazione della libertà di parola e l'interesse dello Stato a tutelare l'integrità del sistema dell'onore militare. La Corte Suprema

Inquadrando la questione da un altro punto di vista, il nodo è comprendere se esista o meno un «diritto a mentire» nel nostro ordinamento, ed eventualmente se questo goda di una tutela incondizionata o se "ceda" nel bilanciamento con altri beni costituzionalmente protetti. Non tutte le menzogne infatti sono uguali, non tutte hanno le medesime conseguenze e non tutte devono godere della medesima protezione. Si pensi a tre casi differenti, illustrati dal costituzionalista americano C.R. Sunstein, che pongono bene in evidenza la differenza tra le diverse tipologie di falso[106]:

1. Un utente, dichiarando falsamente di essere un medico, pubblica diversi post sulla propria pagina Facebook in cui dichiara che il *Covid-19* non crea alcun problema di salute. Lo fa consapevolmente, e allegando dati scientifici falsi alle proprie argomentazioni.
2. Un candidato politico compra uno spazio pubblicitario, sia sul *web* che in diversi palinsesti televisivi, in cui afferma falsamente che il proprio principale avversario politico ha violentato una ragazza dieci anni fa.
3. Una giornalista scientifica scrive un articolo su un giornale locale in cui afferma che le vaccinazioni obbligatorie provocano casi di autismo. La giornalista è convinta della bontà delle proprie affermazioni, suffragate da alcuni studi scientifici. Tuttavia la notizia è falsa, e porta diversi genitori a non vaccinare i propri figli, arrecando agli stessi diversi problemi di salute.

Le problematiche sottese sono molteplici. In primo luogo, sussiste, sulla base di quanto detto, la necessità di indentificare un bene protetto aggredito dalla propagazione della notizia falsa. Nel caso in cui il falso interessi beni giuridici di cui risulta titolare una singola persona o un insieme specifico di soggetti (come avviene nella fattispecie n. 2), l'individuo, come detto, potrà agire per vedere tutelato il bene giuridico della propria integrità morale, nonché quello della propria reputazione soggettiva, ovvero la considerazione di cui gode da parte della società (specie del contesto in cui esplica le proprie relazioni sociali)[107]. Diverso è il caso di *fake news* che non ledono un bene giuridico di cui è individuabile lo specifico titolare, bensì sono suscettibili di produrre effetti nei confronti di un numero illimitato di soggetti (come per gli esempi nn. 1 e 3). In tali casi, sussistono quantomeno due variabili da tenere in considerazione: la volontarietà della condotta e le conseguenze causate dalla propagazione del falso. Il giudice della Corte Suprema statunitense O.W. Holmes jr. ha ritenuto, in una nota *concurring opinion*, che «*the most stringent*

ha concluso che "il rimedio per il discorso che è falso è il discorso che è vero", e che le dichiarazioni false non contrastano di per sé col Primo Emendamento.

106 Casi analoghi sono stati proposti in C.R. Sunstein, *Liars*, *cit.*, 1-2

107 Ciò non evita, tuttavia, che il falso, se non tempestivamente rimosso, produca nell'immediato degli effetti nell'ordinamento, cui non può porsi effettivo rimedio coi tempi propri del procedimento penale

protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing panic»[108]. Non tutti i falsi sono uguali. Il tema è decidere quali falsi contrastare, in base a quali variabili tra quelle presentate[109]. La prospettiva che si intende adottare parte dall'idea, maggioritaria in dottrina, per cui non possa ravvisarsi un «generalizzato dovere di verità»[110] nel nostro ordinamento, né pertanto che su chiunque manifesti il proprio pensiero o riporti delle notizie incorra l'obbligo di controllare le fonti su cui si basa il proprio *speech*. Una presunta e generalizzata verità delle informazioni e posizioni espresse non costituirebbe in ogni caso un valore superiore rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.[111], né un tale assunto si evincerebbe dal testo costituzionale. La teoria del bene costituzionalmente protetto, cui si intende aderire, richiede invece che si individuino situazioni giuridiche in grado di giustificare limitazioni all'art. 21 Cost.. Alcuni dei beni protetti sono riconducibili a esempi "classici" in materia: la tutela dell'onore e della reputazione (da cui l'art. 594 c.p., che punisce il reato di ingiuria, depenalizzato con il D.LGS. n. 7 del 16 gennaio 2016, e l'art. 595 c.p., che punisce il delitto di diffamazione, cui si p già fatto cenno), la difesa del prestigio delle istituzioni e l'ordine pubblico (pur più scivolosa, trovandosi al confine coi cd. "reati di opinione"), l'interesse a una corretta amministrazione della giustizia (per evitare, ai sensi degli artt. 101 co. 1 e 104 co. 1 Cost., che vengano divulgate notizie in grado di compromettere lo svolgimento di procedimenti giudiziari in corso, seppur il discrimine con l'esigenza di garantire una corretta informazione risulti di difficile individuazione)[112]. In altri casi invece una tale operazione risulta certamente più complicata, ma non può essere elusa.

4.1 La funzionalizzazione della libertà di manifestazione del pensiero

Un'altra questione – tutt'ora non risolta – affrontata già nel dibattito costituzionalistico più risalente sul falso è quella relativa alla funzionalizzazione della libertà di manifestazione del pensiero[113]. Secondo parte della dottrina, tra cui N. Lipari, la libertà di informazione sarebbe sotto certi profili una libertà autonoma rispetto a quella di manifestazione del pensiero, in quanto la prima si esercita anche «in funzione dell'utilità

---

[108] Il caso in questione è *Schenck v. United States*, 1919, cfr. D. Asp. Schenck v. United States (1919), in The First Amendment Encyclopedia, 2019, consultabile *online* su https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/193/schenck-v-united-states

[109] In ambito religioso (art. 19 Cost.), quello scientifico-artistico (art. 33 Cost.) e quello politico (art. 49 Cost.), secondo il dettato costituzionale, la libertà di manifestazione del pensiero non potrebbe subire le limitazioni previste per le materia comuni (buon costume, per arte e scienza, e ordine pubblico), come sostenuto da S. Fois, *Principi costituzionali*, *cit.*. Un'impostazione di tal genere rinvia alla citata visione di "complessità" proposta da M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*. Di diverso avviso risulta P. Barile, *Libertà*, *cit.*, 430, secondo cui, ai sensi dell'art. 21 Cost., non sarebbero autorizzate differenziazioni di alcun tipo in tema di limitazione alla libertà di espressione

[110] L. Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 13

[111] *Ibidem*

[112] Esempi più ampiamente trattati in L. Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 13-15, che fa anche riferimento al possibile «divieto di divulgare fatti legittimamente appresi» sulla base della «estrema necessità di difesa dalla Patria e del sistema democratico»

[113] Di cui si è detto *supra*, cap. I, con riferimento al diritto ad essere correttamente informati

di un prevedibile destinatario della comunicazione»[114]. La libertà di informazione, «in chiave di dover essere», sarebbe pertanto da misurarsi «come "libertà per"», ovvero come «servizio a garanzia di chi desidera essere informato»[115]. C. Esposito a riguardo è d'accordo col fatto che le finalità a cui debba rifarsi la libertà di informazione possano essere liberamente scelte da ciascun individuo, purché però finalizzate a soddisfare una tra le tante possibili finalità che siano a vantaggio (o comunque, verrebbe da aggiungere, non a danno) della società; il singolo è pertanto visto quale soggetto titolare di una libertà «nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto»[116].

La dottrina prevalente – pur notandone la nobiltà e l'apprezzabile tensione valoriale – si oppone a tale concezione, evidenziando come, nel nostro ordinamento, non si faccia alcun esplicito riferimento a una libertà di informare che sia distinta dalla libertà di manifestazione del pensiero[117], per cui la prima non può che rifarsi allo schema della seconda. La conseguenza, in questo senso, è che la liberà di informazione, pur non classificabile unicamente come "libertà da", non possa nemmeno qualificarsi *tout court* come "libertà per", «in quanto l'imposizione di limiti finalistici si risolverebbe nella surrettizia piena funzionalizzazione di un diritto di libertà, la quale, a tacer d'altro, costituisce una vera e propria *contradictio in adiecto*»[118]. Una posizione analoga sul punto è espressa da P. Barile, il quale ribadisce la natura

---

114 N. Lipari, *Libertà di informare o diritto a essere informati?*, in *Diritto delle radio e delle televisioni*, 1978, 2. Si v. anche in tal senso A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, *cit.*, 481-482

115 N. Lipari, *Libertà di informare*, *cit.*, 11

116 C. Esposito, *La libertà di manifestazione*, *cit.*, 48

117 Come invece avviene nell'ordinamento spagnolo, fa notare A. Pace, *Libertà di informare e diritto ad essere informati: due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, primo comma, del T.U. della radiotelevisione*, in *Diritto Pubblico*, 2/2007, consultato nella versione disponibile *online* su https://www.associazionedeicostituzionalisti.it, 4

118 A. Pace, *Libertà di informare*, *cit.*, 10-11. È interessante riportare l'opinione dell'Autore rispetto alle opposte tesi di N. Lipari, che non condivide, pur stimandone la visione e la tensione valoriale: «Occorre soffermarsi un attimo su questa affermazione, eticamente assai impegnativa che testimonia il cattolicesimo coerente e profondamente vissuto del Nostro, e che richiama alla mente analoghe prese di posizione di due altri autorevolissimi giuristi di analogo orientamento culturale e religioso, Costantino Mortati ed Egidio Tosato, quando, con riferimento alla libertà d'impresa, il primo sosteneva che «le attività che si fanno rientrare nella sfera della libertà privata (intesa come sfera del lecito qualificato) sono perciò stesso considerate socialmente rilevanti, in quanto dal loro esercizio si attende la soddisfazione dell'interesse generale»; e quando, con riferimento alle formazioni sociali previste nell'art. 2 Cost., il secondo sosteneva che avessero copertura costituzionale solo quelle formazioni sociali nelle quali la personalità umana possa svilupparsi. Pur dando atto dell'alto valore morale di tali posizioni dottrinali, non mi riesce di seguire Lipari - così come mi è stato impossibile seguire Mortati e Tosato – in interpretazioni del testo costituzionale influenzate da opzioni religiose (o comunque etiche) che, pur intimamente condivisibili, non trovano però alcun positivo riscontro negli enunciati costituzionali di riferimento (così l'individuazione di un'inesistente finalizzazione della libertà d'impresa e d'informazione in Mortati e in Lipari, e così la surrettizia limitazione delle formazioni sociali costituzionalmente garantite dall'art. 2 Cost. a quelle sole nelle quali la personalità umana si «sviluppi», mentre, a ben vedere, l'art. 2 Cost., a differenza dell'art. 3, comma 2, parla solo di «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»), col rischio quindi di caricare l'enunciato costituzionale di significati che, proprio perché non desumibili dal testo, la generalità dei consociati ha tutto il diritto di non condividere» (A. Pace, *Libertà di informare*, *cit.*, 9)

individualistica[119] della libertà di manifestazione del pensiero – dunque della libertà di informare -, attribuendo un valore meramente "metodologico" alla funzione sociale della stessa, che non può però in nessun caso tramutarsi in un vincolo prescrittivo[120].

In base alla diversa posizione adottata, vi sono conseguenze non indifferenti in tema di sanzionabilità del falso, e dunque di limiti alla libertà di espressione. Qualora infatti si attribuisca natura precettivamente funzionale alla libertà di informazione, non occorrerebbero «esplicite disposizioni costituzionali perché le leggi abbiano il potere di concretare limiti ulteriori (anche positivi) che a tale funzione esplicitamente o implicitamente si richiamino»[121].

La posizione con cui si conviene è quella che non riconosce, per i motivi esposti, una funzionalizzazione in senso precettivo, quanto piuttosto questa debba intendersi «allusivo ad una esigenza ideale o morale»[122], evitando dunque che previsioni legislative, in assenza di riferimenti a disposizioni costituzionali, possano imporre limiti ulteriori alla libertà di informare[123].

---

[119] Sul punto, si v. anche L. Paladin, *Libertà di pensiero*, *cit.*, e S. Fois, P*rincipi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffré, Milano, 1957

[120] P. Barile, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffré, Milano, 1975; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976

[121] C. Esposito, *La libertà di manifestazione*, *cit.*, 8

[122] M. Manetti, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2006, 786; sulla stessa linea L. Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 9

[123] Le problematiche sottese rimangono comunque aperte, sia in ambito americano che ambito europeo. In particolare, la questione dell'individuazione del falso in rapporto con la verità storica nasconde l'insidia profonda per i Tribunali dell'ergersi a giudici della verità, e dunque della storia (compito estraneo alle loro funzioni). Il tema si lega ai casi di sfasamento tra verità storica e verità processuale. Sul punto, cfr. E. Resta, *Le verità e il processo*, in *Politica del Diritto*, 3/2004, 369-408; E. Montaruli, *La tutela penale della verità. Effettività e bilanciamento di interessi*, Università di Trieste, Trieste, 2016, F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Revista Brasileira de Direito Precessual Penal*, 1/2017, 317-342. Tale tensione è stata portata in evidenza dalla decisione n. 2012-647 DC del 29 febbraio 2012 del *Conseil Constitutionel* francese (F. M. Benvenuto*, Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 marzo 2012; cfr. anche I. Spigno, *Argomentazioni costituzionali contro la giuridificazione della ricerca storia*, in *Ianus*, 9/2013, 11 ss., D. Bifulco*, Ricordare per legge (o leggendo un diario). A proposito del contributo di Henry Morgenthau sul genocidio armeno e delle leggi sulla memoria storica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2010, e P. Lobba, *Un "arresto" della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 gennaio 2014), che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge francese del 23 gennaio 2012 (legge che modifica la l. del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, aggiungendo a quest'ultima l'art. 24-ter, che applica le pene fino a un anno di *emprisonnement* e a 45.000 euro di *amende* anche alle condotte di contestazione e di minimizzazione dell'esistenza dei crimini di genocidio, così come definiti all'art. 211 co. 1 del *Code Penal*) che reprime tutte quelle condotte di contestazione o minimizzazione dei genocidi definiti come tali dalla legge. In particolare tale norma, con riferimento alla legge del 29 gennaio 2001 sul riconoscimento del genocidio armeno del 1915 (tale intervento normativo si inserisce nell'ambito delle cd. *lois memorielles*, volte a rendere memoria a un evento storico particolarmente drammatico; tra le altre si ricordano la legge Gayssot del 13 luglio del 1990, che reprime gli atti antisemiti, xenofobi e sessisti, la legge Taubira, del 21 maggio 2001, che riconosce la tratta e la schiavitù quali crimini contro l'umanità, e la legge del 23 febbraio 2005 sul riconoscimento della contribuzione nazionale in favore dei francesi rimpatriati), aveva sollevato proteste da parte della Turchia nei confronti della Francia (come riportato da F. Martino, *Genocidio armeno, scintille tra Turchia e Francia, in Osservatorio Balcani e Caucaso Transeuropa*, 23 dicembre 2011, consultabile *online* su www.balcanicaucaso.org). Il *Conseil Constitutionel* ha dichiarato incostituzionale la legge in questione in quanto in contrasto con la tutela della libertà di manifestazione del pensiero e di comunicazione. Il *Conseil* non si è però espresso in maniera diretta sul merito di leggi penali che interferiscono con la libertà di manifestazione del pensiero – e dunque anche su scelte di politica criminale criticabili – ma ha basato il giudizio di illegittimità costituzionale

5. A caccia della definizione introvabile

L'espressione "*fake news*", contrariamente a quanto comunemente si ritiene, ha più di un secolo di vita, essendo stata coniata nel XIX secolo negli Stati Uniti d'America, per riferirsi a una vicenda inventata, raccontata con lo scopo di danneggiare soggetti privati o istituzioni pubbliche[124]. Tuttavia, pervenire a una definizione unica del termine è impresa non semplice. Buona parte della dottrina ritiene infatti che non esista una concettualizzazione univoca della categoria[125]. Al netto delle difficoltà oggettive e della rilevanza della questione, si proverà di seguito a fornire una definizione il più possibile esaustiva dell'espressione, pur nella consapevolezza della complessità e della limitatezza di ogni opzione definitoria relativamente a un fenomeno così ampio e sfaccettato.

Secondo gli studi più accurati sul punto[126], per pervenire ad una nozione sufficientemente precisa di "*fake news*" è necessario tenerne in considerazione le proprietà epistemiche, intenzionali, sociologiche e formali[127]. Posto che, a livello formale, una *fake news* può estrinsecarsi in qualsiasi tipo di asserzione (fotografie, video, articoli, ecc., purché con contenuto proposizionale) che appaia genuina, ovvero potenzialmente vera[128], dal punto di vista epistemologico, la mancanza di verità (o comunque la tendenziosità nel modo in cui viene riportata una data notizia) non può considerarsi una condizione

---

sulla vaghezza e sulla genericità della fattispecie, che non identifica univocamente, come ad esempio avviene con la cd. "*lois Gayssot*" del 13 luglio del 1990, le condotte a cui fa riferimento. In particolare, la legge Gayssot non è stata dichiarata incostituzionale poiché rinvia specificamente all'art. 6 dell'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, con cui è stato istituito il Tribunale di Norimberga, e riguarda i crimini definiti come tali dall'art. 9 dello Statuto, relativa a verità storiche notorie; la norma è altresì stata dichiarata legittima in più occasioni dalla Corte EDU, in quanto compatibile con l'art. 10 CEDU (v. Corte EDU, Marais c. France, req. N. 31159/96 n. 1 del 24 giugno 1996; Corte EDU, Garaudy c. France, req. N. 65831/01 n. 2 del 24 giugno 2003 e Corte EDU, Chauvy et autres c. France, req. N. 6491/01 n. 69 del 29 giugno 2004). Sul punto si rinvia a F.M. Benvenuto, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale*, *cit.*. La legge francese del 2012 non individua dunque specificamente crimini contro l'umanità la cui esistenza è incontestabile, bensì opera un generico e indeterminato rinvio ai «crimini riconosciuti come tali dalla legge francese», ponendosi in contrasto con i canoni di chiarezza, determinatezza e comprensibilità che conferiscono portata normativa sostanziale alla norma (secondo l'insegnamento di Montesquieu, *Lo Spirito delle leggi*, Rizzoli, Milano, 1989 (1° edizione 1748)). Pertanto, di fatto, anche in questo caso, non si è in presenza di una sentenza che si pronunci sulla legittimità del reato di negazionismo, e dunque su eventuali limiti contenutistici da apporre alla libertà di manifestazione del pensiero relativamente al falso.

[124] G. Riva, Fake news, *cit.*, 16

[125] M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti*, cit., 15-16

[126] Si v. in particolare il dettagliato studio proposto da T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 439-467, in particolare 441-450, in cui si confrontano le posizioni di diversi autori europei ed americani sulla definizione della nozione di *fake news* nel mondo digitale. Si v. anche l'interessante classificazione proposta da C.R. Sunstein, *Liars*, *cit.*, 13-14

[127] T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia, cit.*, 442

[128] T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 441, 446. Il tema è diventato ancor più urgente per via dell'utilizzo del software di intelligenza artificiale ChatGPT, il cui utilizzo era stato temporaneamente vietato in Italia per via di un apposito intervento del Garante Privacy, Garante per la Protezione dei Dati Personali, ChatGPT: OpenAI *riapre la piattaforma in Italia garantendo più trasparenza e più diritti a utenti e non utenti europei*, in *garanteprivacy.it*, 28 aprile 2023, consultabile *online* su https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9881490; sul punto, cfr. A. Iannotti della Valle, , *Le regole di* internet, *cit.*, 127

sufficiente per definirla[129]. Errori involontari, anche grossolani, nella ricostruzione delle notizie, così come inevitabili semplificazioni divulgative, non rientrano infatti nell'alveo delle notizie false. Ciò che appare invece necessario e sufficiente è che l'assertore originario sappia di non avere le fonti sufficienti per poter dire di affermare il falso[130]. Qui si inserisce il tema dell'elemento intenzionale. L'intenzione di ingannare – frutto della coscienza di propagare il falso/tendenzioso – è infatti un elemento necessario perché possa parlarsi di *fake news*[131], quali che siano i fini perseguiti diffondendo la notizia (politici, economici, sociali, finanziari, ecc.)[132]. Tuttavia, come alcuni studi hanno correttamente fatto notare, tale elemento intenzionale va inteso in senso ampio: non è necessario che il soggetto propaghi intenzionalmente il falso, ma basta che lo stesso sia indifferente alla verità della notizia, ovvero non si ponga affatto il problema della veridicità o meno della stessa, mirando esclusivamente al profitto che può scaturirne dalla diffusione[133]. Ciò che conta, in altre parole, è «il proposito di indurre i propri interlocutori a credere di essere interessati alla verità di quello che si dice»[134]. Pertanto, perché si possa parlare di *fake news* costituisce altresì un elemento necessario il fatto che la notizia abbia un certo riscontro in termini di circolazione e propagazione[135], o meglio che la stessa porti con sé un considerevole potenziale diffusivo[136].

Alla luce di quanto detto, può ritenersi accettabile la seguente definizione di *fake news*:

«L'asserzione/implicatura che P da parte di S è l'asserzione/implicatura di una *fake news* se e solo se: (i) tale asserzione/implicatura è fatta in modo da raggiungere un pubblico sufficientemente esteso; (ii) S crede di non avere evidenza sufficiente per P; (iii) l'asserzione/implicatura è fatta con l'intenzione di ingannare i propri destinatari o con un atteggiamento di indifferenza rispetto alla verità di P»[137].

---

[129] *H. Allcott, M. Gentzkow, Social media and fake news in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2/2017, 211 ss.

130 Come sostenuto da T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 449; tale conclusione parte da un ragionamento sul caso complesso in cui bisogna stabilire se la falsità della notizia sia una componente necessaria per definire una determinata notizia *fake news*. È il caso delle fake news accidentalmente vere, ovvero create e propagate con la convinzione di essere false e con l'intento di ingannare gli interlocutori, ma che riportano inconsapevolmente notizie vere

131 Nell'ambito della dottrina italiana, R. Perrone, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos. L'attualità del diritto*, 2/2018, 1 ss., distingue tra fake news in senso stretto e fake news in senso lato, con riferimento alla volontarietà o meno nel propagare il falso. Sembra che in qualche modo l'Autore faccia coincidere il concetto di "*fake news*" con la condizione della "mancanza di verità", e intendendo invece la presenza dell'elemento soggettivo intenzionale quale condizione necessaria perché si parli di fake news in senso stretto, unica fattispecie che per l'Autore dovrebbe essere punita.

132 D. Butturini, *Le notizie false su* Internet *e il ruolo delle piattaforme digitali*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2023, 85

133 R. Jaster, D. Lanius, *What is fake news ?*, in *Versus*, 2/2018, 211; N.S. Mukerji, *What is fake news?*, in *Ergo: an open access journal of philosophy*, 5/2018, 923 ss.

134 T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 445

135 A. Gelfert, *Fake news: a definition*, in *Informal Logic*, 1/2018, 84 ss.

136 T. Piazza, M. Croce, *Epistemologia*, *cit.*, 445

137 T. Piazza, M. Croce*, Epistemologia*, *cit.*, 449;

La complessità di tale tentativo definitorio prova a dar conto della sottigliezza con cui spesso il falso si infiltra nel contesto della pluralità di informazioni *online*[138], rendendone così assai complicata l'individuazione. Alla luce della suesposta definizione, risulta infatti che molteplici informazioni, pur consistendo in notizie oggettivamente false, non sono tuttavia riconducibili alla categoria delle *fake news*: dagli errori privi di intenzionalità, ai "*rumors*" (fatti, pretese, anticipazioni che spesso circolano sul *web* specificando che non sono ancora stati verificati o dimostrati)[139], ai contenuti a sfondo satirico, che si fondano su una presentazione esagerata e in taluni casi volontariamente tendenziosa della realtà[140], alla propaganda[141], e alle notizie, pur fondate su elementi di verità, presentate in modo esagerato o tendenzioso, tale da trarre astrattamente in inganno l'interlocutore[142].

Tuttavia, spesso le *fake news* maggiormente lesive di diritti costituzionalmente protetti non si manifestano come singola notizia falsa, bensì rientrano nel ben più complesso sistema della costruzione di regimi di verità alternativi. Questi consistono in vere e proprie strategie disinformative volte a far ritenere veritiera una determinata visione, di cui si conosce la falsità, relativa a un fatto storico, spesso con l'intento di ricavarne vantaggi economici o per perseguire finalità politiche[143]. Già H. Arendt faceva notare che uno degli elementi propri dei regimi di verità alternativi è proprio che non vi sia alcun conflitto, a livello razionale, interno al racconto di chi mente[144]. La ricostruzione menzognera proposta ad arte deve infatti essere astrattamente plausibile in maniera piena e non contraddittoria. È la conseguenza della fragilità dei fatti[145]: i fatti alternativi, quando riescono a prendere piede nel sentire della società, riescono a fare in modo di rendere la realtà narrata del tutto ragionevole.

---

138 È stato altresì dimostrato che sulla piattaforma *Twitter* le notizie false hanno il 70% di probabilità in più di essere di essere *ritwittate* rispetto ai contenuti veri, S. Vosoughy, D. Roy, S. Aral, *The spread of true and false news online*, in *Science*, 359, 2018, 1149

139 Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 85

140 G. Boggero, *La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2020

141 C. Pinelli, *"Post-verità"*, *cit.*, 43

142 M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 88

143 I regimi di verità alternativi si fondano sul complesso rapporto intercorrente tra verità e potere: generalmente è il potere a nascondere la verità, per cui, in una «micidiale inversione logica […], opporsi sempre alla verità mainstream acquisita costituisce sempre un atto di libertà contro il potere», A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 57

144 H. Arendt, *Politica e Menzogna*, Sugarco, Milano, 1985; sul tema v. anche H. Arendt, *Verità e Politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995

145 L'Autrice distingue tra due tipi di verità, la «verità razionale» e la «verità dei fatti». La prima è la verità matematica, razionalmente inconfutabile, quella per cui 2+2=4. Facendo riferimento alla riflessione platonica a riguardo, il contrario della verità razionale è l'opinione, sempre confutabile e discutibile. La Arendt in certi passaggi mostra una certa diffidenza verso questo tipo di verità – che nasce in un certo qual modo dalla differenza tra il modo di vivere del filosofo e quello del cittadino della *polis* nell'antica Grecia, e che già i Greci stessi superarono –, celebrando invece il conflitto di opinioni come costitutivo del pensiero democratico e della dignità politica. Il secondo tipo di verità individuato dall'Autrice è quello della verità dei fatti, cui si oppone la menzogna deliberata. Tale tipologia di verità è presupposto essenziale per una sana formazione delle opinioni: senza un'informazione seria e aderente alla realtà, non potranno mai formarsi pensieri liberi. Però – ed è qui che si inserisce un altro monito per il nostro tempo – la verità dei fatti risulta essere più fragile, più "a rischio" rispetto alla verità razionale. Se determinati fatti non fanno comodo alla visione politica dominante, a certi interessi di determinati gruppi, negarli e osteggiarli non sarà certo un'operazione complessa. Proprio qui si annida una sottile – ma quantomai pericolosa

Per tale ragione, più che di singole *fake news* potrebbe essere più corretto parlare di "disinformazione"[146], o di "strategie disinformative", create e progettate con finalità specifiche e fatte circolare con meccanismi studiati, come l'utilizzo di *bot*[147] o la creazione di pagine o fonti informative *ad hoc*[148]. Risorse tecnologiche, informatiche e psicologiche vengono pertanto utilizzate al fine di presentare una lettura falsa di un avvenimento storico[149].

Con riferimento alla disinformazione, è da verificare quali siano i fenomeni che non vi si possono invece ricondurre.

Una prima distinzione in questo senso è da fare con riferimento alla "malinformazione", che si riferisce alla «costruzione o diffusione consapevole e intenzionale di false contestualizzazioni di fatti veritieri, presentati tuttavia in modo tale da utilizzare strategicamente la veridicità del fatto al fine di accreditarne

---

– tattica comunicativa, potenzialmente in grado di sgretolare la verità dei fatti: quella per cui si afferma che il fatto storico, così come realmente avvenuto, sia solo una tra le tante opinioni plausibili. Ogni fatto diventa opinabile. Rileggere oggi, nell'epoca della cd post-verità, queste pagine fa un certo effetto. E proprio in tale meccanismo la Arendt, che ben conosce il potere pervasivo dei totalitarismi, intravede il rischio che certi fatti storici eclatanti, che dovrebbero fungere da monito per il futuro dell'umanità, vengano derubricati ad opinioni, vengano cioè screditati e messi in discussione da quelli che noi oggi chiamiamo "fatti alternativi". Il confine tra ciò che è vero e ciò che è falso diventa così del tutto evanescente, in quanto soggettivo. Estremizzando tale lettura, le stesse categorie di verità e menzogna sono superate.

La creazione e la propagazione di "fatti alternativi" è, secondo il pensiero dell'Autrice, una tipologia più pericolosa di falso, definita "creazione di immagini", in cui la menzogna si sostituisce del tutto alla realtà. Vengono cioè create vere e proprie narrazioni alternative dei fatti. E le masse sono parecchio più inclini a dar credito non ai fatti singoli in sé, bensì a una narrazione complessiva del reale che proponga, mentendo, una narrativa che la sollevi dall'ansia e della miseria. Nasce dunque un nuovo tipo di menzogna. Non quella "tradizionale", che mirava ad occultare, bensì una menzogna "moderna", che decostruisce e riplasma il reale. Cfr. A. Arendt, *Verità e Politica*, *cit.*

146 Nel corso della trattazione, si useranno indistintamente sa il termine "fake news" (decisamente più utilizzato e conosciuto per riferirsi al fenomeno in questione), che "disinformazione" (meno noto, seppur abbastanza utilizzato); quest'ultimo, per i motivi visti, si ritiene sia più adeguato, ed è al concetto a questo sotteso che si farà riferimento anche quando si utilizzeranno espressioni analoghe per descrivere il fenomeno

147 Il tema si lega a quello del divieto di anonimato, e alle difficoltà di applicare il medesimo ai contenuti in rete. L'applicazione in via analogica delle sanzioni previste per la stampa clandestina (di cui all'art. 21 Cost.) alle fattispecie sul web pone infatti il problema dell'applicazione in *malam partem* della normativa penale. Le Sezioni Unite penali (Cass. Pen. Sez. un., sentenza del 17 luglio 2015, n. 31022) e civili (Cass. Civ. sez. un., sentenza 18 novembre del 2016, n. 23469) hanno riconosciuto al termine «stampa» un significato figurato, applicabile anche pertanto alla stampa online. Permangono tuttavia diverse problematiche, a partire dalla differenziazione tra informazione professionale e non nell'ambito della rete, e sussistendo inoltre la tematica, analoga a quella già presentata relativamente alla diffusione del falso, della sussistenza di un bene costituzionalmente protetto colpito dalla diffusione in forma anonima della notizia che giustifichi l'irrogazione di una sanzione; cfr. sul punto C. Melzi d'Eril, *Fake News e responsabilità*, *cit.*, 65

148 Il *web* è la il canale privilegiato per la diffusione della disinformazione organizzata. Cfr. sul punto O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di* internet, in op. *cit.*, 9-15

149 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 7, secondo cui la disinformazione «può pesantemente influenzare i comportamenti individuali e sociali e gli esiti stessi delle politiche pubbliche a tutela dei cittadini (la pandemia da Covid-19 in questo è stata paradigmatica). Per questa ragione, la questione della disinformazione finisce per essere strettamente legata alla fragilità e alla resilienza delle odierne democrazie: come possiamo disegnare le migliori politiche pubbliche se l'informazione sui fatti che dovrebbero orientare il dibattito è inquinata? Come possiamo scegliere quali politiche pubbliche indirizzare, se siamo sempre disinformati?». Il tema si interseca anche con le notizie false architettate e propagate dallo Stato (che interessa a sua volta i rapporti col segreto di Stato). Sul tema dei *Pentagon's Papers* e sui rischi dell'informazione nell'ambito dei totalitarismi si v. H. Arendt, *Politica e Menzogna*, *cit.*

allo stesso tempo la falsa contestualizzazione»[150]. Si tratta di letture tendenziose che tentano di accreditare una determinata lettura, stereotipata e faziosa, relativamente a un fatto vero, presentandola come l'unica interpretazione possibile, favorendo così il fenomeno della dispercezione[151]. Rientrano in questa definizione anche tutti quei casi di «diffusione illecita – finalizzata a produrre un danno – di notizie genuine che dovrebbero tuttavia non essere pubblicizzate ovvero rimanere segrete»[152]

Ancora differente – e altresì non riconducibile al fenomeno delle *fake news* – è il caso della *misinformation*, ovvero dell'informazione erronea: vi rientrano tutte quelle notizie a contenuto falso che vengono diffuse senza un intento doloso da parte del soggetto che ha elaborato o propagato il contenuto. Il caso più frequente in questo senso è quello delle notizie "ripostate" sui *social network* da parte degli utenti senza verificare l'attendibilità della fonte[153].

Più discusso è il caso della riconducibilità alla categoria delle *fake news* della cd. "sotto-informazione", caso poco trattato consistente «nell'informazione del tutto insufficiente affinché la collettività assuma effettiva contezza della realtà e, di conseguenza, maturi una opinione piena sul fatto stesso»[154]. Seppur in taluni casi si sia ritenuto di ricomprendere la sotto-informazione nell'alveo delle *fake news*, alla luce della definizione precedentemente esposta, si ritiene che non tutta la "sotto-informazione" possa di per sé considerarsi sussumibile nella categoria delle *fake news*; sarebbe infatti da verificare la sussistenza dell'intento doloso in capo al diffusore dell'informazione, oltre che la convinzione dello stesso di non avere fonti e dati sufficienti per poter sostenere una data affermazione.

Addentrarsi nella complessità relativa alla definizione e alla classificazione del concetto di *fake news*, unitamente a quello relativo alla complessità dei meccanismi di funzionamento del *cyberspazio*, è un presupposto necessario per riflettere sul ruolo che vuole attribuirsi allo Stato e agli attori privati nell'ambito dell'individuazione e della repressione del falso[155]. Ciò mette infatti in evidenza come i pubblici poteri necessitino di avere strumenti differenziati – tra i quali l'avvalersi del supporto delle piattaforme digitali – per reagire alla "virulenza" del fenomeno[156].

5.1 Il confine con l'hate speech (rinvio)

---

150 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 59-60. Un ulteriore distinzione, secondo l'Autore, è da porre invece con riferimento alla «misinformazione», consistente nella diffusione di contenuti falsi senza alcuna intenzionalità o addirittura in buona fede.

151 Cfr. sul punto AGCOM, *Percezione e disinformazione. Molto "razionali" o troppo "pigri"?*, 2020, 31-32, secondo cui «quasi il 60% della popolazione italiana ha un livello di "dispercezione" superiore al valor medio (0,57)», intendendo per "dispercezione" o "mispercezione" una falsa rappresentazione dei dati reali

152 C. Valditara, *Fake news: regolamentazione e rimedi*, in *Diritto dell'Informazione e dell'informatica*, 2/2021, 264

153 D. Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 86

154 *Ibidem*; sul punto si rinvia anche a G. Sartori, Homo videns. *Televisione e post-pensiero*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 54 ss.

155 Di cui si dirà *infra*, cap. 3

156 C. R. Sunstein, *Liars*, *cit.*, 17-18

Il tema dell'oggetto della libertà di manifestazione del pensiero intercetta anche il fenomeno dei discorsi d'odio (cd. «*hate speech*»[157]), di cui si farà soltanto qualche cenno che mira a sottolineare alcune piste di riflessione per evidenziare il rapporto del fenomeno con quello delle *fake news*, rinviando alla letteratura monografica sul tema per ulteriori approfondimenti[158].

Il primo interrogativo da porsi, per ciò che rileva in questa sede, ovvero nel trattare il discorso in relazione al fenomeno delle *fake news*, è quello di chiedersi se notizie false e discorsi d'odio costituiscano o meno due fenomeni riconducibili alla medesima *ratio*[159].

Si ritiene infatti che intercorra una differenza tra le due fattispecie, seppur non manchi di verificarsi la circostanza in cui all'interno di campagne di odio si faccia utilizzo anche di notizie false. I casi di *hate speech* sono difatti di per sé sussumibili in norme e divieti già vigenti quando il discorso sfocia in condotte di diffamazione o ingiuria, che attentano all'onore e alla dignità di terzi soggetti[160]. Le *fake news*, invece, presentano problemi giuridici e regolatori di natura differente: se nel caso del discorso d'odio è immediato trovare il bene giuridico leso, nel caso delle notizie false, come detto, la stessa operazione in parecchi casi è tutt'altro che immediata. L'inserimento di un obbligo di rimozione delle notizie false da parte delle piattaforme private comporterebbe infatti una sorta di responsabilità editoriale in capo alle piattaforme stesse, mentre la questione non pone problematiche di tal genere in relazione ai discorsi d'odio, dove

---

157 Il tema dei discorsi d'odio si interseca inevitabilmente anche con quello dei contenuti a sfondo satirico, in quanto spesso molti siti si dichiarano a carattere satirico, celando invece lo scopo di fabbricare informazioni false o di veicolare messaggi d'odio e di discriminazione etnica, religiosa o razziale. In particolare, sul complesso rapporto delle notizie a sfondo satirico con fake news ed hate speech, nonché sull'inquadramento dell'informazione a sfondo satirico nel contesto costituzionale, si rinvia integralmente a G. Boggero, *La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2020, 50 ss. in particolare, in cui l'Autore evidenzia come «la lotta al cd. hate speech sembra, invece, idonea a restringere gli spazi per il godimento di tale diritto non soltanto in via mediata, ma anche in via immediata. Come si avrà modo di mostrare, infatti, i margini per l'esercizio dell'espressione satirica paiono assottigliarsi, ogniqualvolta essa prenda a bersaglio aspetti delicati inerenti alla dignità della persona, intesa però non nella sua individualità, ma nella sua dimensione di gruppo, nella quale vengono in rilievo aspetti quali la lingua, la nazionalità, la religione, l'etnia o il sesso. Essi, infatti, costituiscono predicati dell'identità del singolo nella sua proiezione comunitaria, il cui disconoscimento da parte di chicchessia sarebbe in grado di provocare un'oppressione reale dell'individuo, rinsaldando i pregiudizi nei suoi confronti e ipostatizzando un certo rapporto di subordinazione sociale»

158 G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere*, *cit.*; A. Di Rosa, Hate speech *e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi, Modena, 2020; I. Spadaro, Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato, Giappichelli, Torino, 2020; M. Pérez-Escolar, J.M. Noguera-Vivo, *Hate speech and polarization in participatory society*, Routledge, Londra, 2023; R. Petrilli (a cura di) Hate speech. L'odio nel discorso pubblico. Politica, media, società, Round Robin, Roma, 2020; G. Vasino, *Censura "privata" e contrasto all'*hate speech *nell'era delle* Internet Platforms, in *Federalismi*, 4/2023, 130 ss.; L. Musselli, Hate speech *e misure nazionali di sospensione delle trasmissioni televisive: il caso RTR Planeta*, in *MediaLaws*, 3/2018; in chiave comparatistica risultano interessanti i lavori relativi al caso sudafricano dell'esposizione di bandiera pro-*apartheid*; cfr, sul punto L. Draga, *Hate speech symbols: court imposed restrinctions on flying the apertheid-era flag*, in *MediaLaws*, 1/2020; C. Marchese, *La disciplina della libertà di espressione e dell'*hate speech *in Sudafrica: l'eredità di una storia (nazionale) complessa*, in *Federalismi*, 33/2022, 230 ss.

159 Come si evince, ad esempio, dal DDL "Gambaro", presentato al Senato della Repubblica nel 2017, DDL S. n. 2688/2017, consultabile *online* su https://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/47680.htm

160 M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti*, *cit.*, 17-18

peraltro risulta altresì più adatto e fruttuoso l'utilizzo di meccanismi di *notice and take-down* da parte degli utenti.

Come è stato fatto notare in dottrina, nel lessico generale si nota una certa tendenza a due fenomeni, collocandole in taluni casi sul medesimo piano, e inducendo così in certi casi in errore il (non privo di colpe) legislatore[161].

Anche con riferimento al discorso d'odio, non ne esiste ad oggi una definizione univoca[162], tuttavia, a differenza di quanto si registra in relazione al fenomeno delle *fake news*, diversi documenti ufficiali hanno definito il concetto, e si registrano diversi interventi normativi a riguardo[163]. In generale, con l'espressione si intendono espressioni di intolleranza, odio, discriminazione e misoginia a danno delle minoranze. Il Consiglio d'Europa ha tentato di definirne la portata con la Raccomandazione n. 15/2015 della commissione contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI) nel modo che segue: «si intende per discorso dell'odio il fatto di fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché il fatto di sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo e la giustificazione di tutte queste forme o espressioni di odio testé citate, sulla base della "razza", del colore della pelle, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica, dell'età, dell'handicap, della lingua, della religione o delle convinzioni, del sesso, del genere, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale».

A livello europeo mancano fonti normative che disciplinano direttamente la fattispecie. Tuttavia, la Commissione ha adottato nel maggio 2016 un Codice di condotta[164], in accordo con Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube, per il contrasto all'*hate speech online*. Nel settembre del 2019 il monitoraggio della Commissione sui risultati del Codice[165] ha evidenziato una serie di criticità relativamente al confine sottile tra materiale segnalato come «non appropriato» dalle piattaforme e la tutela della libertà di espressione,

---

161 *Ibidem*, che richiama alla "confusione" tra le due categorie realizzata dal "DDL Gambaro"

162 Il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione per l'Eliminazione della discriminazione razziale (CERD), cui si fa rinvio, hanno provato a circoscriverne la portata

163 F. Pizzetti, Fake news *e allarme sociale*, *cit.*, 50, che fa altresì notare che «All'interno dell'Unione Europea l'hate speech è stato definito illegale fin dalla Decisione quadro 2008/913/JHA del 28 novembre 2008 ed è su questa base che la stessa Unione Europea ha con- cordato il 31 Maggio 2016 con Facebook, Microsoft, Twitter e YOU Tube, nell'ambito dell'*Internet Forum*, il "*Code of Conduct on illegal online hate speech*"»

164 Il *Code of conduct on countering illegal hate speech online*. Nel 2018 hanno aderito all'accordo anche *Instagram*, *Snapchat* e *Dailymotion*, *Jeuxvideo.com* ha aderito nel gennaio del 2019, *TikTok* nel 2020, *Linked* nel 2021, mentre rispettivamente nei mesi di maggio e giugno del 2022 hanno aderito *Rakuten Viber* e *Twitch*

165 *Assesment of the Code of Conduct on Hate Speech online State of Play* del 27 settembre 2019, consultabile *online* su data.consilium.europa.eu

senza contare la possibilità di migrare su altre piattaforme che non hanno sottoscritto il Codice[166], e pertanto non sottostanno alla disciplina dallo stesso enunciata[167].

Anche a livello nazionale non esiste una normativa che disciplini il tema del discorso d'odio. La Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo, istigazione all'odio e alla violenza, istituita presso il Senato e presieduta dalla Senatrice L. Segre, ha messo in luce «la necessità di regolamenti chiari e di misure definite, per distinguere dove finisce il diritto alla critica e la libertà di manifestazione del pensiero e dove inizia l'odio insopportabile e illegale» (cd. "Commissione Segre")[168]. Esiste comunque qualche riferimento normativo che può essere applicato alla fattispecie del discorso d'odio, ma che non disciplina la stessa in modo diretto e organico, come l'art. 406-bis c.p., che punisce «la propaganda e l'istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa» (introdotta con l. n. 654/1975, di ratifica della Convenzione contro il razzismo ONU del 1966). Relativamente a un discorso più settoriale, che intercetta anche la fattispecie dell'*hate speech*, la l. n. 71/2017 recante «Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo» introduce previsioni di carattere conoscitivo ed educativo per accrescere la consapevolezza nelle giovani generazioni circa le conseguenze di comportamenti intolleranti e stigmatizzanti.

La libertà di espressione è tutelata a livello europeo dall'art. 10 CEDU, che al par. 2 sancisce che l'esercizio della stessa «può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge […] per la protezione della reputazione o dei diritti altrui». La libertà di espressione può pertanto essere limitata solo all'esito di un corretto bilanciamento con gli altri diritti fondamentali violati dall'*hate speech* e limitatamente a scopi predeterminati. In tal senso appare convincente[169] la tesi proposta da J. Waldron[170], e riportata nel citato Documento prodotta dalla Commissione Segre, relativamente alla limitazione del *free speech*, secondo cui «quando noi difendiamo i discorsi d'odio perché vogliamo tutelare il *free speech*, cioè la libertà di espressione, in realtà stiamo scegliendo la libertà di espressione degli

---

166 Cfr. Parte III Termini e condizioni di Facebook («l'utente deve concederci, per la fornitura dei nostri servizi, alcune autorizzazioni legali (note come "licenze") per l'uso dei contenuti in questione. Ciò avviene al solo scopo di fornire e migliorare i nostri Prodotti e servizi […]. se l'utente condivide una foto su Facebook, ci autorizza a memorizzarla, copiarla e condividerla con altri soggetti (sempre nel rispetto delle proprie impostazioni), quali fornitori di servizi o di prodotti di Meta che supportano tali prodotti e servizi. La presente licenza cesserà di esistere una volta eliminati i contenuti dell'utente dai nostri sistemi»), da cui si evince una certa vaghezza nell'individuazione delle fattispecie

167 Openpolis, *Che cos'è l'hate speech e com'è regolamentato*, 18 luglio 2022

168 Documento conclusivo, approvato dalla Commissione, sull'indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, con particolare attenzione alla normativa europea in materia, conoscitiva sulla natura, Resoconto Sommario n. 54 del 22/06/2022, consultabile online su https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1355283&part=doc_dc-allegato_a#_ftn372

169 Come sostenuto anche da M. Martorana, *Il complesso rapporto tra hate speech, libertà e democrazia*, in *Altalex*, 8 novembre 2022

170 J. Waldron, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Harvard, 2014

aggressori rispetto alla dignità di espressione delle vittime»[171]. In altre parole, la tutela della libertà di espressione è una medaglia con due facce, una che potrebbe definirsi "diretta" e un'altra "consequenziale": la prima è la libertà di espressione di chi esprime direttamente un pensiero, la seconda è quella di chi di quel pensiero è il destinatario, e da quel pensiero è condizionato, spesso interiormente scosso e dunque limitato.

Relativamente all'ambito di applicazione dell'art. 10 CEDU in relazione all'*hate speech*[172], rilevano due note sentenze della Corte di Strasburgo, *Handyside* e *Jersild*[173]. Nel primo caso, del 1976, la Corte ha precisato che la disciplina di cui all'art. 10 co. 2 CEDU si applica anche alle espressioni scioccanti, disturbanti o offensive nei confronti dello Stato o di qualsiasi gruppo o categoria di persone. Il livello di apprezzamento o condivisione sociale non è pertanto, secondo la Corte, volto a giustificare la tutela o meno della libertà di espressione, in quanto apertura mentale e tolleranza sono caratteri imprescindibili per definire una società come democratica[174].

Con la sentenza *Jersild*, uno dei primi casi di *hate speech* su cui la Corte si è espressa, i giudici hanno ritenuto la Danimarca, Stato contraente coinvolto, responsabile della violazione dell'art. 10 CEDU per aver punito un giornalista che aveva riportato espressioni razziste di un gruppo di giovani appartenenti a frange estremiste.

Un altro caso in cui ha trovato applicazione il bilanciamento ex art. 10 par. 2 CEDU è il caso Delfi v. Estonia, in cui la Corte ha condannato il gestore di un portale di informazione *online* al pagamento di una somma (esigua, pari a 320 euro) a titolo di risarcimento in conseguenza della pubblicazione da parte di un utente di commenti diffamatori a corredo di un articolo, rimasti visibili sul portale per circa sei settimane.

Se tali casi dimostrano una certa tolleranza ed apertura, in altre occasioni la Corte si è mostrata più restrittiva – e forse con un «accento di democrazia militante»[175] –, utilizzando lo strumento dell'art. 17 della Convenzione, che punisce l'abuso di un diritto, esercitato in maniera strumentalmente volta a impedire o limitare fortemente la tutela di un altro diritto garantito dalla Convenzione[176]. Detto altrimenti,

---

171 La Commissione Segre fa anche riferimento al fenomeno del cd. «*under reporting*» come conseguenza dei discorsi d'odo, ovvero l'incapacità delle vittime di denunciare (senza pertanto esprimere pienamente il proprio f*reespeech*)

172 Si v. anche i casi Perincek v. Svizzera e Lehideux e Isorni v. Francia

173 Si tratta di un caso di rilevantissima importanza nel contesto americano, cui in questa sede può farsi soltanto un cenno in relazioni ai profili critici di interesse. Si rinvia, per una più approfondita analisi sul punto, a O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale*, *cit.*, 2017, 6-7, *Id.*, *Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the world of bits: the case of freedom of speech*, *in European Law Journal*, 2/2019, 155 ss.; E. Bleich, *Freedom of expression versus racist hate speech: explanining differences between high court regulations in the USA and Europe*, Routledge, Londra, 2015

174 O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale*, *cit*., 6

175 *Ibidem*, 7

176 Sull'abuso del diritto ex art. 17 CEDU, si v. CEDU, Guida sull'articolo 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Divieto di abuso del diritto, 2019, consultabile online su www.echr.coe.int; M. Castellaneta, *La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di "hate speech"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2017, 745-751; S. Sonelli, *La clausola dell'abuso di diritto nel sistema Cedu, ovvero l'"Alfiere della militanza"*, in V. Barsotti, A. Simoni (a cura di), *Processo e cultura giuridica. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Giappichelli,

con l'applicazione dell'art. 17 CEDU viene meno *ab origine* qualsiasi *chance* di bilanciamento (si vedano ad esempio i casi Garaudy c. Francia, Norwood c. Regno Unito e Ivanov v. Russia).

In ambito nazionale, la Prima sezione Penale della Corte di Cassazione si è pronunciata circa la rilevanza penale della condotta di apposizione di un "mi piace" (anche noto come "*like*") ad un *post* su Facebook. La Corte ha dichiarato che tale condotta è riconducibile alle fattispecie penali ex art. 604-bis co. 1 lett. a) c.p. (propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale) e 604-bis co. 2 c.p. (partecipazione all'associazione finalizzata all'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi). La particolarità della decisione risiede nel fatto che la condotta considerata criminosa non si sostanzia in un'azione attiva di divulgazione di contenuti illeciti, bensì formalmente si attesta nella mera espressione di gradimento circa contenuti prodotti e diffusi da altri. Se *prima facie* la decisione parrebbe pertanto discutibile[177], in quanto di dubbia compatibilità coi principi di offensività e colpevolezza, la Corte – pur non fugando ogni dubbio sull'opportunità della decisione – si affretta a precisare che non ogni condotta di apprezzamento di *post* altrui è suscettibile di sanzione penale; nel caso di specie, infatti, è provata l'assidua partecipazione dell'imputato a *community* anti-semite, negazioniste e suprematiste, e che lo stesso rilasciava ripetuti *like* ai post del gruppo, che ne consentivano l'ulteriore rilancio sui canali *social*, poiché il funzionamento di Facebook è «incentrato su un algoritmo che attribuisce rilievo anche alle forme di gradimento, i "*like*"»[178]. In altri termini, la condotta dell'imputato ha contribuito a concretizzare, il reale «pericolo di diffusione tra un numero indeterminato di persone» dei *post* di incitamento all'odio.

A prescindere dal caso specifico, sul cui tema cui non vi è ancora un orientamento uniforme nella giurisprudenza, un punto solleva particolari perplessità, ovvero se il discorso d'odio possa veicolarsi (ed integrare la condotta della propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, o integrare la fattispecie di partecipazione ad un'associazione finalizzata all'incitamento e alla discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi) attraverso un'interazione – il "*like*" in questo caso - che la piattaforma stessa definisce «un – generico – modo per far sapere alle persone che quell'elemento ti piace senza lasciare un commento», senza che ciò abbia alcun connotato propagandistico, inteso quale «divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni»[179]. La pronuncia individua quantomeno come percorribile la via che, in presenza di determinate circostanze, considera anche le apposizioni di interazioni – nonostante siano generiche e

---

Torino, Italia, 5/2020, 143-157; M. Pandimiglio, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1076 ss.; R.T. Bonanzinga, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *Comparazione e diritto civile*, 17 ss.

[177] Si v. in tal senso B. Fragasso, *Like su Facebook ed hate crimes: note a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in *Sistema Penale*, 20 maggio 2022

[178] Cass. I sez. Pen., n. 4534 del 6 dicembre 2021

[179] Cass. Sez. I, 13 dicembre 2019, dep. 2020, n. 1602

prive di un significato univoco – quali veicolazioni di messaggi e dunque metodi di estrinsecazione della propria libertà di espressione, e dunque passibili di sanzione penale[180].

[180] In questo caso è l'algoritmo a connotare in qualche maniera la portata della condotta, anche nella potenziale inconsapevolezza del soggetto agente. Cfr. P. Moro, *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *MediaLaws*, 11/2019, 11 ss.

PARTE SECONDA – Regolamentare il falso, cenno ai diversi "percorsi" possibili

6. Il contrasto alla disinformazione: modelli regolamentativi a confronto

Il tema del falso, come detto, pone interrogativi complessi in riferimento alla sua definizione ed individuazione. Se possibile, ancor più problematica risulta la questione relativa al contrasto alle notizie false, o meglio, alla messa in campo o meno – e, eventualmente, con quale "intensità" – di contromisure nei confronti della disinformazione. C'è altresì da domandarsi se si tratti di una problematica che riguarda anche il diritto privato o di una questione squisitamente pubblicistica. Per tentare di rispondere a tali quesiti, in questa sede si intende in prima battuta ricostruire le discipline normative e i diversi tentativi regolamentatori proposti in diversi sistemi giuridici, per trarne in una fase successiva conseguenze sui modelli teorici sottesi e sulle possibili strategie di regolazione del fenomeno[181], anche nell'eventuale ottica, che appare sempre più "battuta" e necessaria, di una collaborazione tra attori pubblici e attori privati per regolare un fenomeno che ha ampiamente travalicato i confini nazionali[182].

Pertanto, si presenteranno di seguito alcune soluzioni regolamentative del fenomeno delle *fake news* – alcune non attuate, come nel caso italiano, altre già in vigore o prossime ad entrarvi –, formulate in qualche circostanza anche a seguito di un "dialogo" con le piattaforme private. La regolazione del falso comporta la necessità di stabilire quale livello di protezione voglia garantirsi al *free speech*. Va da sé che più le scelte regolatorie optano per limitare in maniera "forte" il falso informativo, più le stesse limiteranno inevitabilmente il lato attivo libertà di espressione[183], sia in maniera diretta che indiretta, scoraggiando

---

[181] La regolamentazione del fatto è una questione che può essere affidata alle piattaforme private, sulla base dell'adesione degli utenti a termini e condizioni dettate dalla *community*, o richiede un intervento dei pubblici poteri? L'interrogativo verrà affrontato *infra*, cap. conclusivo

[182] La visione liberale secondo cui il falso contribuisce ad avvicinarsi sempre più alla verità è stata sostenuta inizialmente nel 17mo secolo da J. Milton, *Aeropagitica. Discorso per la libertà della stampa*, Laterza, Roma-Bari, 1933 (prima ed. 1644), e ripresa nel 19mo secolo da J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2014 (prima ed. *Id.*, *On liberty*, John Parker and son, west strand, London, 1859). Più che il falso, il grande nemico che miravano a sconfiggere era la dogmatizzazione della conoscenza. Nell'Aeropagitica, Milton si scaglia contro ogni tipo di censura della stampa e delle idee in generale, tacciandola di avere il solo effetto di bloccare l'emersione di nuove idee, e dunque di ostacolare il processo della società. La verità viene fuori solo in un contesto libero. La battaglia è contro i dogmi, stabiliti dai poteri pubblici o comunque dalle classi dominanti. Tuttavia la vicenda di Milton, come fa notare O. Pollicino, mette in evidenza in maniera emblematica la contraddittorietà e le complessità che si celano dietro ai temi trattati: nonostante sostenesse convintamente le suddette posizioni, accettò la nomina di censore durante gli anni del Commonwealth, applicando lui stesso la censura alla libertà di espressione che tanto combatteva. Ciò segna anche un passaggio nel suo pensiero: se - e solo se - dopo opportune indagini si evince inconfutabilmente che sono state diffuse notizie deliberatamente false (e, cosa non facile, si dimostra che ciò sia avvenuto con intento doloso), queste possono essere "bloccate". Un simile punto di vista non contrasta obbligatoriamente con una visione di fondo liberale, che crede nel comune avvicinamento alla verità solo per mezzo del confronto tra opinioni anche contrastanti. Cfr. in questo senso O. Pollicino, *General Report*, *cit.*, 5

[183] O. Pollicino, *General report*, *cit.*

ovvero le persone a manifestare il proprio pensiero per non incorrere in sanzioni. La questione, che verrà affrontata analizzando le diverse soluzioni normative proposte o in certi casi adottate, è quella di capire in che termini una limitazione del lato attivo della libertà di informare sia accettabile per uno Stato di diritto. La risposta è stata modulata su gradi di intensità differenti da un modello all'altro. Si tratta infatti di un bilanciamento complesso, tra la libertà di espressione e la salvaguardia di altri diritti costituzionali che con questa in certi casi possono entrare in conflitto. Non si pretende di fornire una ricostruzione esaustiva delle diverse proposte, bensì di metterne in evidenza i tratti salienti al fine di trarre degli spunti di riflessione teorica, individuando le visioni sottese a ciascun modello così da offrire spunti, valutazioni e proposte di carattere complessivo[184].

7. Quando a regolamentare sono (o provano ad essere) i pubblici poteri: il tentativo italiano del DDL Gambaro

Nel contesto italiano, il più rilevante e finora unico tentativo di regolamentazione del fenomeno delle *fake news* è stato il Disegno di legge n. 2688 del 2017, noto come "DDL Gambaro"[185], depositato in Senato il 7 febbraio 2017 e mai giunto ad approvazione, recante «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione *online*, garantire la trasparenza sul *web* e incentivare l'alfabetizzazione mediatica»[186]. La proposta si basava essenzialmente su due argomentazioni: la responsabilizzazione delle piattaforme *online* in seguito alla diffusione di notizie false, esagerate, tendenziose o volte a turbare l'ordine pubblico *(i)*, e l'introduzione di apposite fattispecie di reato per l'autore delle suddette notizie, o per chi diffonde campagne d'odio *(ii)*[187]. Il disegno di legge intendeva colpire gli autori non professionali di notizie fatte circolare sul *web*, ricorrendo primariamente alla misura penale per reprimere il fenomeno[188]. In tal senso, il disegno di legge prevedeva l'introduzione dell'art. 656-bis c.p. («Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche»), per cui «chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazioni presso il pubblico, con mezzi prevalentemente elettronici o comunque

---

184 V. *infra*

185 DDL S. n. 2688/2017 (cd. "DDL Gambaro), consultabile *online* su https://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/47680.htm

186 Si ritiene rilevante il caso della legislazione tedesca, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG*, versione italiana G. Giannone Codiglione, *Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network* (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG*), in *MediaLaws*, 1/2017

187 M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti*, *cit.*, 13

188 L'utilizzo della sanzione penale in relazione alle *fake news* viene giustificata nella parte introduttiva del DDL, dove vengono descritti i rischi e le potenzialità dannose, facendo notare «il numero di campagne mediatiche online miranti a fuorviare settori dell'opinione pubblica, attraverso informazioni intenzionalmente tendenziose o false, l'istigazione dell'odio contro singoli individui e anche attacchi personali, spesso in ambito politico, volti a minare il regolare svolgimento dei processi democratici» (mostrando, tra le altre cose, la confusione tra le categorie di *fake news* e *hate speech* di cui si è detto *supra*, par. 5)

telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con l'ammenda fino a euro 5.000»[189], e degli artt. 265-bis c.p. («(Diffusione di notizie false che possono destare pubblico allarme o fuorviare settori dell'opinione pubblica»), che punisce «chiunque diffonde o comunica voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possono destare pubblico allarme, o svolge comunque un'attività tale da recare nocumento agli interessi pubblici o da fuorviare settori dell'opinione pubblica, anche attraverso campagne con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione *online* […] con la reclusione non inferiore a dodici mesi e con l'ammenda[190] fino a euro 5.000»[191]) e 265-ter («Diffusione di campagne d'odio o volte a minare il processo democratico»), secondo cui «ai fini della tutela del singolo e della collettività, chiunque si rende responsabile, anche con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione *online*, di campagne d'odio contro individui o di campagne volte a minare il processo democratico, anche a fini politici, è punito con la reclusione non inferiore a due anni e con l'ammenda fino a euro 10.000»[192].

La suddetta disciplina era prevista, come detto, solo relativamente all'informazione non professionale. Restano escluse le testate giornalistiche di cui all'art. 1 della citata l. n. 47/1948 e dall'art. 1 co. 3-bis della l. n. 62/2001[193], che sarebbero rimaste assoggettate alla vigente disciplina legislativa sulla stampa[194].

Nel tentativo di reprimere la circolazione di notizie false, il disegno di legge ha altresì tentato di prendere in considerazione la specificità dei meccanismi di funzionamento della rete: secondo il testo della proposta, la persona offesa dal reato di diffamazione poteva infatti chiedere che il risarcimento del danno di cui all'art. 185 c.p. fosse commisurato non solo alla gravità dell'offesa, ma anche al grado di diffusione della notizia offensiva, solitamente molto rilevante in virtù delle richiamate specificità di funzionamento dell'informazione sulla rete, richiamandosi ai criteri previsti dall'art. 12 della l. n. 47/1948; era inoltre prevista l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 595 c. 3 c.p. della diffusione a mezzo stampa alle notizie false diffamatorie diffuse via *web*[195].

Non mancano le questioni problematiche, e le critiche in dottrina sono state parecchie[196].

---

189 DDL Gambaro, articolo 1

190 Il testo del DDL cita espressamente «reclusione» e «ammenda», seppur verosimilmente dovrebbe trattarsi di «multa», trattandosi, per ciò che si ricava da una lettura sistematica delle disposizioni interessate, di un delitto e non di una contravvenzione

191 *Ibidem*, articolo 2

192 *Ibidem*; cfr. altresì nota n. 178

193 D. Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 106

194 V. *supra*

195 D. Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 106

196 Molto critici sul punto M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*; V. Russo*, I rischi di una regolamentazione del fenomeno* "fake news". *Alcuni esempi europei*, in *Revista da Facludade Mineira de Direito*, 25/2022, M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti*, *cit.;* D. Butturini*, Le notizie false su* internet, *cit.*

La situazione che si sarebbe venuta a creare risulta per certi versi paradossale: il falso in sé non sarebbe penalmente rilevante per chi informa per professione, mentre lo sarebbe per il cittadino che si esprime via *internet* su temi di interesse comune, o che comunque intende far circolare notizie[197].

La proposta legislativa, mirando a colpire l'informazione non professionale, di regola prodotta dagli utenti stessi, si innesta proprio in quello che è stato unitariamente individuato dalla dottrina come il "fatto nuovo" della rete di cui si è trattato, quello relativo ai cd. "*prosumers*". Con un sottotesto, neanche troppo celato: nel contesto del *web* vi sono due tipi di informazione, una sicura e affidabile – quella professionale, che si rifà a regole, presidi e garanzie specifiche (quali la registrazione al Tribunale, una redazione organizzata, un direttore responsabile [198]) –, e una meno, o comunque non sempre, affidabile – quella non professionale, che porta con sé rischi ben più gravi. La differenza è tale da richiedere l'intervento del diritto penale per demarcare la sussistenza di due regimi separati. Laddove c'è un rischio rilevante che i due elementi di novità propri della rete – velocità e pervasività – possano esplicare effetti nocivi e incontrollati, è necessario ricorrere alla sanzione penale[199], *extrema ratio* in un ordinamento democratico.

La distinzione configurerebbe in sostanza due diritti differenti: il "diritto ad informare" (professionalmente), e il "diritto di comunicare", di cui sono titolari tutti gli altri privati cittadini, che può anche interessare argomenti di pubblico interesse, ma qualora ciò avvenga tale diritto dovrà fare i conti con lo specifico divieto penale di *fake news*[200].

C'è inoltre da chiedersi a quale concezione di falso la proposta di legge aderisca, in mancanza di una definizione *ex lege* del concetto. Traspare infatti dal dettato normativo l'idea per cui il falso limiti il pluralismo, anziché incentivarlo. Viceversa, dalla prospettiva che si è inteso adottare e che risulta maggioritaria in dottrina[201], riassumibile come "teoria del bene costituzionalmente protetto", la repressione del falso *tout court* non troverebbe spazio nel nostro ordinamento. Il rischio sotteso pare essere quello di una eccessiva funzionalizzazione del diritto all'informazione, che conduce a intendere la libertà di espressione come una "libertà per", cioè come «un servizio a garanzia di chi desidera essere informato», svuotandolo dell'anima libertaria esplicitata nel dettato normativo dell'art. 21 Cost.[202] (peraltro rimettendo

---

197 Il pluralismo viene forzato in maniera eccessiva. Il bene protetto (o presunto tale, in quanto potrebbe essere rinvenibile nella "buona informazione", anche se non è chiaro chi decida quando si ravvisi un danno a quest'ultima) non sembra giustificare una compressione del genere a una libertà a cui la Costituzione riserva una tutela molto forte

198 Richiamo alle caratteristiche necessarie per cui una testata giornalistica possa essere definita testata giornalistica online: tutte quelle fonti che invece non risultano registrate dal Tribunale, né guidati da un direttore responsabile sui contenuti pubblicati e di un'organizzazione redazionale (Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 108)

199 D. Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 107

200 D. Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 108; Sarebbe forse stato più coerente, alla luce della concezione giuridico-politica di riferimento, se il DDL avesse sottoposto alla medesima disciplina, anche l'informazione professionale.

201 V. *supra*

202 V. *supra*

verosimilmente al giudice, in attesa di indicazioni di specifiche Autorità preposte oltre che di definizioni legislative, la decisione su cosa sia falso, esagerato, tendenzioso e cosa no)[203].

L'elemento più innovativo e condivisibile della proposta di legge sta nell'introduzione dello strumento della rettifica (art. 4), secondo cui «l'amministratore di cui all'art. 3 è tenuto a pubblicare le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini o ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale». Il disegno di legge proponeva cioè l'obbligo per le piattaforme di ospitare una smentita o comunque una rettifica da parte di chi ha pubblicato una notizia[204]. Ciò tuttavia riscontra evidenti difficoltà operative in relazione all'effettività del diritto di rettifica una volta che la notizia originariamente pubblicata sia stata inserita nel virale circuito delle "ri-convidisioni" dei *social network*. Non può poi farsi a meno di notare la contraddizione concettuale intercorrente tra l'obbligo di ospitare uno "spazio" per la smentita e la normativa contenuta nel resto del disegno di legge. La rettifica è infatti espressione di un diverso orizzonte giuridico-politico, opposto a quello che ritiene necessario ricorrere alla sanzione penale in tema di libertà di manifestazione del pensiero, secondo il quale le notizie false si rettificano, cioè gli «va giustapposta la "contronotizia"», estendendo a tutti i "comunicatori" l'applicazione dell'art. 2 c. 2 della l. n. 69/1963[205].

In sintesi, da un'analisi del testo della proposta di legge emerge che quella del DDL Gambaro è un'ipotesi di regolazione del fenomeno del falso che mostra plasticamente i limiti e i rischi di una etero-regolazione *tout court* del mondo del *web*, che non tenga cioè in considerazione – pur limitandolo – il "potere" esercitato dalle piattaforme[206], e che vede con sospetto la libera circolazione di notizie e opinioni[207].

---

[203] A ben vedere, la normativa sottende poi un'altra questione equivoca, trattando allo stesso modo le notizie false, esagerate e tendenziose, ritenendo tutte e tre meritevoli della sanzione penale, quando non si tratta però della stessa cosa.

M. Fumo, *Bufale elettroniche*, 89 fa poi notare che l'art. 256-bis manca di tassatività e determinatezza, non specificando cosa si intenda per «interessi pubblici» e per «settori dell'opinione pubblica»? Il medesimo problema riguarda, per altri versi, l'art. 656-bis; in assenza di una definizione del concetto di falso, si ravvisano carenze dal punto di vista della tassatività, della determinatezza e dell'offensività della fattispecie, richiamando uno «stato etico di matrice totalitaria» (E. Lehner, *Fake news e democrazia*, *cit.*, 100). Ancora M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 89 fa notare come il DDL "Gambaro" abbia riesumato una giurisprudenza «arcaica», che riguarda l'art. 656 c.p. come veniva applicato nei fatti in tempo di guerra

[204] M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 90

[205] *Ibidem*

[206] Le piattaforme digitali di grandi dimensioni oggi costituiscono un vero e proprio potere (economico, sociale, normativo, politico), che interroga le fondamenta del costituzionalismo, che nasce proprio come arte di limitazione del potere. La minaccia spesso agitata da tali attori privati è quella del ritiro da parte delle piattaforme dei propri servizi per tutti gli utenti residenti in un dato territorio nazionale, che comprimerebbe l'esercizio della libertà di informazione in entrambe le sue componenti attiva e passiva. Sulla natura privatistica di tali poteri esercitati dalle *big tech*, si rinvia a F. Paruzzo, *I sovrani della rete, cit.*, e M. Betzu, *I baroni del digitale*, *cit.*

[207] Rispetto ai possibili interventi della normativa statale in ambito di contrasto alla disinformazione, oltre al citato caso tedesco, sono di interesse i casi francese (v. E. Lehner, *Fake news e democrazia*, *cit.*, 95 ss.) e canadese (consultabile *online* su https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/online-disinformation.html), dove è stato approvato l'Online News Act, che entrerà in vigore a inizio 2024 e che prevede che le piattaforme tecnologiche *online* debbano pagare le testate giornalistiche per pubblicare i loro contenuti; secondo le stime

8. La risposta europea e la regolamentazione condivisa: il Digital service Act

L'origine delle regolamentazioni condivise tra poteri pubblici e piattaforme private è da individuarsi nella crisi della sovranità statale[208], che ha radici profonde e si sta verificando con un'intensità progressivamente maggiore negli ultimi trenta anni[209]. Il diritto si slega sempre più dalle categorie tradizionali (su tutte il territorio[210]), per legarsi invece alla sfera d'azione soggettiva di ciascuno, a favore della formazione di uno "spazio giuridico mondiale", in cui però viene meno, o comunque risulta inadatto, il tradizionale sistema delle fonti[211]. Nei primi anni del XX secolo G. Jellinek legava indissolubilmente il concetto di sovranità a quello di territorio, circoscrivendo il primo al secondo, e potendosi pertanto dare sovranità solo in relazione a uno spazio definito[212]. Se si prende in esame quello che è stato definito un «anti-sovrano»[213] tecnico ed economico – ovvero le *big tech* –, che esercita comunque una sovranità, tale paradigma sembra svuotato di ogni valenza[214]. Seppur si tratti di un fenomeno molto più ampio, l'avvento di *internet* e delle grandi piattaforme private, la cui nascita si fonda sulla trascendenza dei confini territoriali e sull'indipendenza rispetto a vincoli etero-imposti dai pubblici poteri (con la sottintesa convinzione/pretesa che l'autoregolamentazione sulla base di fonti di diritto privato risulti più efficace, rapida e adatta al contesto digitale), ha svolto un ruolo decisivo nel progredire della «destatalizzazione» del diritto[215]. Detto altrimenti, la crisi della sovranità statale si evince dal fatto che l'«asimmetria» tra

---

dell'Office of the *parliamentary budget officer*, le testate giornalistiche potranno guadagnare una cifra pari a fino a 290 milioni di euro l'anno (studio consultabile online su https://distribution-a617274656661637473.pbo-dpb.ca/cc009955611c336af6d46f82af210ac3445e6c551b3841adae30c1088f487b41). In seguito dell'approvazione della legge, avvenuta in Senato il 22 giugno 2023, Meta (che gestisce Instagram e Facebook in Canada) ha comunicato che bloccherà la pubblicazione/condivisione di contenuti delle testate giornalistiche all'interno dei propri *social network* (cfr. Redazione Il Post, Meta bloccherà i contenuti delle testate giornalistiche su Facebook e Instagram in Canada, in risposta a una legge che prevede che paghi per poterli pubblicare, 23 giugno 2023, consultabile *online* su https://www.ilpost.it/2023/06/23/canada-notizie-instagram-facebook-meta/

208 A. Iannotti della Valle, *Le regole di* internet *tra poteri pubblici e privati*, *cit.*, 36

209 *Ibidem*

210 Sul territorio come elemento inscindibile dal concetto di sovranità statale si rinvia a G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, Società Editrice Libraria, Milano, 2021, 368; M.R. Ferrarese, *Diritto al presente*, Il Mulino, Bologna, 2002, 7 ss.; C. Napoli, *Territorio, globalizzazione, cit.*; O. Caramaschi, *Il territorio e la sovranità statale tra globalizzazione e nuove tecnologie: quale ruolo per lo Stato nello spazio giuridico globale*, in P. Costanzo, P. Magarò, L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del convegno di Genova, 18-19 giugno 2021*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 399 ss.

211 Con riferimento al sistema delle fonti nell'ordinamento europeo, si rinvia a R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019; A. Morrone, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, Il Mulino, Bologna, 2022

212 G. Jellinek, *La dottrina generale*, *cit.*, 368

213 Espressione usata da M. Luciani, *L'antisovrano e le crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, 124 ss.

214 M. Betzu, *I baroni del digitale*, *cit.*, 21-22

215 S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, 41 ss.

pubblico e privato si sta via via dissolvendo (se non addirittura "ribaltando"), per cui il potere non viene più espresso di fatto da organismi rappresentativi e secondo «logiche gerarchiche e prevedibili dai cittadini»[216]. Lo spazio lasciato vuoto dai pubblici poteri, anche per via di profonde motivazioni storiche e ideologiche[217], non è rimasto "vacante", ma è stato occupato dalle grandi piattaforme private (definite, in dottrina, «baroni del digitale»[218] o «sovrani della rete»[219]), che hanno regolato il mondo della rete. Tuttavia, in relazione al concetto di sovranità, ciò che spesso viene tralasciato è il fatto che, oltre al concetto di territorio, la stessa non può darsi, negli ordinamenti costituzionali democratici, senza un'investitura democratica. La sovranità è popolare, non tecnico-economica, ed è volta alla tutela dei diritti[220]. La sovranità popolare si estrinseca nella determinazione dell'indirizzo politico[221]. Se l'indirizzo politico e la tutela dei diritti vengono attribuiti a soggetti privi di un legame rappresentativo col popolo, bensì legittimati solo su base tecnico-economica, si interrompe il processo rappresentativo, e viene meno lo stesso principio democratico[222].

In questo contesto si inseriscono i Codici di condotta, di cui si dirà (approvati a livello europeo prima del Digital Service Act, e che di quest'ultimo sono stati in qualche maniera il presupposto contenutistico), che sono atti di *soft law*. Si tratta di strumenti normativi che, al pari di tutte le "raccomandazioni", le "linee-guida", i "consigli", recentemente vengono sempre più di frequente adottati sia a livello nazionale che sovranazionale, come ha plasticamente dimostrato l'emergenza pandemica[223]. Facendo rinvio alla corposa

---

216 A. Iannotti della Valle, *Le regole di* internet *tra poteri pubblici e privati*, *cit.*, 39

217 Si è detto del pensiero che sta dietro la nascita di *internet* come spazio franco rispetto alle ingerenze dei pubblici poteri, cfr. *supra*, cap. I, par. 5

218 M. Betzu, *I baroni del digitale*, *cit.*

219 F. Paruzzo, *I sovrani della rete*, *cit.*,

220 Cfr. artt. 1-2 Cost.

221 C. Mortati, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975

222 M. Betzu, *I baroni del digitale*, *cit.*, 24

223 Durante la pandemia da Covid-19 si è ricorso in diversi casi a raccomandazioni, consigli, pareri, la cui vincolatività suscita non poche incertezze. Paradigmatico in questo senso è stato il caos legato alla sospensione della somministrazione del vaccino *Astrazeneca* nel 2021. M. Bocci, *Cts dell'AIFA, ok a vaccino AstraZeneca fino a 65 anni*, su *Repubblica*, 17 febbraio 2021, consultabile *online* su https://www.repubblica.it; Sul punto v. anche L. Milella, *Dpcm, Massimo Luciani: "Le raccomandazioni? Sono consigli, ma potrebbero avere una rilevanza giuridica"*, su *Repubblica*, 26 ottobre 2020, consultabile *online* su https://www.repubblica.it; per una riflessione più ampia sul valore degli strumenti di *soft law* a livello comunitario, cfr. *inter alios*, A. Poggi, *Soft Law nell'ordinamento comunitario*, *Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali – Catania, 14-15 ottobre 2005*, consultabile *online* su https://www.astrid-online.it; Cfr. anche E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, e A. Algostino, *La* soft law *comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in Costituzionalismo.it, 3/2016, 255 ss., in cui l'Autrice fa notare come non esista una definizione univocamente condivisa di *soft law*, sia a livello europeo che a livello interno; lo strumento è segnato pertanto da «flessibilità delle procedure e vaghezza dell'orizzonte giustificativo, […] comprendendo un insieme disomogeneo di atti e fatti normativi». Tuttavia, la dottrina è concorde nel registrare una produzione di effetti giuridici rilevanti da parte degli atti di *soft law*, pur formalmente privi di efficacia giuridica vincolante. È la prospettiva funzionalista, pertanto, l'unica a giustificare l'efficacia di tali strumenti, che si oppone alla giuridicità dell'*hard law*, che discende invece dall'essere adottata seguendo procedure formali date, e da parte di autorità istituzionalmente e democraticamente precostituite. Ciò ulteriormente comporta, come fa notare ancora l'Autrice, che la *soft law* «manchi della sanzione e della forza coattiva che tradizionalmente è associata alla norma e si ponga al di fuori dell'orizzonte di validità, esplicando i suoi effetti a livello pratico, con intensità e gradi di

riflessione in materia[224], in questa sede si ritiene sufficiente presentare due linee di tendenza del diritto pubblico, che fanno da sfondo alle presenti riflessioni e su cui in parte si tornerà in seguito:

i) il crescente ricorso ai suddetti strumenti di *soft law*, ovvero a un insieme omogeneo di atti, spesso adottati da organi privi di rappresentatività, segnati da «flessibilità delle procedure e vaghezza dell'orizzonte giustificativo»[225], privi pertanto di *standard* minimi di rappresentatività e, formalmente, di efficacia giuridica vincolante. Tuttavia, concordemente si attribuisce una produzione di effetti a tali atti, spiegabile solo per mezzo di una prospettiva funzionalista, antitetica alla giuridicità dell'*hard law*, basata sul rispetto di procedure formali da parte di istituzioni democraticamente precostituite.

ii) La predominanza della cd. "*lex mercatoria*" come fondamento su cui si basano le nuove forme di regolazione; la tendenza sottesa è quella per cui i poteri pubblici si ritraggono, lasciando campo a «processi spontanei di autoregolazione, che si vanno componendo autonomamente»[226].

Gli strumenti della *hard* e della *soft law* hanno vantaggi e svantaggi speculari (rappresentatività e democraticità da un lato, rapidità e negoziabilità dall'altro). Al tempo della a-territorialità e del dominio

---

normatività variabili», ponendosi così al di fuori dell'alveo di una qualsiasi riconducibilità – formale o sostanziale – alla Costituzione

224 G. De Minico, *Le fonti al tempo di* internet*: un personaggio in cerca di autore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 8 ss.; *Id.*, *Towards an "Algorithm Constitutional by design"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/202, 381 ss..
Con riferimento alla riflessione giuridica che si concentra soltanto sullo – spesso mancato – rispetto delle procedure formali di adozione degli atti, con riferimento al contenuto sostanziale più che alla procedura formale di adozione degli atti normativi, già quasi venti anni fa N. Irti, descriveva tale situazione con il termine "nichilismo giuridico" (dal titolo del medesimo saggio, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004). Pur facendone in questa sede inevitabilmente solo qualche cenno, va sottolineato che l'Autore fa riferimento al ripiegamento su di sé del diritto positivo, che cerca e trova giustificazione unicamente in sé stesso, pertanto fondandosi e risolvendosi nella sua stessa volontà e nella sua pretesa di razionalità procedurale. Il carattere tecnico, secondo l'Autore, copre qualsiasi controllo di ammissibilità e di coerenza basato su criteri esterni: ciò che conta è la correttezza della tecnica, della procedura (come ribadito in N. Irti. *Il Salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007), e non la coerenza e l'ampiezza del fine. Il diritto diventa così disponibile per tutti gli scopi, che possono di volta in volta cambiare, purché la procedura sia rispettata. Da qui la produzione disordinata e incessante di norme, che "sono così" ma avrebbero anche potuto "essere altrimenti", rifacendosi esclusivamente alla cangiante volontà del decisore politico di turno, spesso orientato alla ricerca del consenso, rendendo così astrattamente possibile adottare qualunque soluzione. Le garanzie – esterne alle norme positive – perdono così la propria ragion d'essere. L'Autore ha successivamente proposto una riflessione che traccia una via per il superamento dell'attuale situazione di stagnazione, prendendo come riferimento la volontà del singolo (cfr. N. Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011): in un contesto in cui il diritto, che è ontologicamente chiamato a scegliere, si rifiuta a farlo, in cui ciascuna fonte del diritto produce norme in maniera febbrile, senza più cercare alcun legame giustificativo, neanche approssimativo, con ciò che è "vero", è il singolo a dover scegliere a quale insieme di norme giuridiche – e pertanto a quale assetto valoriale – sottomettersi. In altre parole, è l'opzione volontaristica del singolo a diventare decisiva, essendo questi «stretto nell'alternativa dell'obbedire o trasgredire, dell'osservare o violare, e perciò chiamato a costruire la propria vita giuridica e a scegliere la propria norma fondamentale». L'Autore compie così in qualche maniera un passaggio dal nichilismo al politeismo, passando per una critica – che è anche una presa d'atto – al formalismo. Per più approfonditi commenti e critiche all'opera dell'Autore, cfr. A. Cesolini, *N. Irti, Diritto senza verità, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 178 (Recensione a)*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2012

225 A. Algostino, *La soft law comunitaria, cit.,* 255 ss

226 G. Azzariti, *Diritto o barbarie*, *cit.*, 27-28

economico esercitato dalle piattaforme, che adottano le ben più snelle procedure di diritto privato, lo strumento della *soft law* sembra in qualche misura destinato ad essere sempre più utilizzato[227].Tuttavia, come si vedrà[228], la *rule of law*, che sta alla base dell'edificio giuridico europeo, rimane un "paletto" non aggirabile, su cui si fonda lo Stato di diritto.

Come ha fatto correttamente notare J. Balkin, con una metafora parecchio esemplificativa, nel contesto dell'informazione *online* «*freedom of expression is a triangle*»[229]: la sua regolamentazione non riguarda più esclusivamente lo Stato e i cittadini (singoli o nelle forme organizzate/professionali di informazione attiva), bensì anche una terza tipologia estranea a entrambe le categorie: le società di *social media*. Queste di fatto si trovano a svolgere funzioni editoriali (o para-editoriali) su scala globale, moderando i contenuti pubblicati tramite algoritmi automatizzati[230].

8.1 Breve recap degli atti UE che hanno preceduto il DSA

A differenza del contesto statunitense, fondato sulla forte tutela di libertà garantita dal First Amendment, alla base della regolazione della libertà di espressione nel panorama europeo vi è l'art. 10 CEDU, secondo il quale tale libertà «può essere sottopost[a] alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»[231]. Alcuni beni specificamente individuati dalla normativa, unitamente ai più generici «diritti

---

227 Specie in seguito a casi in cui lo strumento dell'hard law si rivela inadatto a soddisfare certi bisogni, v. Canada

228 V. *infra,* par. 8.2.1

229 J. Balkin, *Free speech is a triangle*, in *Columbia Law Review*, 2018, 2011 ss.

230 O. Pollicino, *General Report*, *cit.*,

231 Testo consultabile integralmente *online* su https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ita
La questione del falso in Europa si è posta specie in relazione al negazionismo. L'insidia profonda che sta dietro i provvedimenti di limitazione della libertà di manifestazione del pensiero in casi del genere è quella che i tribunali si ergano a giudici della verità, e dunque della storia (compito evidentemente estraneo alle loro funzioni). Tale contraddizione è stata mostrata in maniera chiara dalla decisione del *Conseil Constitutionnel Francais* 2012-647 del 28 febbraio 2012 (consultabile *online* su https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012647DC.htm), che ha vietato la negazione del genocidio armeno. L'interrogativo è: fino a che punto il giudice può ergersi a giudice della storia, vietando o sanzionando alcune ricostruzioni storiche? Qual è l'interesse meritevole di tutela in casi del genere? Riguardo alla propaganda politica, si è detto astrattamente che deve essere protetta dalla diffusione di *fake news* perché è in gioco il funzionamento della democrazia e la tutela della libertà di voto, seppur sindacare nel merito il *political speech* sia un'operazione delicatissima. Sostenere che il giudice possa pronunciarsi sulla veridicità o meno di una notizia nell'ambito del dibattito politico è pericoloso. Appellarsi all'applicazione di norme repressive in questo ambito apre a una discrezionalità del legislatore e del giudice che si avvicina sinistramente alla censura. Sul tema, e sulla decisione del *Conseil Constitutionnel Francais* del 2012, si rinvia a E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Giuffré, Milano, 2012. Sul rapporto tra storia e diritto, si rinvia a I. Spigno, *Argomentazioni costituzionali contro la giuridificazione della ricerca storica*, in *Ianus*, 9-2013, 11 ss.

altrui», pertanto, non possono essere interamente[232] sacrificati in sede di bilanciamento dall'esercizio della libertà di espressione, che può essere a sua volta limitato[233]. Di conseguenza, sono ammessi – e per certi versi necessari – in ambito europeo degli interventi normativi che si sostanzino in «formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni» che limitino la libertà di espressione del singolo o prevedano responsabilità per i fornitori di servizi digitali, purché tali limitazioni siano necessarie e non sproporzionate in relazione ai predetti obiettivi.

Su questa base hanno avuto luogo gli interventi normativi a livello europeo. Un primo intervento, che si è sostanziato in atti di *soft law*, è quello del Piano d'azione contro la disinformazione, adottato sotto forma di comunicazione congiunta del 5 dicembre 2018 della Commissione Europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio d'Europa, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Il Piano riconosce i rischi che la disinformazione *online*, specie in ambito politico, comporta, che si inverano in tecniche sempre più sofisticate, che il Piano non manca di elencare: la *targettizzazione* dei messaggi, «la manipolazione dei video (*deep-fakes*) e la falsificazione di documenti ufficiali; l'uso di *software* per *internet* automatizzato (*bot*) al fine di diffondere e amplificare contenuti e dibattiti controversi sui *social media*; il furto di identità e gli attacchi ai profili sui *social media* da parte di *troll*»[234]. Dopo aver individuato e descritto i rischi propri della disinformazione in rete, il Piano elenca i quattro pilastri su cui devono basarsi le strategie europee di contrasto: «(1) migliorare le capacità delle istituzioni dell'Unione di individuare, analizzare e denunciare la disinformazione; (2) potenziare risposte coordinate e comuni alla disinformazione; (3) mobilizzare il settore privato nella lotta alla disinformazione; (4) sostenere azioni di sensibilizzazione e rafforzare la resilienza sociale»[235]. Al netto della genericità di alcuni concetti, che sembrano più vicini a dichiarazioni di principio che a volti al contrasto effettivo del fenomeno, il Piano apre alla cooperazione tra poteri pubblici e poteri privati (punto 3) quale strategia necessaria per contrastare le *fake news*.

Tale visione si sostanzia poi in maniera più concreta nel secondo provvedimento, sempre di *soft law*, con cui l'Unione Europea è intervenuta sul punto, il Codice di condotta sulla disinformazione della Commissione Europea del 28 settembre 2018, sottoscritto dalle più importanti *big tech*, come Facebook, Google, Twitter, Microsoft, oltre che da imprese pubblicitarie e gruppi di inserzionisti. Tale atto agisce nell'ambito dell'autoregolamentazione delle piattaforme, non imponendo alle stesse limiti eteronomamente determinati. Tramite la sottoscrizione del Codice, infatti, le piattaforme si impegnano

---

232 M. R. Allegri, *Ubi social, ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2018, 183

233 Secondo un'interpretazione che sembrerebbe in linea con la teoria del bene costituzionalmente protetto

234 Commissione Europea – Alto Rappresentante dell'Unione per gli Affari esteri e la Politica di sicurezza, *Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Piano d'azione contro la disinformazione*, consultabile *online* su https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018JC0036&from=DE

235 *Ibidem*

ad adeguare i contenuti contrattuali delle condizioni di servizio che le stesse propongono ai propri utenti[236].

Questi, nel dettaglio, gli interventi che le piattaforme hanno preso l'impegno di realizzare con la sottoscrizione del Codice: «(1) l'impegno ad interrompere da parte delle piattaforme digitali le entrate pubblicitarie di *account* e siti *web* ritenuti vettori di disinformazione; (2) l'impegno ad aumentare la trasparenza dei messaggi di propaganda politica in rete; (3) la segnalazione costante di account falsi e *bot online*; (4) la facilitazione dell'accesso alla pluralità delle fonti di informazione, migliorando la visibilità diretta dei contenuti certificati come veritieri; (5) l'agevolazione delle segnalazioni de contenuti falsi da parte degli utenti; (6) il diritto di accesso da parte della comunità degli utenti ai dati in possesso delle piattaforme per monitorare la disinformazione *online* attraverso modalità che rispettino le discipline vigenti in tema di tutela della *privacy*»[237].

L'intento del Codice è quello di responsabilizzare le piattaforme private, al fine di tentare di dare attuazione a principi fondanti del diritto dell'informazione, che si sostanziano nella tutela del pluralismo, interno ed esterno[238]. Ciò viene perseguito garantendo da un lato all'utente la possibilità di muoversi "liberamente" – ammesso che di "libertà" possa parlarsi alla luce dei meccanismi di funzionamento del *web* di cui si è detto[239] – tra una pluralità di fonti (teoricamente) verificate all'interno della piattaforma stessa, e dall'altro che le piattaforme, tramite propri servizi di *fact-checking*, diano ai vari canali la possibilità di accreditarsi quali mezzi affidabili, che diffondono esclusivamente notizie verificate e che quindi possono confrontarsi liberamente nell'ecosistema informativo[240].

8.2 Il Digital Service Act

Il Digital Service ACT (DSA), approvato con tre diverse risoluzioni del Parlamento Europeo del 2020[241], intende innovare la Direttiva n. 2000/31/CE che si è ritenuto necessario modificare per via dei sostanziali

---

236 Sul punto, cfr. G. De Minico, *Le fonti al tempo di* internet, *cit.*

237 Punti sintetizzati da D. Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*,114

238 Sul diritto al pluralismo in Europa e in Italia, si rinvia al resoconto del Convengo LUISS del 30.05.2012, consultabile *online* su https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2012/05/30/il-diritto-al-pluralismo-dell'informazione-in-europa-e-in-italia/; con riferimento all'Europa, F. Donati, *Unione europea, libertà e pluralismo dei mezzi di informazione*, in *MediaLaws*, 2/2022; con riferimento all'Italia il tema intercetta il rispetto dell'art. 21 Cost., come rilevato da *Id.*, *L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo*, in *MediaLaws*, 1/2018; per una riflessione più generale su pluralismo interno ed esterno nel contesto della disinformazione, si rinvia a J.F. Sanchez Barrilao, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *MediaLaws*, 2/2021

239 V. *supra*

240 D. Butturini, *Le notizie false su* internet, *cit.*, 115

241 Risoluzioni del 20 ottobre 2020 (2020/2018(INL)), con cui il Parlamento ha riconosciuto la necessità di approvare il *Digital Service Act*; il DSA è stato poi approvato in prima lettura dal PE nel luglio 2022, e pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 27 ottobre 2020, per entrare in vigore il 16 novembre 2022, e applicarsi entro i quindici mesi successivi. Gli Stati membri saranno tenuti a nominare i rispettivi coordinatori dei servizi digitali entro il 17 febbraio 2024.

cambiamenti in tema di servizi digitali e del commercio digitale (per cui è stato congiuntamente approvato Il Digital Market Act[242]), al fine di evitare difformità tra le discipline adottate dai singoli Stati membri in tema di servizi digitali. Il tipo di fonte scelto è stato infatti quello del regolamento – e non della direttiva, come in precedenza –, a testimonianza della volontà di unificazione dell'intero panorama europeo sul punto[243]. Il DSA fa salvi i due principi cardine della Direttiva 2000/31 CE, consistenti nell'irresponsabilità dei *digital service provider* per i contenuti prodotti dagli utenti, e nel divieto di verifica preventiva[244] sui contenuti pubblicati sulle piattaforme. I nodi su cui il regolamento si concentra sono quelli relativi agli obblighi *ex post* per le piattaforme in tema di informazione e a una più stringente trasparenza[245].

Ai sensi della direttiva 2000/31/CE, il *provider* in generale non ha alcuna responsabilità relativa ai contenuti pubblicati[246]. Solo in casi eccezionali, che dovranno di volta in volta essere dimostrati, e che devono altresì essere riconducibili alla casistica espressa (come si evince dal "*considerando*" n. 42[247] e art. 15 par. 2[248]), "scatta" un obbligo di intervento in capo al gestore. Gli Stati membri, nel caso in cui vengano a conoscenza di informazioni o attività illecite, possono ordinare ai *provider* di informare le Autorità nazionali istituite dagli Stati membri.

In Italia la Direttiva 2000/31 è stata recepita dagli artt. 14-17 del D.LGS. 9 aprile 2003 n. 70, con cui si è segnato in parte un discostamento dalla disciplina descritta: se infatti da un lato viene fatto salvo il principio generale dell'irresponsabilità dei *provider* di servizi di *caching* e di *hosting*, unitamente all'assenza di obblighi di filtraggio dei contenuti, per un altro verso sono previsti due casi di responsabilità per gli ISP:

---

242 Sul *Digital Market Act* e sui problemi relativi alla tutela dei diritti, alla protezione dei dati personali e al ruolo dell'Antitrust, si rinvia a A. Iannotti della Valle, *Le regole di* internet, *cit.*; si v. anche P. Ibanez Colomo, *The draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis*, in *Journal of European Competition Law & practice*, 7/2021, 561 ss.; G. Contaldi, *Il* DMA *(*Digital Markets Act*) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 1/2021, 292 ss.

243 Sull'efficacia dei regolamenti UE all'interno degli Stati membri si rinvia a R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, *cit.*, 71

244 Esclusa già dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in quanto sarebbe troppo gravoso, Corte giust., 24 novembre 2011 C-70/10, *Scarlet extended v. Sabam*

245 M.R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali nella proposta di regolamento europeo sui servizi digitali*, in G. Ferri (a cura di), in *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, *cit.*, 4

246 Irresponsabilità riconosciuta come "discendente diretta" della Section 230 statunitense, v. *supra*

247 Come fatto notare da M.R. Allegri, La responsabilità degli intermediari, cit., 8. "Considerando" n. 42 della Direttiva 2000/31/CE che riporta che « Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunica- zione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informa- zione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate»

248 Secondo cui «gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati». Il par. 1 del medesimo articolo prevede invece che «nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indi- chino la presenza di attività illecite

quando si ha prova che il *provider* sia venuto effettivamente a conoscenza dell'informazione o attività illecita, e non informa tempestivamente le autorità competenti *(i)*; o quando su richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa il *provider* resta inerte *(ii)*. Sarebbe così di fatto sfumata la "neutralità" propria del ruolo dei prestatori di servizi digitali (oltretutto in assenza di un chiarimento su quali siano i mezzi e le circostanze per cui possa dirsi integrato il requisito della "effettiva conoscenza"), i quali, secondo la disciplina contenuta nella Direttiva, dovrebbero essere tenuti ad attivarsi per la rimozione dei contenuti illeciti solo ed esclusivamente su richiesta delle Autorità competenti[249].

Ciò detto, in generale la Direttiva 2000/31/ CE – adottata prima dell'avvento diffuso dei *social network*, e in un momento in cui certi sviluppi nel funzionamento delle piattaforme erano ancora poco noti – continua a porsi apparentemente nel segno della (presunta) neutralità e della passività degli *Internet Service Providers*, ignorando di fatto le coordinate entro cui si muovono i fornitori di servizi nel contesto digitale, basate su *big data* e meccanismi di profilazione dei contenuti[250].

Nei fatti, con la normativa pre-DSA le istituzioni europee hanno deciso di lasciare in via generale alle piattaforme la regolazione del "mercato delle idee" al proprio interno, affidando *de facto* alle stesse la risposta alle impellenti domande in tema di contrasto al falso informativo derivanti dal contesto sociale (si pensi ai servizi di *fact-checking* da parte delle stesse piattaforme e ai meccanismi para-giurisdizionali

---

249 M. R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali*, *cit.*, 8-9, che fornisce anche una ricostruzione dei correttivi giurisprudenziali europei e italiani per tentare di unificare l'impianto normativo

250 Diffusamente illustrati nel cap. I, v. *supra*, cap. I

interni volti a permettere all'utente di fare un "ricorso" contro le decisioni della piattaforma[251]), basandosi su un concetto privatistico di falso stabilito autonomamente dalle autorità private[252].

Nel quadro descritto, il DSA si rivolge agli intermediari di servizi di mero trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*) e memorizzazione permanente (*hosting*)[253], a prescindere dal territorio in cui gli stessi abbiano sede[254], attribuendo invece rilievo al «collegamento sostanziale» con l'Unione Europea, ovvero alla prestazione di servizi nell'Unione, che potrebbe desumersi anche dal numero di utenti negli Stati membri, che, è stato fatto notare, deve essere «considerevole»[255] (seppur manchi una concreta quantificazione per ritenere inverato tale carattere).

La novità più considerevole prevista dal DSA – seppur dovrà verificarsene l'effettiva portata, in quanto mitigata da successive disposizioni – riguarda proprio la (ir)responsabilità dei *provider*, che sarà fatta salva solo qualora non siano i medesimi a dare il via alla trasmissione dei contenuti digitali illeciti prodotti dagli

---

251 Il Facebook Oversight Board è l'organo para-giurisdizionale istituito da Facebook per dare agli utenti la possibilità di presentare ricorsi avverso le decisioni prese dalla piattaforma stessa in tema di libertà di espressione. Si tratta, in altre parole, di un caso in cui l'autoregolazione riguarda il sistema giurisdizionale interno alla piattaforma.

La legittimazione dell'organo privato è da inquadrare all'interno della più ampia questione della crisi di legittimità della giurisdizione.

Le decisioni adottate dal Board sono vincolanti e motivate. Si tratta di una sorta di organo giurisdizionale di secondo grado, a cui gli utenti stessi possono adire qualora ritengano che un proprio contenuto sia stato ingiustamente rimosso o oscurato. Il modello proposto da Facebook ha come obiettivo esplicito quello della protezione di diritti fondamentali, che viene interamente affidata all'ambito privatistico, ponendosi in maniera alternativa e indipendente rispetto al circuito statuale, in linea con la crescente «erosione del monopolio statale sulla giurisdizione» (sul punto si rinvia a A. Iannotti della Valle, La *giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il 'modello' dell'*Overisght Board *di Facebook*, in Federalismi,26/2021, 144 ss. , specie con riferimento ai meccanismi di funzionamento dell'organo e del procedimento davanti al medesimo, alla sua composizione e alla – presunta – indipendenza dell'organismo di cui Facebook si vanta»

Secondo parte della dottrina (cfr. O. Pollicino, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi*, 19/2019, 10 ss.), il FOB è nato in risposta alla sentenza Facebook della Corte di Giusizia dell'Unione Europea (CGUE, III sez., 3 ottobre 2019 (C-18/18, Facebook)), che imponeva alla piattaforma di provvedere alla rimozione a livello internazionale dei contenuti identici o comunque sostanzialmente equivalenti a quelli dichiarati illeciti.

I sostenitori del FOB notano come questo garantisca una maggiore rapidità ed efficienza nella tutela dei diritti rispetto a quanto non faccia il pubblico.

Il Board si trova pertanto in linea con la crescente «de-territorializzazione» del diritto e del potere giudiziario, con l'erosione della triade «sovranità-territorio-giurisdizione». Tuttavia, non possono sottacersi le assenze di garanzie proprie di un organo giurisdizionale (indipendenza, autonomia, sottomissione soltanto alla legge), che diversi Autori hanno fatto notare (cfr. A. Iannotti della Valle, *La giurisdizione privata*, *cit.*, M.E. Bucalo, *La libertà di espressione in rete fra* content moderation *dei* social network *e regolazione dell'Unione Europea*, in *Diritti fondamentali*, 3/2022, 270 ss.; A. Buratti, *Framing the Facebook Oversight Board: rough justisce in the wild web?*, in *MediaLaws*, 2/2022, 31 ss.

252 Concetto che, come si vedrà, l'Unione Europea ha giustificato *ex post* per mezzo del DSA, cfr. M. Bettoni, *Profili giuridici della privatizzazione della censura*, in *Ciberspazio e Diritto*, 4/2011, 363; M. Monti, *Privatizzazione della censura e* Internet platforms*: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Informatica e Diritto*, 1/2019, 35 ss.;

253 Sono i tre tipi di servizi individuati dagli artt. 12 (*mere conduit*), 13 (*caching*) e 14 (*hosting*) della Direttiva 2000/31/CE

254 In quella che potrebbe sembrare una portata diretta del fatto che, come detto, il principio personalistico progressivamente stia prevalendo su quello strettamente geografico nell'ambito del diritto UE

255 M.R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali*; *cit.*, Viene infatti da chiedersi quale sia il numero di utenti attivi sufficiente per essere considerato «considerevole». 10.000? 100.000? 1 milione?

utenti, e non selezionino né il destinatario né quali informazioni del contenuto trasmettere o meno (né modifichino il contenuto stesso)[256]. L'art. 5 recita poi che «nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficiente o più sicuro il successivo inoltro delle informazioni ad altri destinatari del servizio su loro richiesta, a condizione che detto prestatore:

a) non modifichi le informazioni;

b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;

c) si conformi alle norme sull'aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;

d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;

e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso alle stesse, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni all'origine della trasmissione sono state rimosse dalla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ha ordinato la disabilitazione dell'accesso a tali informazioni o ne ha disposto la rimozione»[257].

Sembrerebbe pertanto potersi sostenere che sussista a prescindere un indiretto obbligo di attivazione in capo alle piattaforme – e qui si sembrerebbe ravvisarsi la più sostanziale differenza con la precedente Direttiva – che non sia per forza subordinato alla segnalazione degli utenti o delle autorità statali o europee competenti[258].

Tuttavia, l'art. 7 del DSA[259] nega al contempo esplicitamente la sussistenza di un qualsivoglia carattere di obbligatorietà relativamente a condotte di attivazione volontaria e spontanea da parte delle piattaforme private, ritenendole misure di contrasto alla diffusione di contenuti illegali (o che disabilitino l'accesso ai

---

256 Il DSA non fa riferimento alle notizie false in maniera diretta, quanto ai «contenuti illegali», definiti all'art. 3 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»

257 Il comma 2 specifica che «Il seguente articolo lascia impregiudicata la possibilità, conformemente all'ordinamento giuridico dello Stato membro, che un'autorità giudiziaria o amministrativa esiga che il prestatore del servizio impedisca o ponga fine a una violazione».

258 M.R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali*, *cit.*, 17, secondo cui potrebbe ritenersi che le piattaforme siano tenute ad avere un «comportamento proattivo» nel contrasto ai contenuti illegali

259 Unitamente all'art. 6, secondo cui il prestatore di servizi di memorizzazione non è responsabile a meno che detto prestatore: «a) non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure b) non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi»

medesimi) di per sé non sufficienti, anche se svolte secondo diligenza e buona fede, per giustificare un'esenzione da responsabilità[260]. Queste condotte sono insomma incoraggiate[261], ma non rese obbligatorie. Di fatto, le grandi piattaforme si trovano così incentivate a svolgere attività di *content filtering* preventivo per tutelarsi[262]. Nei fatti, un impianto normativo di tal genere incentiva la creazione da parte delle piattaforme di meccanismi di *notice-and-take-down* [263], per cui si rimette in ogni caso agli utenti la facoltà di segnalare la presenza di contenuti illegali all'interno della piattaforma; la realizzazione di tali pratiche resta la corsia preferenziale per i *providers*, attuabile tramite un'adesione su base volontaria (un meccanismo analogo era incoraggiato dai Codici contro l'*hate speech* del 2016 e contro la diffusione delle *fake news* del 2018). Il *provider* procede così sulla base di una segnalazione dettagliata da parte dell'utente, resta esente da responsabilità ed è tenuto a motivare la propria decisione, in modo che l'interessato, o comunque il destinatario del servizio, possa scegliere se esercitare i mezzi di ricorso previsti dall'art. 16 DSA (gestione dei reclami interni alla piattaforma), la risoluzione extragiudiziale e il ricorso per via giudiziaria (ex art. 15).

8.2.1 Questioni critiche

Alla luce di tale impianto, emerge che il modello europeo, già a partire dalla precedente adozione di Codici di condotta, così come con il più recente DSA, si caratterizza per una esplicita e sistematica forma di co-regolamentazione tra pubblico e privato.

Sull'opportunità, i punti di forza e i rischi di una co-regolamentazione pubblico-privato si dirà più avanti[264]. Non può tuttavia non farsi cenno a talune problematiche (rinviando a studi specifici sul tema), relative al concetto stesso di falso e ai principi cardine dell'ordinamento europeo, che l'adozione in questi termini di una forma di co-regolamentazione solleva.

In relazione al concetto di falso – le cui problematicità anche di carattere definitorio sono state precedentemente illustrate[265] – il DSA sembra promuovere a parametro di legittimità relativo alla

---

260 L'art. 7 è strutturato in modo apparentemente contorto, prevedendo una tripla negazione: «I prestatori di servizi intermediari non sono considerati inammissibili all'esenzione dalla responsabilità prevista agli articoli 4, 5 e 6 per il solo fatto di svolgere in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie […]»

261 Tale meccanismo sembra riconducibile a quello che il costituzionalista americano C.R. Sunstein e l'economista, anch'egli americano, A. Thaler, hanno definito "*nudge*". Con il termine "*nudge*" ("spintarella", "pungolo"), si intendono tutti quei sostegni e suggerimenti leggeri, indiretti, «gentili» che consigliano e influenzano il processo decisionale di singoli e gruppi di individui; cfr. a tal proposito, R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2022, e C.R. Sunstein, *Sulla libertà*, Einaudi, Torino, 2020

262 Sono molteplici le segnalazioni di *post* preventivamente bloccati sulla piattaforma *Facebook* perché il *content filtering* automatico, basato su un sistema di intelligenza artificiale, riconosce erroneamente come in violazione alle "regole della community" alcuni contenuti.

263 M.R. Allegri, La *responsabilità degli intermediari digitali*, *cit.*, 18

264 V. *infra*, capitolo conclusivo

265 V. supra, *par.* 3

veridicità o meno delle notizie un criterio privatistico, stabilito dall'autonoma regolamentazione delle piattaforme private. Il DSA infatti nulla dice sul punto: affidando per intero tale delicata questione alla decisione delle piattaforme private, verrà in concreto applicato un concetto di falso privo di legittimazione democratica e rappresentatività sociale. L'affidamento ai Codici, e ad atti di *soft law* in generale, di un tale potere normativo, sembra compromettere il principio di gerarchia dell'ordinamento europeo[266]: spetterebbe alla legge, infatti, individuare preventivamente i criteri generali e i principi direttivi della materia, mentre i Codici dovrebbero intervenire solo successivamente per integrare la disciplina. Come è stato fatto notare in dottrina, la tendenza in ambito di diritto dell'Unione è stata quella per cui i principi generali si sono fatti progressivamente più vaghi, attribuendo così competenze sempre più ampie e in qualche misura di indirizzo ai Codici, ovvero a fonti di *soft law*[267]. Col DSA, secondo gli osservatori più attenti e critici[268], si sarebbe inverato un ulteriore passo avanti: il legislatore europeo non solo avrebbe abdicato al proprio ruolo di indirizzo e di innovazione dell'ordinamento giuridico, ma avrebbe anche assegnato indirettamente tale ruolo all'Autorità privata, giustificando *ex post* gli autonomi approdi normativi delle piattaforme. È altresì da tener presente – e anche in questo caso sulle problematiche teoriche sottese si tornerà più diffusamente in seguito[269] – che un sindacato privato sulla "falsità" o meno delle notizie non garantisce una terzietà circa il fine per cui tale attività viene realizzata, che sia di carattere lucrativo o di conformazione a una visione ideologica piuttosto che a un'altra[270].

Da quanto emerso, la problematica fondamentale che attraversa tutte le tematiche relative al Digital Service Act – e, per certi versi, alla più recente regolamentazione europea in generale – è il *deficit* di democraticità. Ciò che avviene è l'affermazione di nuovi «centri di potere privato», che, di fatti, si affiancano allo Stato in quanto ad esercizio della sovranità, in assenza di una legittimazione democratica[271].

---

266 Oltre al principio di gerarchia, anche quello di generalità e astrattezza della norma sembra messo in discussione. G. De Minico, *Le fonti al tempo di* internet, *cit.*, 9, fa notare che «*internet* ci ha costretto a rinunciare a un altro principio basilare, sintetizzato nella coppia astrattezza e generalità della norma. Infatti, i codici nel vietare una manifestazione del pensiero che istighi alla violenza, all'odio o alla pedopornografia, non tracciano ex ante la linea di confine tra il permesso e il divieto, lasciando che a farlo siano i concreti atti di pulizia ordinati da FB».

267 G. De Minico, *Le fonti al tempo di* internet, *cit.*, 8-9

268 *Ibidem*

269 Cfr. *infra*, capitolo conclusivo

270 Come fa notare M.R. Allegri*, Ubi social, ibi ius*, *cit.*, 185., è lo stesso «spazio di neutralità» in cui dovrebbe svolgersi il dibattito pubblico, che sta alla base della democrazia pluralista, ad essere messo in crisi dall'azione regolatoria de facto dei soggetti privati. La tutela della neutralità dello spazio pubblico è infatti una prerogativa squisitamente pubblicistica, che non può chiedersi ai privati (legittimamente portatori di interessi particolari) di tutelare. Gli interventi che limitano la libertà di espressione, peraltro realizzati da soggetti privi di legittimazione rappresentativa, verranno probabilmente percepiti dagli "utenti" «come il tentativo di garantire un'ingiustificata posizione privilegiata solo ad alcuni gruppi culturali, traducendosi quindi in una forma di discriminazione»

271 M.R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali*, *cit.*, 25

Può ritenersi che tale espressione parallela di sovranità, essenzialmente di matrice tecnica[272], disgreghi l'ordinamento democratico rappresentativo[273], o, viceversa, che vi si innesti senza sostanziali criticità; ma non può farsi a meno di notare il fatto che la *governance* delle piattaforme *online*, definita da poteri privati, non risponde a procedimenti democratici precedentemente stabiliti. In questo contesto, la strada seguita dall'Unione Europea è stata quella del dialogo diretto con i *provider*, ridimensionando il ruolo degli Stati membri in merito ai rapporti tra poteri pubblici e piattaforme private. Queste ultime, per un verso sono incentivate, come si è detto, ad approntare meccanismi di *notice-and-take-down*, e a fornire risposta alle segnalazioni ricevute al fine di preservare il proprio regime di irresponsabilità; per un altro verso, il parallelo incoraggiamento per il *content filtering* preventivo e automatizzato sulle pubblicazioni degli utenti sembra smentire definitivamente l'assioma della neutralità delle piattaforme su cui si basava la Direttiva 2000/31/CE.

Tali procedure, che assegnano compiti e funzioni delicate alle piattaforme pur non obbligandole direttamente a realizzarle, ma incentivandole così a farlo, sono da leggere "a sistema" con l'altro pilastro del DSA, quello della trasparenza, che si esplica in obblighi di motivazione e contraddittorio. Qualora infatti le piattaforme decidano di intervenire sull'ecosistema informativo (disabilitando *account*, bloccando l'accesso a contenuti, ecc.), sono comunque tenute a garantire all'utente la possibilità di instaurare un contraddittorio, sulla base della motivazione delle eventuali misure limitative adottate. Queste ultime, che "forzano" il libero mercato delle idee, sono prese sulla base di algoritmi che "analizzano" i contenuti; tuttavia, se gli utenti le ritengono lesive della propria libertà di espressione, possono richiedere che siano revisionate, domandando un *surplus* di motivazione che parta dalle loro doglianze.

Il meccanismo sembra un tentativo di giustificare la preservazione del regime di irresponsabilità, e parallelamente della (asserita?) neutralità, delle piattaforme, chiedendo loro uno sforzo ulteriore sul versante della trasparenza. Il contenuto dell'obbligo di motivazione si suppone infatti sia volto a dimostrare che le scelte editoriali operate dalla piattaforma rifletterebbero una sostanziale neutralità[274], e non sarebbero invece il portato di un esercizio di discrezionalità o di preferenze para-editoriali di alcun tipo.

In sintesi, il DSA è un tentativo di risposta alla grande domanda di fondo, che resta aperta ed è la seguente: atteso che ci sono dei poteri privati che assumono caratteristiche di *governance*, come ci si rapporta con

---

272 L. Lessig, *Code: and other laws of cyberspace, version 2.0*, Basic Books, New York, 2006, è stato il primo a far notare alla riflessione giuridica sul tema che la forma, l'architettura della rete (costituita da codici algoritmici) è in realtà sostanza, è nei fatti già legge (code is law). È su questa base che si fonda il "diritto senza Stato" delle multinazionali, come fatto notare da G. Tubner, "Codes of conduct" *delle imprese multinazionali: effettività e legittimità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009. La nuova forma della *soft law* è dunque l'espediente tecnico in sé (E. Maestri, Lex informatica *e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel* cyberspazio, in *Ars interpretandi*, 1/2017, 18), unico modo per veicolare la normativa, quale che sia, all'interno delle piattaforme digitali: «Il "*code*" si sostituisce al diritto» (*ibidem*, 16)

273 E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2015

274 O meglio, forse, una neutrale adesione a termini e condizioni autonomi

questi? La risposta sembra per certi versi soddisfacente, o quanto meno da salutare con favore, dal punto di vista della richiesta ulteriore di trasparenza e di instaurazione di un contraddittorio con le piattaforme. Per altri versi, la normativa si basa sul riconoscimento di una sovranità "parallela" in capo alle piattaforme (il cui interlocutore è l'Unione Europea, e non tanto gli Stati membri), senza risolvere però del tutto il tema del *deficit* di democraticità e legittimazione popolare dei *provider*, che restano sostanzialmente irresponsabili rispetto alle attività svolte, pur regolando l'esercizio di una libertà fondamentale.

9. Cenni al modello americano: il *free marketplace of ideas*

Una differente tipologia di modello regolatorio del fenomeno del falso consiste in una tendenziale "assenza di regolazione", per lasciare spazio a quello che è stato definito, coma già si è avuto modo di ricostruire[275], il «*free marketplace of ideas*»[276]. Alla base di tale concezione, che, al netto di inevitabili peculiarità e specificazioni, sta alla base del sistema statunitense, vi è una forte tutela della "*freedom of speech*". Nel contesto americano il fondamento di tale libertà è costituito da una norma "in negativo", il Primo emendamento della Costituzione del 1789[277], secondo cui «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*». Ogni intervento legislativo che limiti il *free speech* è guardato con sospetto, e dunque vietato. È come se vi fosse un sottotesto relativamente alla libertà di espressione: la falsità un'idea non si evince dal parere dei giudici, né del legislatore, ma dal confronto con altre idee[278].

Sarebbe tuttavia illusorio ritenere che l'afflato marcatamente libertario che sta alla base della tutela del *free speech* risalga già al XVIII secolo. Fu dapprima il ruolo "creativo" dei giudici negli Anni '20 del XX secolo, che si sono trovati a svolgere la funzione di "arbitri" di questa libertà, ad aprire a una tale interpretazione

---

275 La locuzione proviene dalla celebre *dissenting opinion* del giudice Holmes del 1919, v. *supra*, cap. I par. 3.1.1

276 La differenza rispetto al modello europeo è evidente, ed è ben esemplificata dalla causa LICRA v. Yahoo, sull'articolo R645-1 riguardante la vendita di cimeli nazisti sul sito di aste Yahoo, che mostra altresì come cultura e costituzioni diverse possono giungere ad esiti diametralmente opposti sulla medesima questione (la vendita di tali cimeli fu considerata legittima negli Stati Uniti, ma lo stesso non avvenne in Europa). Negli Stati Uniti il Congresso non può ledere la libertà di espressione in alcun modo. Nella cultura giuridica europea la visione è diversa. Per approfondimenti sul tema. Cfr. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di* internet, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere*, *cit.*; M. Manetti, *Regolare* internet, *cit.*, 42 ss.; M.E. Bucalo, *La libertà di espressione nell'era dei* social network *fra* content moderation *e necessità di una regolazione flessibile*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2023, 148 ss.; J.R. Reidenberg, *Yahoo and democracy in the internet*, in *Jurismetric*, 42/2001-2002)

277 Sono numerosissimi gli studi, in ambito americano, fin dalla dottrina più risalente, sul *First Amendment*. Si rinvia in tal senso a.; A. Meiklejohn, *The first Amendment is an absolute*, in *Chicago Journals*, 1961, 245 ss.; L. B. Frantz, *The First Amendment in the Balance*, in *Yale Law Journal*, 8/1962, 1424 ss; T.I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, in *Yale Law Journal*, 5/1963, 877 ss.; C.E. Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, in *UCLA Law Review*, 5/1978, 964; R. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, in *Standford Law Review*, 6/1995, 1249 ss.

278 Corte Suprema U.S., *Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

del Primo Emendamento in ordine alla libertà di espressione. Specie le sentenze *Abrams*[279] e *Shenck*[280], in questo senso, misero in luce la volontà dei giudici progressisti di scacciare i fantasmi che alimentavano la paura del dissenso, in anni in cui la propaganda eversiva era parecchio diffusa[281].

Il modello americano, anche dopo la comparsa di tali orientamenti giurisprudenziali, non è comunque divenuto conseguentemente libertario in senso generale, ovvero senza che si verificassero discriminazioni. Dietro l'approdo all'orientamento attuale c'è infatti un dibattito faticosissimo – a cui in questa sede può soltanto farsi un cenno – che ha avuto luogo nel contesto dell'affermazione dei diritti delle persone di colore[282], i cui diritti, civili (compreso quello della libertà di manifestazione del pensiero) e sociali, erano costantemente negati. Anche fuori dal discorso razziale non vi fu una tutela ampia e generalizzata, basti pensare che nel 1951 la Corte Suprema stabilì che la libertà di parola non valeva per i comunisti[283].

L'evoluzione della citata giurisprudenza progressista è andata di pari passo col progressivo allentamento di una concezione anti-libertaria che si era manifestata nella Corte americana. Ci sono volute pronunce

---

279 Corte Suprema U.S., *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), in cui il giudice Holmes, in una celebre *dissenting opinion*, affermò che «sia rispetto ai pericoli propri della guerra sia rispetto agli altri, il principio della libertà di parola è sempre il medesimo. Solo il pericolo attuale di un danno immediato o l'intenzione di provocarlo autorizzano il Congresso a porre limiti all'espressione di opinioni laddove non siano in gioco diritti privati. […] Il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero mercato delle idee, che la prova migliore della verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati. Questa, in ogni caso, è la teoria accolta dalla nostra Costituzione. La quale, come tutta la vita, è un esperimento. Ogni anno, se non ogni giorno, dobbiamo scommettere la nostra salvezza su qualche previsione fondata su conoscenze imperfette» (cfr. O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, Giuffré, Milano, 1975, 102 ss.); è interessante che il giudice apre comunque a delle limitazioni in certi casi, non dissimili da quanto ipotizzato da C.R. Sunstein, *Liars*, *cit.*; sul punto si tornerà *infra*, cap. III

280 Corte Suprema U.S., *Shenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); in quell'occasione il giudice Holmes sostenne che «la più rigorosa garanzia della libertà di parola non proteggerebbe chi in un teatro gridasse artatamente "al fuoco" causando il panico tra gli spettatori... Il problema è, in ogni caso, se le parole sono usate in circostanze tali e sono di natura tale da creare il pericolo manifesto e attuale che si produca quel danno sostanziale che il Congresso ha il potere di impedire. È un problema di gradazioni. Quando un Paese è in guerra, molte cose che potrebbero esser dette in tempo di pace costituiscono un tale ostacolo al suo sforzo che la loro espressione non può esser tollerata finché gli uomini combattono e nessuna corte potrebbe considerarle coperte da garanzia costituzionale» (cfr. O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, *cit.*, 83 ss.).

Come riporta C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista AIC*, 5 ss., fu fondamentale la convergenza che si creò tra il giudice Holmes e il giudice Brandeis (si v., ad es. Corte Suprema U.S., *International news service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918)

281 Per un'accurata ricostruzione del contesto storico americano dell'epoca si rinvia a E. Foner, *Storia degli Stati Uniti d'America. La "libertà americana" dalle origini ad oggi*, Donzelli, Roma, 2017

282 Si rinvia a J.S. Holloway, *Breve storia degli afroamericani*, Il Mulino, Bologna, 2022

283 Corte Suprema U.S., *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Come riporta C. Caruso, *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla* freedom of speech, in forumcostituzionale.it, 27 ottobre 2013, 14, «decisione che nasce dal ricorso di alcuni membri del Partito comunista condannati per aver violato la sezione seconda del titolo I dello Smith Act del 1947 che sanziona- va la propaganda sovversiva. Con riferimento a tale tecnica decisoria v. anche Corte Suuprema U.S., *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959), Corte Suprema U.S., *Communist Party of the United States v. Subsersive Activities Control Board*, 376 U.S. 1 (1961)»

innovatrici come *Brown v. Board of Education*[284] e *Browder v. Gayle*[285], e diverse battaglie politiche[286], per approdare alla visione attuale. Prendendo in considerazione il sistema americano del XXI secolo sembrerebbe dunque che la "sacra" tutela del *free marketplace of ideas* sia un portato diretto del First Amendment, ma in realtà non è sempre stato così. Non si è in presenza di una tollerabilità di tipo popperiano[287], ma del frutto di una giurisprudenza che nasce nella carne e nel sangue della lotta americana per l'affermazione dei diritti, nelle battaglie politiche che hanno portato all'affermazione della cultura del costituzionalismo liberale americano.

Da queste vicende e conquiste storiche prende le mosse il modello statunitense di regolazione della libertà di espressione, secondo cui anche le opinioni più impopolari, urticanti e scabrose devono godere di protezione, in quanto parte di un libero mercato delle idee che costituisce il naturale "terreno di gioco" in cui la libertà di espressione si manifesta, nonché il miglior test per vagliare l'attendibilità delle notizie e il valore delle opinioni[288].

Il mondo del digitale non fa che confermare in maniera ancor più evidente ciò che il Primo Emendamento ha storicamente descritto con riferimento al mondo materiale: "non esistono false idee"[289]. I pubblici poteri non dovrebbero dunque avere alcuna prerogativa di intervento nell'ambito della disinformazione, in virtù della visione ottimistica per cui gli utenti sarebbero di per sé dotati dei mezzi adeguati a selezionare e "premiare" le idee più vincenti, e dunque quelle vere[290].

La sostanziale differenza che non viene presa in considerazione dai sostenitori di tale posizione è che la metafora – di matrice economica – era stata pensata e applicata in un contesto in cui il mercato delle idee

---

284 Corte Suprema U.S., *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, che ha dichiarato incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole pubbliche

285 Corte Distrettuale dell'Alabama, sentenza del 5 giugno 1956, relativa alle leggi di segregazione razziale sugli autobus di Montgomery

286 Più che in Europa, negli USA la Corte Suprema risente dell'opinione pubblica e del sentimento del popolo americano, come fatto notare da O. Pollicino, *General Report*, *cit.*

287 Secondo Karl Popper, «La tolleranza illimitata porta alla scomparsa della tolleranza. Se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro gli attacchi degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi», K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando Editore, Roma, 2018 (prima ed. 1945)

288 Ciò ha condotto a esiti per certi versi inaccettabili, almeno per la prospettiva europea, specie in tema di *hate speech* (diffamazione, diffusione di contenuti pornografici, vendita di cimeli nazisti, ecc.). Negli Stati Uniti, l'approccio è amplissimamente permissivi: solo quelle manifestazioni che possono concretamente incitare a un'immediata condotta violenta sono considerate estranee all'ambito di tutela del First Amendment, col risultato che sono state ritenute ammissibili idee e opinioni vietate per gli standard europei (basati sull'art. 10 c. 2 CEDU). Basti pensare ad alcune pronunce, portato diretto, secondo la giurisprudenza, del Primo emendamento:

- 1977: incostituzionalità di divieto allo svolgimento della marcia filo-nazista.
- 1979: viene dichiarata legittima la pratica di dare fuoco alla bandiera americana.
- 1997 sentenza Reynold, che ha dichiarato incostituzionali le disposizioni contenute nel Communication Act, adottato dal Presidente B. Clinton nel 1996 per far fronte alla diffusione in rete di contenuti pornografici, in quanto la legge non ne dava una definizione sufficientemente precisa.
- 2002 e 2003: viene dichiarata legittima la pratica del *crox burning* da parte del Kukux Clan.

289 O. Pollicino, *General Report*, *cit.*

290 Cfr. J. Gordon, *John Stuart Mill and the "Marketplace of Ideas"*, in *Social Theory and Practice*, 2/1997, 235 ss.

era segnato da una sostanziale scarsità di risorse informative[291]. I giornali non erano numerosi, non vi erano canali di informazione partecipativa paragonabili a quelli odierni. Tale elemento, come visto, si è per certi versi rovesciato, non permettendo più di fare affidamento a una pretesa capacità autocorrettiva di un mercato limitato. In un contesto radicalmente mutato, esposto a notevoli influenze esterne e a posizioni di dominanza, con una domanda di informazioni pressoché illimitata e generalizzata, l'idea per cui il modo migliore per regolare il mercato delle idee sia quello di lasciarlo all'autoregolazione vacilla, proprio perché la metafora economica sembra perdere i suoi indefettibili presupposti fattuali.

9.1 La differenziazione dei luoghi

Per comprendere le modalità di regolazione della libertà di espressione nel contesto statunitense, è necessario prendere le mosse dalla classificazione dei "luoghi" in cui le informazioni circolano.
Il modello americano prevede infatti la sussistenza di tre diversi "luoghi" in cui le espressioni possono essere proferite, ciascuno con una disciplina differente. Detto altrimenti, in base a "dove" viene pronunciato il discorso, si applicheranno regole diverse (secondo quella che viene definita "*forum analysis*"[292]), e le Corti applicheranno uno scrutinio differente sulla legittimità delle limitazioni alla libertà di espressione del singolo:

1. *Public forum* (fori pubblici), come strade, piazze o parchi pubblici. Quando le espressioni sono proferite in questi luoghi, la libertà di espressione trova la massima tutela, e, parallelamente, il First Amendment la massima applicazione. Anche le espressioni più scabrose, controcorrente, e in certi casi lesive di diritti trovano tutela. Come si evince dalla giurisprudenza americana sul punto[293], soltanto all'esito di uno scrutinio giudiziale molto stringente potrà eventualmente limitarsi la libertà di espressione esercitata in tali spazi. Il luogo pubblico deve infatti preservare la propria neutralità, e potranno ritenersi legittime delle limitazioni da parte del governo solo qualora quest'ultimo dimostri che tali restrizioni siano strettamente mirate a proteggere o realizzare un interesse governativo urgente[294].
2. *Non-public forum* (fori non pubblici). Si tratta di particolari luoghi aperti al pubblico come aeroporti, stazioni e basi militari[295]. Proprio per via della peculiarità dello spazio, sarà più ampio il novero di casi in cui è possibile limitare la libertà di espressione dei soggetti privati, qualora questa si ponga in contrasto con un interesse pubblico costituzionalmente protetto. Lo scrutinio

---

291 O. Pollicino, *General Report*, *cit.*
292 E. Andreoli, Freedom of *speech e comunicazione digitale: spunti di riflessione dall'esperienza costituzionale statunitense*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, *cit.*, 31
293 La Corte Suprema ha statuito che, in relazione a tali luoghi, la libertà di manifestazione del pensiero deve essere «*carefully scrutinized*» dalle Corti (Corte suprema U.S., *Police Dep't v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972)
294 P. Beety, J. Zepcevski*, Technological transformation of the public square: government officials use of social media and the first amendment*, in *Mitchell Hamline Law Review*, 47/2021, 512;
295 Corte Suprema U.S., *Greer v. Spock,* 424 U.S. 828 (1976)

delle Corti sull'eventuale violazione della libertà di espressione si focalizzerà in tali casi sulla ragionevolezza della limitazione, che non deve inverare una discriminazione evidente che neghi la pluralità di "*points of view*"[296].

3. *Limited and designated forum* (fori limitati e designati). Questa categoria di spazio si trova in una posizione che potrebbe definirsi mediana[297] rispetto alle due precedenti. Si tratta di tutti quei luoghi che il governo appronta per realizzare azioni specifiche, in cui si godrà della massima tutela della libertà di parola solo su argomenti "designati", o tale garanzia sarà prevista "limitatamente" ad alcuni gruppi, e negata invece ad altri. L'esempio più calzante è quello di un'aula di una università pubblica concessa dal governo per lo svolgimento di una specifica attività o manifestazione[298] (*designated forum*), la quale sarebbe invece un "*limted forum*" qualora tale spazio venga specificamente riservato alla discussione tra alcuni gruppi predeterminati, che avranno – loro, e non altri – ampia libertà di esprimersi circa un determinato argomento. Ciò che pertanto sarà da verificare è se i limiti imposti alla libertà di espressione siano o meno ragionevoli in rapporto all'interesse governativo che si intende tutelare[299].

Ciò detto, vi è da chiedersi cosa avviene qualora si faccia riferimento agli spazi virtuali, e non a quelli fisici. La dottrina americana ha tradizionalmente negato la possibilità di applicare la dottrina del *public forum* (e dunque la massima tutela giurisdizionale ai sensi del First Amendment) a spazi differenti da quelli materiali[300], proprio per la natura stessa dei fori pubblici: luoghi fisici in cui la gente può ritrovarsi per discutere di argomenti comuni, richiamando alla componente "fisica" della partecipazione. Tuttavia, una parte della giurisprudenza più recente, dal 2010 in poi[301], sembra aver cambiato segno, ritenendo che si esprimano opinioni o si trasmettano notizie, fatti, idee in un *public forum* ogniqualvolta lo scopo del luogo approntato sia quello del libero scambio delle idee, non per forza in senso fisico, ma anche «*metapshical*»[302].

---

296 Corte Suprema U.S., *Perry Educ. Ass'n v. Perry Loc. Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983)
297 E. Andreoli, Freedom of speech *e comunicazione digitale*, *cit.*, 32
298 *Ibidem*
299 Corte Suprema U.S., *Rosenberg v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995). Un cenno in tal senso merita la cd. *government speech doctrine*, secondo la quale negli spazi pubblici in cui il potere pubblico esprime la propria posizione politica non si applica il First Amendment per i cittadini, la cui libertà di espressione potrò pertanto subire delle limitazioni, in quanto lo spazio è dedicato al "discorso del governo". Cfr. in tal senso Corte Suprema U.S., *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991), secondo cui al governo è consentito d proibire ai medici pagati con fondi federali di discutere dell'opportunità di abortire con le pazienti. Anche in Corte Suprema U.S., *Pleasent Grove v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009) si stabilisce che un'autorità cittadina può vietare che in un parco pubblico venga posizionato un monumento religioso, in quanto tale posizionamento rientrerebbe nel *government speech*. Come si evince da tali casi, rimangono ancora incerti i confini applicativi della dottina, cfr. D.S. Ardia, *Government speech*, *cit.*
300 D.S. Ardia, *Government speech and online forums: First amendment limitations and moderating public discourse on government websites*, in *Brigham Young University Law Reviews*, 2010, 1981 ss.
301 D.S. Ardia, *Government speech*, *cit.*, p. 2019
302 Corte Suprema U.S., *Rosenberg v. Rector,* 515 U.S. 819 (1995), *cit.*

In tal senso, il punto di snodo che ha aperto alla possibilità di qualificare come *public forum* luoghi digitali è costituto dalla decisione della Corte Suprema nel caso *Packingham v. North Carolina*[303], che mostra in maniera esemplificativa il contrasto tra le due posizioni differenti (quella tradizionale da un lato, quella innovativa dall'altro), presenti all'interno della Corte stessa.

Si trattava, nella fattispecie, di un atto legislativo statale del North Carolina che vietava l'accesso ai *social media* a tutti quei soggetti condannati per abusi sessuali. Tale divieto era valido con riferimento a tutte le piattaforme cui è consentito l'accesso a soggetti minorenni. Con la sentenza la Corte ha statuito che un atto posto in essere da un soggetto detentore di un potere pubblico che limiti l'accesso a un *social media* costituisce una violazione della libertà di espressione come regolata dal First Amendment. La Corte ha descritto i *social media* come fori pubblici, affermando che «*by prohibiting sex offenders from using those webistes, North Carolina with one broad stroke bars access to what for many are the principal sources for knowing current events, checking ads for employment, speaking and listening in the modern public square, and otherwise exploring the vast realms of human thought and knowledge*». La *cuncurring opinion* del giudice Kennedy evidenzia in questo senso che il mondo di *internet* è lo spazio più rilevante e utilizzato per lo scambio di idee, essendo in particolare i *social media* degli spazi di fondamentale democraticità.

Di stampo decisamente diverso – e a testimonianza di come la formulazione di una tale decisione non sia stata propriamente pacifica, rientrando peraltro la stessa nel novero delle "5-4 *decision*" – è invece la *dissenting opinion* del giudice Alito, che sostiene invece che il mondo del *web* sia differente da quello fisico, per cui non possono applicarsi per analogia le stesse categorie, mostrando peraltro qualche perplessità sulla asserita connaturata democraticità dei s*ocial media.*

La problematica dunque riguarda tutti quegli atti di rimozione di commenti e di blocco di *account* dal proprio profilo, che, qualora quest'ultimo venga classificato come *public forum*, costituirebbero una indebita violazione del First Amendment[304].

È stato altresì fatto notare in dottrina come, a seguito della sentenza *Packingham*, emerga una sostanziale differenza tra l'*everyday speech* (lett. "discorso di tutti i giorni", ovvero pronunciato verbalmente nella vita

---

[303] Corte Suprema U.S., *Packingham v. North Carolina*, S. Ct. 1730 (2017), che ribaltato la decisione della Corte suprema statale del North Carolina, *State v. Packingham*, 748 S.E.2d 146 (N. C. Ct. App., 2013)

[304] La questione ha investito le *district courts* (cfr. la cd. "*Davison saga*" e la "*blocking litigation*", in E. Andreoli, Freedom of speech, 37 ss.) cui è stato rimesso anche il caso *Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump* nell'aprile 2021, una volta che l'allora Presidente coprì nuovamente le vesti di privato cittadino (Corte distrettuale di New York, 302 F. Supp. 3d 541 (S.D. N.Y., 2018), in prima istanza, *Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, 928 F.3d 226 (2d Circ., 2019), in seconda istanza). Nel caso di specie, l'allora Presidente degli Stati Uniti Donald Trump aveva bloccato dal suo profilo Twitter l'*account* di un utente che commentava ripetutamente in maniera dissenziente i suoi *tweet*. L'utente ha poi vinto la causa impugnando il suo *ban* dall'*account* di Trump, essendo questo un foro pubblico. La decisione della Corte fu motivata dal fatto che l'account del Presidente, @realDonaldTrump, è stato diverse volte utilizzato per comunicare decisioni anche di carattere ufficiale, ed è pertanto soggetto al Presidential Records Act, risultando di carattere pubblico-governativo, e non privato. La decisione è stata confermata in appello, e il caso è stato poi dismesso, con rinvio al giudice di primo grado.

quotidiana) e l'*online speech* (le espressioni proferite nel contesto digitale). Il primo infatti risulterebbe più libero (ovvero in concreto con meno limitazioni apponibili) rispetto al secondo, seppur dopo la sentenza *Packingham internet* sia assimilabile a un *public forum*. La ragione di tale controsenso – in maniera per certi versi analoga al caso europeo, pur con diversi e strutturali punti di differenza – risiede nella natura privata delle piattaforme, che svolgono sempre più il ruolo di *gatekeepers* dell'informazione *online*[305]: queste infatti possono imporre limiti al *free speech*, in quanto non si tratta di *limity governmentally-imposed* (gli unici su cui trova margine di azione la disciplina del First Amendment), ma *privately-imposed* (termini e servizi di diritto privato). Ciò non toglie che l'attività di filtraggio e limitazione del mercato delle idee attuata dalle piattaforme rifletta un ruolo di natura para-pubblica, che regola cioè diritti costituzionalmente garantiti. Così facendo, la disciplina del *free speech* in un *public forum* – quello dei *social media* – rischia per l'appunto di risultare di fatto più stringente rispetto a quanto non avvenga con dichiarazioni proferite in altri *forum*. Può pertanto ritenersi che la moderazione dei contenuti realizzata dalle piattaforme sulla base di termini e condizioni privatistiche stipulate con l'utente «appare potenzialmente di disturbo alla *free speech doctrine*»[306], ancor più in quanto tale attività di filtraggio è realizzata sulla base di criteri privatistici potenzialmente non neutrali (si è visto che tali operazioni avvengono sulla base della – legittima – ricerca del profitto, o della determinazione di una preferenza per una data prospettiva politica[307]).

Con tale ricostruzione si è voluto far emergere come, seppur con esiti e criteri differenti, sia il modello statunitense che quello europeo si fondano su un concetto privatistico di falso. Sono le piattaforme in maniera preventiva (o gli utenti "gestori" delle proprie pagine), di fatto, ad operare i controlli e applicare le restrizioni – cosa più in linea peraltro col sistema americano, dove non a caso la riflessione sulla natura delle piattaforme e degli spazi di dibattito sui *social* è più progredita, che con quello europeo. In ogni caso, una siffatta situazione genera problemi analoghi, seppur su profili diversi, in entrambi i sistemi, che rendono urgente una riflessione sia sulla responsabilità delle piattaforme che sul ruolo dei poteri pubblici.

9.2 La questione cruciale: la responsabilità (e lo statuto costituzionale) delle piattaforme

Poiché gli attori pubblici fanno sempre maggiore affidamento sulle piattaforme *online* per svolgere attività di monitoraggio del sistema dell'informazione, delegandogli a volte *de facto* funzioni squisitamente pubbliche, come la rimozione o il blocco dei contenuti, il ruolo e le azioni di tali piattaforme sollevano questioni di carattere costituzionalistico. All'indomani della pandemia di COVID-19, questo processo di delega ha subìto un'accelerazione costante. La necessità di garantire il distanziamento sociale ha spinto i cittadini e le istituzioni a ricorrere alle tecnologie digitali per il godimento di servizi di rilevanza pubblica

---

305 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, *cit.*

306 E. Andreoli, Freedom of speech *e comunicazione digitale*, *cit.*, 44

307 Al netto di semplificazioni inevitabili, in questa sede si vogliono solo delineare le linee di tendenza di un sistema molto complesso e con molteplici peculiarità, per cui si rimanda a studi comparatistici ben più accurati sul punto

come l'istruzione, il lavoro e la sanità[308]. In questo contesto, le società digitali private hanno acquisito un ruolo sempre più centrale, in quanto le infrastrutture e i servizi da essi offerti risultavano necessari per garantire il sicuro svolgimento di tali attività quotidiane.

A prescindere dai modelli regolatori cui si intende aderire, è innegabile che il nuovo paradigma che regola il mondo dell'informazione si basi sulla prepotente affermazione delle piattaforme digitali, portato diretto dell'afflato libertario, e secondo alcuni «ciberanarcoide»[309], del *web*. Quello virtuale nasce infatti geneticamente come un sistema parallelo a quello pubblico, gestito e regolato dalle piattaforme, idealizzato come territorio separato rispetto a quello "frequentato" dagli Stati". È sulla base di questo sfondo ideologico, rilevatosi per diversi aspetti illusorio e di cui si è già dato conto[310], che, al netto delle differenze regolatorie viste, da un lato il ruolo dei *providers* è costantemente cresciuto nel corso degli anni, dall'altro gli Stati o le organizzazioni sovranazionali hanno volutamente optato per una regolamentazione minimalista di *internet*[311], che si occupasse dei pilastri essenziali, adottando un sostanziale regime di irresponsabilità delle piattaforme che si è tradotto normativamente nelle «ventisei parole che hanno inventato *internet*»[312], la citata Section 230 del Communication Degency Act del 1996.

Sia in ambito europeo che in ambito statunitense, alla luce delle tensioni descritte tra le discipline pubblicistiche e i "termini e condizioni" cui si rifanno le piattaforme private, sulla cui base svolgono attività di *content filtering* e moderazione dei contenuti, un interrogativo cruciale riguarda proprio il ruolo delle piattaforme e la responsabilità attribuibile alle stesse. Si tratta di comprendere se e in che misura sia eventualmente possibile mitigare l'immunità garantita ai prestatori dalla Section 230, o capire se ciò stia già avvenendo per mezzo di un'"erosione" a livello giurisprudenziale della *Clause*[313]. La questione, in altri termini, è capire se possa parlarsi di "costituzionalizzare" lo statuto giuridico dei *provider*.

Il caso dell'oscuramento del profilo di Donald Trump avvenuto nel gennaio 2021 a seguito dei fatti di Capitol Hill[314] mostra la portata del problema: l'oscuramento di un *account* dai *social network* comporta un «depotenziamento», ma anche spesso un vero e proprio «impedimento»[315], dell'esercizio della libertà di espressione, e poiché ciò avviene sulla base di decisioni prese da piattaforme private sulla base delle

---

308 O. Pollicino, *General Report*, *cit.*

309 D.G. Post, *Anarchy State and the internet*, in *Journal of online law*, 3/1995

310 V. *supra*, cap. I, par. 4.1.1

311 M. Sorice, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica*, 3/2020, 371

312 J. Kosseff, *The twenty-six words that created the internet*, Cornell University Press, New York, 2019

313 A partire dalla sentenza *Packingham*, v. *supra*

314 Si tratta dell'irruzione al Campidoglio da parte di sostenitori di Donald Trump, all'epoca presidente uscente degli Stati Uniti d'America, avvenuta il 6 gennaio 2021 per contestare la regolare vittoria elettorale di Joe Biden ai danni dello stesso Trump nelle elezioni statunitensi del 2020; per una ricostruzione dei fatti, nonché per un cenno alle responsabilità dello stesso Trump nel fomentare la folla attraverso la diffusione (consapevole, come provato) di notizie false, si rinvia a M. Morini, *L'assalto a Capitol Hill*, in *Micromega*, 1/2022 e alla sentenza del 1 luglio 2024 della Corte Suprema degli Stati Uniti, Trump v. Anderson (cfr. sul punto A. Lauro, *Trump versus Anderson: l'ineleggibilità del XIV emendamento e la complessità federale delle elezioni presidenziali*, in *Federalismi*, 23/2024, 232 ss.)

315 M. Bassini, *Lo statuto costituzionale dei* social network*: nuovi attori e servizi pubblici?*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, *cit.*, 55

proprie regole contrattuali, ovvero del rapporto intercorrente tra utente e piattaforma, vi è da chiedersi se sia invece possibile riqualificare in senso pubblicistico il ruolo dei *social media* e il *cyberspazio* in generale. In particolare, bisogna domandarsi se le piattaforme debbano o meno essere annoverate tra gli erogatori di servizi essenziali, ovvero sottoponibili a un regime di responsabilità che potrebbe giustificarne l'assoggettamento a un regime giuridico pubblicistico che "costituzionalizzerebbe" il suddetto rapporto orizzontale tra piattaforma e utente.

La problematica è più estesamente affrontata proprio nel contesto americano, che, come visto, si interroga maggiormente sulla classificazione dei luoghi in cui la libertà di espressione viene esercitata. Le soluzioni prospettabili (le quali, per vie diverse, condurrebbero a risultati sostanzialmente analoghi) sarebbero due: qualificare i *social network* come *public forum (i)*, (sulla scia della Corte *Packingham*), o, in senso soggettivo, annoverarli tra i "*public actors*" *(ii)*[316].

Per un verso, la pandemia da Covid-19 ha dimostrato che l'attività realizzata dai *provider* è sempre più assimilabile a un servizio essenziale: un numero via via crescente di libertà costituzionali, infatti, è garantito grazie all'intermediazione delle piattaforme (dalla libertà di riunione, a quella di comunicazione privata, finanche alla garanzia del diritto alla salute)[317]. La preoccupazione è però quella di mutare il DNA libertario del mondo del *web*, che restrizioni eccessive potrebbero profondamente modificare, facendo così passi indietro relativamente alla tutela della libertà di espressione.

(i) La prima ipotesi cui si faceva cenno è quella per cui, dal momento che tali piattaforme hanno prerogative assimilabili a quelle di tipo pubblicistico, e dovendo pertanto garantirsi l'accesso generalizzato a luoghi in cui la persona può agire ed esprimersi vedendo tutelati i propri diritti fondamentali, nella relazione prettamente privata tra piattaforma e utente si possono intravedere «riflessi di natura costituzionalistica legati alla possibile limitazione per via privata della libertà di espressione»[318]. Da qui la riconducibilità dei *social network tout court* alla dottrina

---

316 *Ibidem*, 57, cui si rinvia per il dibattito giurisprudenziale statunitense sulla cd. "*state action doctrine*". In Italia e in Europa il problema è meno sentito e le pronunce meno frequenti (cfr. i casi che hanno coinvolto Facebook e i partiti politici "Forza Nuova" e "Casa Pound", v. *supra*

317 Su Covid e servizi essenziali le problematiche si sono poste in relazione a diversi diritti e libertà, in particolare con riferimento, tra gli altri, al diritto all'istruzione, si v. G. Pesci, *Il digital divide, l'uguaglianza sostanziale e il diritto all'istruzione*, in *Ciberspazio e Diritto*, 2/2021, 259 ss.; M. Troisi, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4/2020, 781 ss.; F. Zanovello, *Didattica a distanza: tra diritto all'istruzione e tutela della privacy*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente – Unifi*, 21/2021, 235 ss.; alla libertà economica privata, cfr. B. Nuzzo, *La libertà economica durante il covid-19 in Italia – I condizionamenti e le limitazioni*, in *Acta Iuridica Resoviensia*, 4/2021 292 ss.; alla libertà di culto, si v. N. Colaianni, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 6/2020; 25 ss.. Il tema è strettamente legato al principio di effettività del diritto e dei diritti, per cui si rinvia a E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima?"*, in *Federalismi*, 16/2020, iv ss. e E. Grosso, *Diritto e diritti di fronte alle sfide del principio di effettività*, in L. Imarisio, M. Malvicini, G. Sobrino (a cura di), *Tra emergenza, eccezione e precauzione. Diritti e doveri di cittadinanza di fronte alla pandemia Covid-19*, Collane@Unito, Torino, 2020, 85 ss.

318 M. Bassini, *Lo statuto costituzionale dei* social network, *cit.*, 55, che richiama M.R. Allegri, *Ubi social ibi ius*, *cit.*, 29 ss.; P. Passaglia, Internet *nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 4/2014; cfr. anche E.

dei "*public forum*" in ambito statunitense, col conseguente divieto di operare restrizioni fondate su opinioni e idee («*viewpoint discrimination*»)[319].

(ii) La soluzione alternativa è quella di qualificare questi ultimi come "attori pubblici", secondo la *state action doctrine*[320], o equiparandoli a *common carriers*.[321] Va tuttavia tenuto presente che tale approccio, consistente nell'equiparazione di attori privati a istituzioni pubbliche in quanto portatori di funzioni tradizionalmente ed esclusivamente pubbliche, non trova però riscontro favorevole in giurisprudenza, come recentemente ribadito dalla sentenza della Corte d'appello federale degli Stati Uniti *Prager University v. Google and YouTube* del 26 febbraio 2020[322].

Proprio in senso oppositivo rispetto a tali prospettive, non mancano anche in dottrina le voci che si posizionano in senso contrario rispetto a tali prospettive. È stato fatto notare, infatti, come le piattaforme non facciano altro che svolgere un ruolo di re-intermediazione, tramite la realizzazione di un'attività di moderazione dei contenuti basata su propri termini e condizioni[323]. Prendendo strettamente in considerazione tale attività, non sussisterebbero i termini per ravvisare una posizione di responsabilità in capo ai *provider*. Secondo tale prospettiva le piattaforme sono da sempre estranee all'esercizio di un'attività di tipo editoriale, per cui caratterizzarle in questo senso le renderebbe estranee alla loro funzione di base, ovvero quella di intermediari (visione che sarebbe confermata anche, nel contesto europeo, dal DSA). È proprio questo assetto libero e fluido che ha permesso la formazione di agorà virtuali, che hanno esteso la libertà di manifestazione del pensiero in termini precedentemente mai visti. Non sussisterebbe dunque

---

Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989; T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di)., *Diritti e libertà in* internet, Mondadori, Milano, 2017, 50 ss.

319 Si potrebbero pertanto operare soltanto «restrizioni contenutisticamente neutrali». Ma è possibile parlare di «contenuto neutrale»? Sul punto si rinvia a M.R. Allegri, *Ubi social ibi ius*, *cit.*

320 La giurisprudenza è altalenante sul punto. In senso negativo, cfr. *Perez c. Linkedin, US DC Norther district of California, san Josè Division*, 05.02.2021, n. 5:20-cv-07238-EJD. Si v., con riferimento alla riflessione in dottrina sul punto, W.R. Huhn, *The State Action doctrine and the principle of democratic choice*, in *Hofstra Law Review*, 4/2006, 1379 ss.; D. Barak-Erez, *A State Acton doctrine for an age of privatization*, in *Syracuse Law Review*, 4/1994, 1169 ss.; R.S. Kay, *The State Action doctrine, the public-private distinction, and the independence of constitutional law symposium on the State Action doctrine*, in *Constitutional Commentary*, 2/1993, 329 ss.

321 Si v., a tal proposito, la riflessione generale proposta già da O.W. Holmes, *Common carriers and the common law note*, in *American Law Review*, 4/1879, 609 ss.; sull'equiparazione tra *social media* e *common carriers*, si v., E. Volokh, *Treating social media platforms like common carrier? Symposium: free speech and social media platform regulation*, in *Journal of free speech law*, 1/2021, 377 ss., e J.B. Speta, *A common carrier approach to internet interconnection*, in *Federal Communications Law Journal*, 2/2002, 225 ss.

322 Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Nono circuito, 26 febbraio 202, *Prager University v. Google and YouTube*, no. 18-15712, che ha confermato la decisione del giudice per il Distreto della California settentrionale, respingendo le doglianze della ricorrente *Prager University* circa la violazione da parte di YouTube del Primo emendamento per via dell'oscuramento di alcuni dei contenuti caricati dall'account della stessa *Prager University* qualora l'utente avesse attivato il filtro di ricerca sicura; si v. altresì la più risalente decisione Howard v. Am. Online Inc. del 29 marzo 2000, oltre ad altre pronunce distrettuali quali Freedom Watch v. Google, 368 del 14 marzo 2019 (Corte distrettuale per il New Hampshire, *Shulman v. Facebook.com*, 6 novembre 2017). Per una più ampia considerazione sul punto, si rinvia a D. Zecca*, Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo)*, in *MediaLaws*, 1/2020, 270 ss.

323 Cfr. la ricostruzione operata in M. Bassini, *Lo statuto costituzionale dei* social network, *cit.*

la necessità di sottoporre le piattaforme a uno statuto costituzionale, che graverebbe sul loro operato (e ciò sarebbe in accodo con la giurisprudenza italiana ed europea, e con le posizioni continentale generale sul punto, che non hanno avviato riflessioni strutturali sul tema)[324].

Inoltre, si sostiene che non possa dirsi che l'attività di intermediazione sia riconducibile alla categoria dei servizi essenziali, ovvero che senza questa il cittadino sia privato dei propri diritti, in quanto sarebbe una giustificazione un po' debole[325], che non tiene conto delle molteplici possibilità che il contesto odierno offre. Non può tuttavia farsi a meno di notare che, secondo alcuni, la giurisprudenza americana ha ultimamente iniziato, a partire dalla sentenza *Packingham*, a sostenere il contrario, nonostante una tradizionale adesione alla suddetta tesi, erodendo *de facto*, almeno in parte, il portato della Section 230 per via giurisprudenziale[326].

Un ultimo argomento che avvalora la tesi che si oppone a una costituzionalizzazione delle piattaforme potrebbe definirsi di tipo "risultatistico/fattuale". Secondo l'assetto attuale, i margini di intervento previsti dai termini e condizioni approntati dai *provider* sarebbero, in termini di moderazione dei contenuti, più stringenti ed efficaci rispetto a quelli previsti dall'ordinamento giuridico statale. Classificando i *social network* come attori pubblici si andrebbe così incontro a un paradosso: per restringere le maglie della disinformazione *online* (prevedendo un regime di responsabilità per le piattaforme) si finirebbe per applicare *de facto* una normativa meno stringente (che consente cioè una meno efficace moderazione dei contenuti) rispetto a quella privatistica, allontanandosi pertanto dall'obiettivo iniziale che ci si era posti, ovvero quello di combattere la disinformazione *online*. Secondo i fautori di tali posizioni, sarebbe pertanto il caso di mantenere il rapporto utente-piattaforma nell'ambito del diritto privato, anche per raggiungere "risultati" più efficaci in relazione all'obiettivo originariamente preposto[327].

---

[324] *Ibidem*

[325] *Ibidem*

[326] La sentenza *Packingham v. North Carolina* del 19 giugno 2017 ha dichiarato incostituzionale, per contrasto col First Amendment, una legge del North Carolina che imponeva il divieto di registrarsi a tutte le piattaforme di social network a tutti coloro che fossero risultati colpevole di reati di matrice sessuale. Per la Corte Suprema la legge in questione difetta di proporzionalità, in quanto potrebbe precludere l'accesso anche a siti *web* che favoriscono il percorso di recupero e reinserimento sociale dei condannati. Il punto sta nel fatto che la *cuncurring opinion* di Justice Kennedy ha esplicitato un chiaro parallelismo tra i *social network* e la piazza pubblica (annoverandoli, di fatto, tra i cd. "public forum", seppur, come detto, tale identificazione non è prevista legislativamente; interessante in tal senso la *dissenting opinion* di Justice Alito, che evidenzia proprio questo rischio). Proprio qui sta un nodo problematico, in quanto c'è da interrogarsi sulla legittimità di una tale erosione per via giurisprudenziale della Clause, anche se non può sostenersi che la Corte Suprema avesse un tale intendimento o sia giunta a una simile conclusione, anche se il tenore della decisione rischia di aprire la strada a questo genere di interpretazioni "erosive"; si v. a riguardo M. Bassini, *Libertà di espressione e* social network*, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2/2021, 47. Più in generale, sul ruolo "innovativo" della giurisprudenza e le relative problematiche, cfr. D. Cerri, A. Mariani Marini, *Diritto vivente: il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Pisa University Press, Pisa, 2007)

[327] Che non è la lotta alle piattaforme private, ma alla disinformazione, per tutelare la democrazia. E se i due obiettivi si potessero affiancare – o quantomeno non siano del tutto scindibili – essendo il costituzionalismo la scienza che si occupa della limitazione del potere?

È altresì da considerare che l'inveramento di una siffatta situazione, in cui il privato "anticipa" il pubblico, e lo supera quanto a "profondità" del controllo, comportando una inevitabile perdita di neutralità degli *hosting providers*, non è soltanto frutto delle attività poste in essere dalle piattaforme, ma anche di scelte giudiziarie e legislative precise, che hanno imposto ai *provider* oneri specifici prodromici a fenomeni di censura privata, in quanto si traducono in incentivo economico a cancellare i contenuti, per evitare di incorrere in un sanzione economica erogata per via legislativa[328].

Le posizioni esposte e le problematiche sottostanti esprimono in maniera evidente i nodi problematici che stanno dietro alle questioni affrontate, che partono da una situazione di fatto, e di equilibrio di poteri (non solo economici, ma anche tecnici e infrastrutturali) per certi versi di squilibrio tra le parti in gioco. Tuttavia, si ritiene che a monte rispetto al – sensato e non trascurabile – discorso funzionalistico (per cui l'autoregolazione dei *social network* sarebbe di fatto più capillare ed efficace), debba affrontarsi quello della democraticità e della rappresentatività delle norme giuridiche[329]. Non convince il ragionamento che accetta un discorso quasi "ricattatorio", per cui, siccome le normative private sono più efficaci, allora tanto vale affidarsi a queste, seppur siano estranee a un qualsivoglia nesso con la sovranità popolare.

Un interrogativo cruciale è poi quello relativo al ruolo delle piattaforme. Per i motivi trattati (dai meccanismi di funzionamento di *big data* e algoritmi, alle finalità in ordine alle quali vengono propagate le notizie *online*, secondo la metafora del *Dailyme* proposta da C.R. Sunstein[330]), desta qualche perplessità la qualificazione dell'azione delle piattaforme come una mera intermediazione neutrale di contenuti. Più convincente appare invece la posizione, di cui si è detto, che riconosce un ruolo editoriale (o comunque "para-editoriale") ai *provider*[331], a cui non può che corrispondere qualche profilo di responsabilità, da declinare più in termini di trasparenza e conoscibilità che di obblighi di rimozione o oscuramento di contenuti.

Non può, inoltre, non tenersi in considerazione il fatto che la tutela della neutralità dello spazio e delle modalità con cui si svolge il dibattito pubblico è una prerogativa squisitamente pubblicistica. Non può pertanto domandarsi o pretendersi dai privati, legittimamente portatori di interessi particolari, di farsi garanti di un interesse costitutivamente generale, che richiede, peraltro, anche degli interventi proattivi e "costosi"[332], in quanto è prerogativa e onere dei pubblici poteri quella di mettere la società nelle condizioni di poter avere i mezzi di decodificazione culturale per muoversi coscientemente e liberamente nel "mercato" delle informazioni. In altre parole, si tratta di capire in che modo una società possa mettere sé stessa nelle condizioni di affrontare il tema della sovrabbondanza di informazioni in un contesto

---

328 La dimensione privatistica, differente rispetto a quella adottata, non è però forse del tutto da obliterare. Con riferimento al margine che ha il privato per intervenire in materia, si rinvia a S. Tobani, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws*, 3/2020, 131 ss.

329 Da affrontare anche all'interno dell'ordinamento europeo, in relazione al costante ricorso ad atti di *soft law*

330 C.R. Sunstein, #*Republic*, *cit.*

331 Cfr., tra gli altri, G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, *cit.*

332 S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000

culturalmente adeguato, e si tratta di una questione squisitamente democratica e pertanto devoluta ai pubblici poteri, per cui non può immaginarsi, né tantomeno pretendersi, una regolamentazione sul punto integralmente affidata a soggetti privati[333]. L'attività di moderazione, che i privati possono, anche con risultati efficienti, porre in essere, sembra insomma cosa "ontologicamente" diversa rispetto al complesso bilanciamento di principi costituzionali in gioco realizzato sulla base di un interesse pubblico.

In conclusione, la teoria che vede *internet* come libero mercato delle idee, applicata in maniera "pura" e svincolata da principi costituzionalistici, presenta delle criticità nel conciliarsi con le tecnologie digitali. O. Pollicino ha suggerito anche un'interessante lettura storico-economica che spiega i motivi per cui la metafora del *free marketplace of ideas* non sia più convincente oggi[334]. Non è da farsi soltanto un discorso di conciliabilità con i meccanismi di funzionamento delle nuove tecnologie in quanto tali, ma c'è anche un più profondo mutamento di contesto da tenere in considerazione.

La metafora del libero mercato delle idee ha trasportato dal dominio a cui fa semanticamente riferimento (quello dell'attività economica) al dominio di destinazione (quello della libertà di parola) un insieme sistematico di implicazioni che ha sostituito i limiti del precedente modello di libertà di parola. Per comprendere ciò appieno, è importante non dimenticare le caratteristiche del mercato di origine quando il giudice Holmes usò la metafora nel 1919 e quando la Corte Suprema degli Stati Uniti adattò successivamente la metafora a *internet* nel 1997. Il giudice Holmes, infatti, ha sostenuto tali posizioni durante un periodo di capitalismo *laissez-faire*, in cui sia lo stato liberale che la concorrenza di mercato erano al loro apice. Essendo Holmes scettico riguardo qualsiasi verifica esterna della verità e rimozione di notizie false, il concetto di libero mercato forniva un modello perfettamente adatto per sostenere l'idea che la verità, proprio come il benessere economico, potesse risultare soltanto dalla competizione tra idee e informazioni, vere o false che siano. Allo stesso modo, quando la Corte Suprema degli Stati Uniti del 1997 ha mutuato la metafora, riferendosi a *internet* come al «*new freemarketplace of ideas*»[335], il "mercato" economico del *web* (era quello il suo periodo di genesi) era decisamente più "libero" rispetto a oggi, e non era comunque condizionato da posizioni dominanti, né poteva parlarsi compiutamente di monopoli od oligopoli[336].

In un contesto del genere (sia come quello del 1919 che come quello del 1997), la metafora del libero mercato delle idee, ovvero la libera concorrenza in assenza di qualsiasi controllo pubblico, avevano perfettamente senso. Al contrario, oggi la stessa metafora deve confrontarsi con un contesto profondamente diverso. Il "mercato" del cyberspazio, come dominio di origine da cui la metafora è stata

---

333 Se ne parlerà *infra*, cap. conclusivo

334 O. Pollicino, *General Report*, *cit.*

335 Si tratta del caso Reno vs. American Civil Liberties Union (ACLU) del 1997, dove la Corte Suprema ha esaltato il contesto di *internet*, accogliendolo come quello spazio in cui finalmente il "*free marketplace*" profetizzato da Justice Holmes nel 1919 stesse finalmente diventando realtà

336 *Ibidem*

presa, è tutt'altro che libero. In questo contesto, se la disinformazione è probabilmente la più significativa e pervasiva fonte di "fallimento" del mercato delle idee[337], non si può certo escludere la possibilità di un intervento da parte delle autorità pubbliche, perché, contrariamente alla definizione della Corte Suprema degli Stati Uniti di *internet* come "nuovo mercato libero delle idee", il dominio di origine del relativo mercato digitale è tutt'altro che un mercato libero, essendo caratterizzato dalla concentrazione economica e dalla forza di (pochi) operatori privati. Con ciò non vuole sostenersi un "tribunale pubblico della verità", né un rafforzamento ad ogni costo del regime di responsabilità delle nuove (e vecchie) piattaforme social. Va tuttavia chiarito che le metafore nel diritto digitale dovrebbero (anche) essere gestite con cura[338]. Piuttosto, è sul profilo della concorrenza, e dunque di *antitrust*, che dovrebbe avviarsi una riflessione, se vuole mantenersi in vita la metafora[339]. È sull'aggettivo "*free*" che si dovrebbe lavorare.

[337] Quanto al caso di lettura del *free marketplace of ideas* odierno come un tipico caso di fallimento del mercato, secondo l'analisi economica del diritto, cfr. *infra*, cap. III, par. 2.1

[338] *Ibidem*

[339] Cfr. lo Sherman Antitrust Act, del 1890

CAPITOLO III – Regolare il mondo dell'informazione partendo dagli oggetti. Una questione "complessa"

1. Il paradigma del libero mercato nella circolazione delle notizie, tra concorrenza e verità. Le coordinate del percorso

Il paradigma del libero mercato, che sta alla base del *free marketplace of ideas*, si fonda sull'assunto teorico per cui il consumatore, tra tutti i beni che costituiscono l'offerta, sceglierà quello che ritiene "migliore" (più vantaggioso e adatto a soddisfare i suoi bisogni) per sé[1]. Si ritiene, cioè, che il consumatore "razionale"[2], all'interno del paniere di beni che costituiscono l'offerta, sceglierà il bene che, a parità di condizioni, lo soddisferà maggiormente al minor costo possibile[3]. Il presupposto su cui si fonda il regime del libero mercato è pertanto quello della neutralità del comportamento dal lato della domanda[4]. Trasposto nel contesto dell'informazione, ciò significa che il consumatore ideale cercherà sempre di dirigersi verso l'informazione che ritiene "migliore", presupponendo (erroneamente?) che questa corrisponda con quella vera, priva di distorsioni[5]. In altre parole, secondo tale paradigma il lettore-consumatore avrà come obiettivo ultimo del suo informarsi la ricerca della verità, e si presuppone che abbia (quantomeno di regola) i mezzi a disposizione per riconoscerla[6]. La notizia "migliore" sarà allora quella vera (o quantomeno che si ritiene tendente al vero). Stando così le cose, potrebbe – e dovrebbe – essere la concorrenza stessa, grazie alla cd. "mano invisibile" del mercato[7], o al massimo con l'ausilio di "*nudges*"[8], a garantire l'affermarsi dell'informazione conforme a verità.

In un contesto di tal genere, tutti gli sforzi volti a garantire quantomeno una generale tensione verso un'informazione veritiera si concentreranno sul lato dell'offerta, e non su quello della domanda. Posto infatti che la condotta del consumatore di notizie (il comportamento dal lato della domanda) sia razionale,

---

[1] Si v., per tutti, R. Marchionatti, F. Mornati, *Principi di economia politica*, Giappichelli, Torino, 2012

[2] *Ibidem*, 55, secondo la definizione classica nel campo dell'economia politica. Verrebbe da chiedersi come si comporti il consumatore che razionale non è…

[3] *Ibidem*, 67

[4] A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 166

[5] *Ibidem*

[6] Si tornerà sul punto, v. *infra*, cap. conclusivo

[7] Secondo la celebre espressione adottata dall'economista scozzese Adam Smith (cfr. A. Smith, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Mondadori, Milano, 1977), secondo cui la ricerca dell'interesse egoistico da parte dei diversi attori in un regime di libero mercato porterebbe l'intero sistema economico verso l'equilibrio economico generale (sul concetto di equilibrio economico generale, si rinvia a R. Marchionatti, F. Mornati, *Principi di economia politica*, *cit.*)

[8] Anche noti come "spinte gentili". Si tratta si sostegni positivi o aiuti indiretti volti a "guidare" il soggetto – non in chiave impositiva – verso la tenuta di determinati comportamenti o condotte che si ritengono per lui stesso favorevoli. Sul punto l'opera principale, più volte riedita e aggiornata, è R.H. Thaler, C.R. Sunstein, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità. L'edizione definitiva*, Feltrinelli, Milano, 2022

cioè che lo stesso sia in grado di distinguere ciò che è vero da ciò che è falso, e che questi sia altresì mosso dall'unico interesse della ricerca della verità[9], sarà sufficiente agire sull'azione degli operatori dell'informazione (sul lato dell'offerta) per ottenere un sistema informativo che tenda alla ricerca e all'affermazione del vero[10]. Sarà pertanto necessario e sufficiente evitare concentrazioni di potere, di carattere monopolisitico o oligopolistico[11] – condizione che, peraltro, oggi sembra invece riscontrarsi – perché il regime della libera concorrenza possa condurre alla diffusione di informazioni tendenzialmente vere.

Tuttavia, l'equazione tra concorrenza e verità non sempre si rivela corretta, quantomeno nel contesto digitale. Anzi, può accadere che la concorrenza favorisca la disinformazione, anziché la corretta informazione. Evitando di addentrarsi in discorsi squisitamente economici, l'equazione non appare infatti convincente se applicata al contesto dell'informazione quantomeno per due ordini di motivi:

a) Per la difficoltà di individuare cosa si intenda con informazione "migliore" o "veritiera". Si dà per scontata una certa neutralità dell'informazione, la cui "qualità" sarebbe obiettivamente misurabile o quantificabile, quando tale operazione risulta sommamente complessa e priva di parametri univocamente definibili[12].
b) Si fa riferimento al consumatore come agente "razionale", che sceglie quali informazioni leggere sulla base di criteri oggettivi e stabili nel tempo. Ma, dal lato della domanda, sorgono almeno due interrogativi, relativi a cosa sia a muovere effettivamente le intenzioni del lettore (la – spesso faticosa – ricerca della verità o il – ben più comodo – "rifugiarsi" nei cd. "*confirmation bias*"[13]?), e quali siano i mezzi di cui questi dispone per districarsi nel complesso e variegato contesto dell'informazione digitale (è cioè dotato dei mezzi adeguati a "orientarsi" nel frastagliato "mondo" dell'informazione?).

L'equivoco che rende dubbia l'applicabilità *tout court* del paradigma del libero mercato all'informazione – anche qualora si riuscisse a rispondere alle due questioni elencate – consiste nel ritenere che «il mercato delle idee (e dei *media*) sia fondato su una domanda neutrale, *che sia cioè* sempre e unicamente interessata a ottenere informazioni corrette, veritiere e a consumare, quindi, il prodotto informativo migliore»[14] (ammesso, come detto, che di "migliore" possa in questo senso parlarsi con un sufficiente grado di

---

[9] Si rinvia al par. conclusivo, sul rapporto tra democrazia dell'informazione e aristocrazia della conoscenza

[10] A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 166

[11] Ovvero garantire che siano integrati i presupposti perché il regime di concorrenza funzioni, ovvero la numerosità operatori (venditori ed acquirenti), l'assenza di barriere per l'ingresso al mercato, l'omogeneità dei beni, una perfetta informazione e trasparenza del mercato, la simultaneità delle transazioni (sul punto, cfr. R. Marchionatti, F. Mornati, *Principi di economia politica*, *cit.*, e G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico: teorie, applicazioni e limiti*, Il Mulino, Bologna, 2009

[12] Sul concetto di verità e il dibattito filosofico sottostante, si rinvia alla ricostruzione offerta nel cap. II, e si rinvia, per tutti, a D. Marconi, *Per la verità*, Einaudi, Torino, 2007

[13] V. *supra*, cap. I

[14] A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 167 (corsivo mio)

certezza). Le politiche attive si sono pertanto concentrate - peraltro in maniera *soft*, o comunque in buona parte demandando a soggetti privati[15] – soltanto sul versante dell'offerta, mettendo in secondo piano interventi o riflessioni riguardanti il lato della domanda. E a regolare nella misura meno "invadente" possibile nei confronti della libertà di espressione, facendo affidamento sul fatto che il consumatore si sarebbe comportato in maniera razionale (e avesse pertanto i mezzi per farlo). Le politiche volte a regolare l'attività dei soggetti che producono e diffondono le notizie, sia ben chiaro, è necessaria. Il punto è che, da sola, potrebbe rivelarsi non sufficiente, o correrebbe il rischio di concretizzarsi in lesioni arbitrarie a libertà fondamentali quale la libertà di manifestazione del pensiero.

Il comportamento del lettore, in parecchi casi, è tutt'altro che "razionale", o per via di distorsioni e manipolazioni connaturate all'offerta stessa (si pensi all' informazione targettizzata, e alle strategie informative riassumibili nella citata espressione del "*#Dailyme*")[16], o banalmente perché gli utenti non sono effettivamente mossi dalla ricerca di un'informazione vera, accurata e affidabile, in quanto non esseri "soltanto" razionali.

Il raggiungimento degli esiti sperati per mezzo dell'attuazione del "*free marketplace of ideas*" risulta pertanto sottoposto quantomeno a due macro-variabili: alle strategie editoriali – ovvero a tutte le complessità sottostanti alla regolazione dell'offerta – *(i)* e al «modo in cui i fruitori dell'informazione risponderanno a tali strategie»[17], ovvero al comportamento dal lato della domanda *(ii)*. Se è "l'emozione"[18] di ciascun consumatore, e non la ricerca del vero (o quantomeno la presenza di un interesse in questo senso) a guidare la scelta del "prodotto" informativo offerto dal mercato, ecco che l'offerta – che ha come finalità (anche) quella (legittima) di massimizzazione del profitto[19] – si adatterà a sua volta alla domanda, alle sue preferenze e inclinazioni, manipolando, o inventando se necessario, le notizie al fine di soddisfare le preferenze del consumatore[20]. Il paradigma milliano che vede legate libertà e verità[21] viene messo in crisi, e ciò non solo, come si è detto, per una responsabilità ascrivibile ai produttori/diffusori di notizie[22], ma anche per comportamenti "non razionali" dal lato della domanda. Posta, pertanto, la necessità di realizzare interventi regolamentativi sul lato dell'offerta, non può farsi a meno di ragionare, con strumenti diversi, e non certo "costrittivi" o sanzionatori, parimenti sul lato della domanda.

---

15 V. *supra*, cap. II

16 Si è in tal senso trattato, nel cap. I, dei meccanismi di funzionamento del contesto di *internet,* v. *supra*

17 A. Nicita, *Il mercato delle verità*, *cit.*, 168

18 Sul ruolo delle emozioni nell'informazione in rete cfr. D. Grimaldi, Social*, così manipolare le emozioni è diventato un* business, su *Agenda digitale*, 1 ottobre 2019, consultabile *online* su https://www.agendadigitale.eu

19 V. *infra*, par. II

20 M. Gentzkow, J.M. Shapiro, *Media bias and reputation*, in *Journal of Political Economy*, 2/2006,

21 J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2014

22 F. Ferrari, M. Bassini, *La disinformazione al tempo del Covid-19: profili costituzionali e ruolo dell'AGCOM*, in L. Bartolucci, L. Di Majo (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 339 hanno fatto notare il ruolo differente, benché «convergente», tra fonti di informazione e piattaforme *online*: «le prime, quali siti *web* e *account* o pagine social, danno impulso ai contenuti falsi; le seconde rilanciano le notizie già innescate grazie al contributo inconsapevole degli utenti che interagiscono con esse, condividendole o commentandole»

Per occuparsi della domanda di informazione, bisogna anche riflettere sulle peculiarità e le sfaccettature interne all'oggetto di cui si tratta, il "bene-informazione", e sui criteri in base ai quali questo di volta in volta debba essere distribuito, nel rispetto dei beni costituzionalmente rilevanti in gioco[23].

Da qui la mappa che si intende seguire nei successivi capitoli.

Il presente capitolo guarderà al diritto dell'informazione da un'angolatura che non prende in esame i diritti dei soggetti coinvolti ("produttori" e "consumatori" di notizie), ma l'oggetto del diritto in questione, ovvero l'informazione, e i criteri che stanno alla base della sua distribuzione, per riflettere in seguito sulle possibili regolamentazioni del fenomeno delle *fake news*. Ci si è interrogati finora sulla regolamentazione del falso dal punto di vista dei soggetti, ovvero della qualificazione delle piattaforme e delle tipologie di regolamentazione, di natura, pubblica, privata o condivisa[24]. Ci si concentrerà adesso sulla ricerca di criteri distributivi che possano affiancarsi, in base al bene costituzionalmente protetto di volta in volta coinvolto, a quello del libero mercato nella diffusione delle notizie, prendendo anche in esame alcuni esempi concreti.

Il capitolo conclusivo, anche alla luce di quanto si evincerà dal ragionamento sugli oggetti, trarrà in primo luogo le fila su quali siano i soggetti deputati a regolamentare il falso; in ultimo, prendendo le mosse da quanto detto sulla necessità di concentrarsi anche sul lato passivo (domanda) dell'informazione, si concentrerà sui mezzi che la società ha per leggere e contrastare il fenomeno delle *fake news*, indagando su quella che, secondo una calzante espressione usata da M. Fumo, è la frattura tra «democrazia dell'informazione» e «aristocrazia della conoscenza»[25].

2. Una regolazione che parte dagli oggetti: ragioni e prospettive

Prima di affrontare il tema dell'individuazione del soggetto deputato a regolamentare il falso[26] – o meglio dei «poteri» deputati a farlo, pubblici o privati[27] – si ritiene utile "osservare" previamente la problematica del contrasto alle *fake news* da una prospettiva diversa. Accanto a questa questione, infatti, se ne pone un'altra, strettamente legata e per certi versi pregiudiziale: "come" regolare il falso? O, prima ancora, il falso va regolato? Se sì, tutti i falsi sono uguali, ovvero vanno regolati allo stesso modo?

---

[23] V. *infra*, par. 3

[24] V. supra, cap. 2 Parte II

[25] M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *MediaLaws*, 3/2019, 84

[26] Di cui si è già parlato *supra*, cap. 2, e che si affronterà *infra*, cap. 3 parte II

[27] Sul rapporto tra potere privato e diritti fondamentali, su cui si tornerà *infra*, basti al momento il rinvio, tra gli altri, a G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970

Se del fenomeno delle *fake news* – e della correlata regolamentazione del *web* – si è ampiamente dibattuto relativamente alla questione dei "soggetti"[28], meno si è approfondita, quantomeno nel contesto europeo, l'eventuale differenziazione degli "oggetti" di questa stessa regolamentazione. Si è cioè ragionato in misura minore su una differenziazione delle notizie, le quali, in base a specifici e differenziati parametri legati al bene costituzionalmente protetto chiamato in causa, introiettano di volta in volta nell'ordinamento giuridico conseguenze di portata differente su beni di diversa rilevanza. Detto altrimenti, la questione della regolazione delle notizie false può essere vista a partire dal seguente interrogativo: sulla base di quale criterio di distribuzione l'informazione deve circolare, affinché siano maggiormente tutelati i beni costituzionalmente protetti di volta in volta in gioco? Esiste un criterio valido per tutte le tipologie di notizie (quello del libero mercato?), o vanno operate delle distinzioni?

Una volta chiarito il "cosa" e il "come" della regolazione, saranno più realisticamente definibili i "contorni" degli eventuali interventi e delle competenze di cui l'autorità regolatrice – quale che sia – sarà investita. Chiarire quali siano le valutazioni che la medesima sarà chiamata a fare può suggerire quale debba essere il potere che regola (o i poteri che dialogano al fine di regolare) il contrasto alle notizie false – sempre ammesso che di una regolazione ci sia bisogno.

L'angolo prospettico che si intende adottare è quello che si concentra pertanto sugli "oggetti" (le notizie) anziché sui "soggetti" (consumatori/produttori) dell'informazione. Il tema della diffusione di notizie false solleva infatti problematiche sia dal punto di vista soggettivo (chi ha diffuso il falso lo ha fatto intenzionalmente?) che oggettivo (qual è l'oggetto di quel determinato falso, e che conseguenze ha prodotto?). Il punto è capire se, ad esempio, un falso in tema di vaccinazioni vada trattato alla stregua di un falso che riguarda il risultato di una competizione sportiva, o se una falsa dichiarazione su presunte violenze sessuali compiute da un candidato alle elezioni politiche sia paragonabile a una falsa dichiarazione nella presentazione di un curriculum per candidarsi a ricoprire una posizione lavorativa.

Si è in qualche misura di fronte a un'applicazione "sul campo" della teoria del bene costituzionalmente protetto[29]. Se la tutela del bene risulta più immediata e di facile individuazione quando si è in presenza di una situazione soggettiva direttamente azionabile dal soggetto danneggiato (si pensi ai casi di danno alla reputazione, per cui si è puniti ai sensi dell'art. 595 c.p., che disciplina il reato di diffamazione[30]), ciò risulta più complesso quando i beni protetti sono a titolarità diffusa, o comunque in tutti quei casi in cui non è possibile stabilire con esattezza la sussistenza di un nesso di causalità tra la diffusione della notizia e la

---

[28] Come visto, la riflessione giuridica si è prevalentemente – e comprensibilmente – concentrata soprattutto sull'individuazione dei soggetti deputati a regolare il falso. Si rinvia al cap. II per le differenze tra modello europeo e modello americano

[29] Si è già parlato della teoria del bene costituzionalmente protetto, secondo cui la libertà di manifestazione del pensiero può subire delle limitazioni solo qualora il suo libero esercizio leda un altro bene costituzionalmente tutelato. Si rinvia supra, cap. 2 par, e, per tutti, a P. Barile, *Libertà di manifestazione*, *cit.*

[30] Secondo cui la persona offesa può presentare querela entro tre mesi e costituirsi eventualmente come parte civile per chiedere il risarcimento del danno

conseguenza dannosa. Prendendo sempre come esempio il reato di diffamazione, al giudice sarà infatti richiesto, nell'ambito del suo prudente apprezzamento, di accertare la sussistenza di un nesso causale effettivo tra comportamento (dichiarazioni eventualmente diffamatorie) e danno (alla reputazione)[31]. Un ragionamento del genere risulta ben più complesso quando si tratta, ad esempio, di accertare la sussistenza del nesso causale tra la diffusione di una notizia falsa in tema di vaccinazione e la contrazione della relativa malattia da uno o più soggetti che hanno letto quella notizia, facendovi affidamento.

Si tratta allora di agire sul pluralismo, e di capire in che misura questo possa essere "forzato".

Il punto è capire se al variare dell'oggetto della notizia falsa debba variare anche la risposta dell'ordinamento, o meglio se l'ordinamento sia tenuto a rispondere solo ai falsi che coinvolgono determinati beni, e se di conseguenza sia tenuto a differenziare anche l'intensità delle risposte. Si tratta, detto in termini atecnici, di differenziare tra *fake news* "nocive" e *fake news* "benigne" (o comunque non "troppo nocive"), così da distinguere quali siano quelle da tutelare e quali quelle da limitare.

Il ragionamento giuridico che prende in esame gli oggetti dei diritti non ha attecchito molto in Italia, dove la posizione soggettivistica è storicamente dominante. Ciò può essere spiegato dalla centralità dei corpi intermedi nella storia del Paese nella rivendicazione di diritti civili e sociali, sulla scorta della solida pretesa soggettiva di cui queste «formazioni sociali» (art. 2 Cost.) erano portatrici[32]. Basti pensare al percorso che ha portato all'adozione dello Statuto dei lavoratori nel 1970[33], o alle conquiste in tema di diritti delle donne[34]. Non è un caso, infatti, che le concezioni oggettivistiche del diritto nascano nel contesto anglosassone e in quello americano, dove è predominante una concezione proprietaria, e non collettiva,

---

31 Cfr. sul punto S. Bolognini, *La diffamazione: a mezzo stampa, radio, televisione e* internet, Giuffré, Milano, 2022

32 Si pensi, ad esempio, al salario. All'epoca delle rivendicazioni e delle conquiste degli anni '70, ciò che contava non era la quantificazione dell'oggetto (oggi il dibattito è invece incentrato sul salario minimo), ma il ruolo del soggetto – il sindacato – deputato a tutelare il diritto soggettivo a un salario giusto. La Costituzione italiana, in questo senso, si limita all'art. 36 a riconoscere in capo al lavoratore il diritto ad una retribuzione «proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Sarà poi compito dei sindacati, in quel modello, riempire di contenuto dettagliato e "aggiornato" alle contingenze storiche quella previsione. Sulla stessa lunghezza d'onda si muovono, tra le altre, le Costituzioni spagnola (artt. 35 e 40), quella belga (art. 23), quella greca (art. 22), a mostrare come la tendenza a ragionare sulle pretese del soggetto anziché sull'oggetto della pretesa sia di matrice continentale. Cfr. sul punto A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, 8-9.

33 Sul piano generale, cfr., tra gli altri, G. De Luna, *Che cosa resta del Novecento*, UTET, Torino, 2023; C. Giorgi, I. Pavan, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2021; sulle conquiste dello Statuto dei lavoratori e un raffronto col contesto odierno, si rinvia a L. Corazza, *Lo statuto dei lavoratori 50 anni dopo e la solitudine dell'individuo*, in *Economia & Lavoro*, 1/2021, 7 ss., e F. Liso, *Ieri, oggi, domani. Lo Statuto dei lavoratori a 50 anni dalla sua approvazione*, in *Economia & Lavoro*, 1/2021, 55 ss.

34 Cfr. V. Franco, Fondazione Nilde Iotti (a cura di), *L'Italia delle donne. Settant'anni di lotte e di conquiste*, Donzelli, Roma, 2018

dei diritti[35]. In un tempo in cui i corpi intermedi[36], la rivendicazione comune dei diritti[37] e la partecipazione democratica[38] sono ritenuti unanimemente in crisi, o comunque non in grado di farsi promotori di istanze sociali condivise, una prospettiva giuridica che provi a garantire un'effettiva e ugualitaria tutela dei diritti può essere quella che concentra le proprie riflessioni sull'oggetto, anziché sul soggetto, delle questioni. In altre parole, posto che la prospettiva individualistica sia (non irreversibilmente) quella dominante, riflettere sugli oggetti può essere un modo efficace per cercare di proteggere i beni costituzionalmente protetti di volta in volta in gioco dal dominio dei soggetti economicamente egemoni[39], che tendono a ricondurre la distribuzione di tutti i beni sociali alla logica distributiva del mercato. Detto ancora altrimenti, nocciolo del *quomodo* della regolamentazione è stabilire quale sia il criterio sulla cui base

---

35 Le radici della centralità del concetto di proprietà (inserita tra i diritti fondamentali della persona) e della connessa concezione proprietaria dei diritti sono probabilmente da ricercare in J. Locke, *Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, Rizzoli, Milano, 1998 (1° ed. 1689),

36 Sulla cosiddetta "crisi dei corpi intermedi" la produzione è vastissima, e intercetta molteplici discipline. Tra gli altri, si rinvia a G. Vittadini, T. Treu, F. Bassinini, *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, Il Mulino, Bologna, 2021; in ambito sociologico Z. Baumann, *Voglia di Comunità*, Laterza, Roma-Bari, 2000. Sulla crisi segnatamente dei partiti e sulle evoluzioni di questi ultimi, cfr. S. Bonfiglio, G Maestri, *I partiti e la democrazia. Dall'art. 49 della Costituzione italiana ai partiti politici europei*, Il Mulino, Bologna, 2021; P. Gerbaudo, *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Il Mulino, Bologna, 2018; M. Tarchi, *Italia Populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2015; per una ricostruzione con origini più risalenti, cfr. P. Ridola, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in AA. VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione (Atti del XXIII Convegno annuale AIC)*, Napoli, Jovene, 2009. Mentre con riferimento all'informazione, la crisi riguarda i diversi mezzi di mediazione tradizionali, si rinvia a Redazione de "Il Post", *Cose spiegate bene. Voltiamo decisamente pagina. Sta cambiando tutto nei giornali di carta e non, salvo la loro importanza*, Iperborea, Milano, 2023

37 Il XXI secolo è stato a più riprese descritto come tempo di "crisi" anche della comunità, in cui i soggetti non tendono a unirsi in luoghi pubblici per rivendicazioni comune, o in cui comunque queste sortiscono effetti non soddisfacenti. Cfr. sul punto, tra gli altri, Z. Baumann, *Voglia di comunità*, *cit.*; B.C. Han, *Perché oggi non è possibile una rivoluzione*, Nottetempo, Milano, 2022; F. Rigotti*, L'era dei singolo*, Einaudi, Torino, 2021, D. D'Andrea, *La libertà singolarista al di là del principio di realtà*, in *Iride*, 3/2021, 525 ss.; c'è chi fa notare come le manifestazioni delle giovani generazioni sul clima, iniziate intorno al 20.., costituiscano l'odierna manifestazione del fenomeno di rivendicazione collettiva dei diritti, che si esprime in ambito transnazionale ed intergenerazionale. Cfr., tra gli altri, uno dei libri-manifesto del movimento per l'ambiente, M. Fox, *Fridays for Future. There is not planet B*, editore indipendente, 2019; V. Singh, *Teaching climate change: science, story, justice*, Taylor & Francis, Milton Park, 2023, C. Hurrelmann, E. Albrecht, *Gen Z. Between climate crisis and coronavirus pandemic*, Taylor % Francis, Milton Park, 2021.

38 Anche la partecipazione democratica sta indiscutibilmente attraversando un periodo di "crisi". I dati dell'affluenza alle elezioni politiche (ma anche amministrative ed europee) parlano chiaro in questo senso. Se fino all'inizio degli Anni '80 l'affluenza si assestava intorno al 90% (88,42%), il dato è costantemente diminuito: alle elezioni politiche del 2013 l'affluenza, per la prima volta nella storia repubblicana, è scesa sotto la soglia dell'80% (75,20%), fino ad arrivare al 63,91% delle elezioni politiche del 2022. A tale dato è collegata sia la crisi dei partiti, con la progressiva affermazione (oggi, quantomeno in Europa, in una fase quantomeno di arresto?) di movimenti anti-sistema e dichiaratamente anti-politici, spesso dotati di un'organizzazione interna apparentemente orizzontale di tipo digitale (il Italia il Movimento 5 Stelle; sul punto la bibliografia è molto ampia; si rinvia, per tutti, a P. Gerbaudo, *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Il Mulino, Bologna, 2018, e N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia rappresentativa*, Il Mulino, Bologna, 2020). Si lega al discorso della "crisi" della partecipazione democratica anche il tema delle modalità di partecipazione al tempo di *internet*. Ci si è interrogati, ad esempio, sull'idea di partecipazione che sottostà alla raccolta elettronica delle firme per sottoscrivere una proposta di referendum o un'iniziativa legislativa popolare (si v., fra gli altri, F. Pallante, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, 6/2021, 344 ss., e N. Rossi, *Firma digitale per referendum e leggi di iniziativa popolare. Una meditata rivoluzione o un improvvisato azzardo?*, in *Questione giustizia*, 15 settembre 2021

39 Intendendo in questo caso non i soggetti della libertà di informare, quanto i proprietari dei mezzi di informazione

circolino le notizie, o meglio, se tutte le notizie possano circolare sulla base del medesimo criterio, e dunque se e su quali basi le stesse possano incontrare limitazioni, per garantire una distribuzione che tenga conto di tutti i diritti e gli interessi in gioco.

Il punto di vista adottato (che, come si vedrà, prende le mosse dal concetto di eguaglianza complessa di M. Walzer[40]) si inserisce nell'ambito della tradizione liberale, e pertanto, si introduce in una prospettiva che riconosce ampia tutela al lato attivo della libertà di espressione. Il criterio del libero mercato nella distribuzione/circolazione delle notizie non viene eliminato o contestato. Il percorso argomentativo non si inserisce, pertanto, nell'alveo della contrapposizione tra libertà di informare e diritto ad essere informati (o a non essere disinformati)[41], né si prendono le mosse da una prospettiva funzionalistica della libertà di espressione[42] – che pur non si intende screditare – per delegittimare il mercato delle idee e su queste basi fondare una qualche limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Se infatti si individuasse una finalità sociale o solidaristica, ovvero un "risultato" che la Costituzione affiderebbe all'informazione[43], le limitazioni alla libertà di espressione troverebbero giustificazione nell'ottenimento di tale risultato, e sulla base della tensione verso questo risultato dovrebbe adottarsi una regolamentazione. Cioè a dire, ci sarebbe un "nucleo duro" del diritto ad essere informati che deriverebbe dalla sussistenza di un diritto soggettivo all'informazione corretta e veritiera di cui sarebbe titolare del consumatore di notizie, che andrebbe garantito (prospettiva soggettivistica). È la violazione di tale diritto, cioè l'incidenza sulla sfera del soggetto, a giustificare la limitazione della libertà di informare.

Si percorrerà invece un crinale diverso, che, partendo dagli oggetti e dal significato dei beni sociali, vuole tentare di dimostrare che una tutela di tutti i beni costituzionalmente protetti (letti "in situazione") può comportare in taluni casi una limitazione della libertà di informare. Secondo tale ragionamento, le giustificazioni alla base della (eventuale) limitazione all'esercizio della libertà di informare ed esprimersi non si fondano tanto sul diritto degli individui a ricevere un'informazione, quanto sul bilanciamento tra il diritto di informare e gli altri diritti coinvolti. Bilanciamento a cui nessun diritto, pur costituzionalmente tutelato, è legittimato a sottrarsi.

La finalità della differenziazione, e del discorso che seguirà, è quella della minimizzazione del *vulnus* alla libertà di manifestazione del pensiero nel suo "lato attivo", tentando di tutelarla "tenendola insieme" con la minimizzazione delle conseguenze negative (esternalità) derivanti dalla diffusione del falso.

---

40 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, Laterza, Roma-Bari. V. *infra*, par. III

41 Già ricostruito *supra*, cap. 1

42 V. supra, cap. II, par; si rinvia, per tutti, a N. Lipari, *Libertà di informare o diritto a essere informati?*, in *Diritto delle radio e delle televisioni*, 1978

43 O anche solo un obbligo di tendere al raggiungimento del medesimo, ovverosia la concreta garanzia di un'informazione corretta e veritiera

2.1 Il disegno delineato dalla Costituzione: la centralità della stampa

Nel disegno costituzionale la libertà di informazione, come declinata dall'art. 21 co. 2-6 Cost.[44], coincide di fatto con la libertà di stampa[45]. Se il comma 1 dell'art. 21 Cost. sancisce la libertà di manifestazione del pensiero e l'art. 15 Cost. tratta della libertà di comunicazione[46], l'informazione sembra essere intesa dal testo costituzionale come un *tertium genus*, consistente nella divulgazione di notizie da parte di un corpo di professionisti qualificato, che gode di libertà e indipendenza ma che sottostà a una disciplina che la Costituzione stessa si preoccupa in parte di dettare[47]. Ciò si spiega col fatto che «i Costituenti ritenevano giustamente la stampa come il mezzo maggiormente capace di influire nel processo politico e democratico del Paese»[48].

Stando alla prospettiva delineata dalla Costituzione, una lettura congiunta della fattispecie aperta del comma 1 dell'art. 21 Cost. e dei commi seguenti farebbe propendere per un'interpretazione secondo cui, nella logica dei Costituenti, non si dà informazione senza mediazione. Come si evince proprio dalla fattispecie aperta di cui all'art. 21 Cost., anche se il Costituente pensava principalmente alla stampa come mezzo di diffusione delle notizie[49], ciò non toglie che possano essere utilizzati anche altri «mezzi di

---

44 La bibliografia sull'art. 21 è amplissima, e se ne è già fatto cenno nel cap. 1. Si rinvia, per tutti, a S. Fois, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; V. Crisafulli, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 297 ss.; P. Tesauro, *Democrazia e informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, 236 ss.; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; Id., *Informazione, pensiero e radiotelevisione*, Napoli, 1984; Id., voce *Manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1988; P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, 424 ss.; Id., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; M. Luciani, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 1989, 605 ss.; A. Pace-M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

45 Ciò non vuol dire che non possono adottarsi mezzi diversi per informare, ma che, al tempo dei costituenti, la stampa era essenzialmente l'unico mezzo con cui l'informazione veniva veicolata, e che dunque riceve una specifica regolamentazione

46 La scelta operata dai costituenti di disciplinare in due diverse disposizioni la libertà di comunicazione e la libertà di espressione ha suscitato qualche critica, anche alla luce delle analoghe discipline in diversi ordinamenti. Si rinvia sul punto a M. Orofino, *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *MediaLaws*, 2/2019, 79

47 Secondo parte della dottrina, l'alto grado di dettaglio con cui la Costituzione disciplina la stampa rende problematica una lettura evolutiva delle norme costituzionali che sia in grado di ricomprendere all'interno del medesimo alveo anche le nuove forme di comunicazione (si pensi al caso del sequestro di un'edizione digitale di un quotidiano…). Il problema è pertanto quella del rapporto tra la materialità dell'informazione stampata e l'immaterialità di quella digitale (cfr. M. Orofino, 80-81). Diversi autori, in questo senso, hanno fatto notare come la scelta di disciplinare in maniera altamente dettagliata la stampa fosse rivolta più al passato che al futuro. In tal senso cfr. A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, *cit.*, e A. Di Giovine, *Libertà o potere*, in Aa. Vv., *Verso il diritto all'informazione*, Laterza, Roma-Bari, 1991, 55 ss.

48 M. Orofino, *Art. 21 Cost.*, *cit.*, 80, che richiama C. Mortati, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Cronache sociali*, 14-15/1947 (versione consultata: C. Mortati, *Raccolta di scritti*, Vol. 3, Giuffré, Milano, 1972, 5 ss.)

49 Per quel che rileva in questa sede, risalendo alle "sorgenti" del pensiero liberale a cui tradizionalmente si rifà il costituzionalismo democratico del '900 in tema di libertà di espressione, Milton, nell'Areopagitica, fa quasi esclusivamente riferimento alla "libertà di stampa", e quasi mai alla "libertà di parola" o "di espressione". L'avversario polemico è il potere – esercitato da diversi soggetti, in quanto prima il controllo è realizzato dalla Chiesa cattolica, poi dalla *Company of Stationers*, in nome del Parlamento – che pretende di esercitare un controllo, in quel caso spesso preventivo, sulla stampa. È la stampa in quel contesto il mezzo attraverso cui si comunicano

diffusione»[50]. Il punto fermo sembra in ogni caso essere che, quali che siano i mezzi con cui si voglia diffondere l'informazione (il primo grande cambiamento è già avvenuto, come detto, con l'avvento della televisione), tale fattispecie aperta debba essere "sostenuta" – è il dato letterale ad affermarlo – dall'azione di un mediatore qualificato. Sennò non si tratta di informazione, ma di altro (manifestazione del pensiero o comunicazione, appunto). E ciò, si badi bene, non per giustificare un controllo da parte dei pubblici poteri sull'informazione[51], ma al contrario al fine di «proteggere il dibattito pubblico», secondo una visione maggiormente garantista.

Il "fatto nuovo" della commistione tra "produttore" e "consumatore" di notizie[52] ha assottigliato e reso labile il confine fra le tre fattispecie (comunicare, esprimere il proprio pensiero ed informare). I servizi digitali sono per natura ibridi: è possibile commentare, *chattare*, condividere contenuti altrui, scrivere all'interno di gruppi chiusi.

Pertanto, al pari di molte crisi[53] che segnano il XXI secolo, anche quella dell'informazione (o almeno del diritto dell'informazione come inteso nel quadro costituzionale) pare possa ricondursi a due grandi fenomeni tra loro collegati: la rivoluzione digitale da un lato[54], e la perdita di fiducia nell'attività di

idee e pensieri. Per stampa si intende dunque un corpo professionale, che rappresenta un vero e proprio "contropotere". Le fattispecie sembrano ben distinte già dalle origini.

L'obiettivo di Milton, che fa rientrare la libertà di stampa tra le libertà private, non è la difesa della libertà di parola in sé, quanto la tutela del libero scambio di opinioni in quanto «requisito ineludibile del progresso della conoscenza volta al raggiungimento della verità», aprendo a una logica funzionalistica. Nella sua prospettiva è il libero confronto ad essere imprescindibile e strettamente finalizzato alla conoscenza del vero. Secondo Milton, la virtù è danneggiata da una cancellazione eteroimposta del male. Cfr. sul punto F.J. Ansuategui Roig, *Libertà d'espressione: ragione e storia*, Giappichelli, Torino, 2018, 70 ss.

[50] Art. 21 Cost.

[51] Tuttalpiù la volontà è viceversa quella di garantire il controllo sociale sulla stampa. Sul punto, P. Caretti*, Controllo sociale e regime della stampa*, in P. Caretti (a cura di), *L'informazione. Il percorso di una libertà*, Vol. II, Passigli, Firenze, 2012, 373 ss.

[52] Riassunta nell'espressione composita, di matrice anglosassone, "*prosumer*", v. *supra*, cap. I

[53] Si parla correntemente di periodi di "crisi". Il termine viene ripreso perché richiama immediatamente alle questioni cruciali del XXI secolo, anche se non può farsi a meno di notare che rischia di farsi un uso esagerato del termine (T. Halik, *Pomeriggio del cristianesimo*, Vita e Pensiero, Milano 2022)

[54] V. *supra*, cap. I

mediazione svolta dai cd. corpi intermedi[55] (fenomeno anche noto come "disintermediazione"[56]) dall'altro. Per "disintermediazione" si intende infatti la possibilità, che si concretizza in maniera particolare grazie alle nuove tecnologie, di fruire di un elevato numero di beni in modalità agevole e immediata, senza cioè doversi rivolgersi a un terzo soggetto (il mediatore). Ciò ha ingenerato tutta una serie di processi (sociali e di consumo) che hanno profondamente mutato l'agire sociale[57]. Il fenomeno della disintermediazione interessa in misura rilevante il mondo dell'informazione. Per informarsi, infatti, è possibile per il lettore entrare in contatto diretto con una pluralità di fonti (professionali e non), elidendo

---

[55] Gli studi sulla crisi dei corpi intermedi sono numerosissimi, e afferenti a diverse discipline. Si rinvia sul punto a V. Satta, *Il pluralismo sociale nella Costituzione italiana*, in G. Bottalico, V. Satta (a cura di), *I corpi intermedi. Una scommessa democratica*, Ancora, Milano, 2015, 25 ss., il quale fa notare che l'affermarsi dei corpi intermedi è ciò che più ha caratterizzato il passaggio dalle forme statuali precedenti alla Seconda Guerra mondiale, in cui cittadini (intesi come individui liberi e uguali) e Stato erano visti come attori contrapposti, alle democrazie costituzionali del dopoguerra. Secondo l'assetto costituzionale, infatti, «la persona non è vista solo come individuo singolo, dotato di autonomia e diritti e posto in diretta relazione con lo Stato, ma come centro di una molteplicità di relazioni che danno vita a organizzazioni autonome dallo Stato, e a loro volta titolari di diritti» (V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. 1, Il Mulino, Bologna, 1997, 101. Tale filosofia è stata di fatto trasposta nell'art. 2 Cost., che fa rientrare sotto il cappello dell'espressione «formazioni sociali» diverse nozioni di significato più o meno equivalente, ma con sfumature differenti, come "ordinamenti intermedi", "corpi intermedi", "società intermedie", "comunità naturali", "comunità intermedie" (sul punto si v. S, Scamuzzi, *Formazione sociale*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario della politica*, UTET, Torino, 2005, 359, e C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1159, che usa il termine "entità superindividuali", oltre che quello che ha trovato maggiore fortuna di "corpi intermedi". Già dai lavori preparatori in Assemblea costituente si evince il cambio di paradigma dello Stato costituzionale rispetto al modello liberale (si pensi agli interventi dell'on. A. Moro, secondo cui l'art. 2 Cost., insieme agli artt. 1 e 3, costituisce «il volto storico dello italiano», dell'on G. La Pira, che riconosce il ruolo essenziale delle comunità naturali all'interno dello Stato, e dell'on. G. Dossetti, reperibile in (I sottocomissione, 21-22) che fa notare come la Repubblica sia tenuta a riconoscere la precedenza della persona umana rispetto allo Stato (i), la socialità di tutte le persone, «le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi reciprocamente mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale, e l'esistenza di diritti fondamentali della persona e delle comunità «anteriormente a ogni concessione da parte dello Stato». Secondo il disegno costituzionale, il principio del pluralismo è tutelato sia dal punto di vista sociale (che «lascia filtrare la vocazione del soggetto a essere parte di un'aggregazione sociale e, dunque, polo di una fitta trama di relazioni interpersonali, il cui intreccio rende consapevole la persona della misura della propria libertà, ma contestualmente la richiama alla responsabilità, in senso solidaristico, verso gli altri soggetti a cui si lega») che da quello istituzionale (il quale «importa una concezione di Stato in cui le funzioni pubbliche non sono riconducibili a un unico centro di potere da cui si irradiano autoritativamente, ma sono distribuite lungo una dorsale costellata di una molteplicità di enti di governo») V. Satta, *Il pluralismo sociale*, cit., 27.

[56] P. Stringa, *Che cos'è la disintermediazione*, Carocci, Roma, 2017; V. Satta, S. Gonario, *Disintermediazione (voce)*, in *Dizionarietto di politica. Le nuove parole*, Morcelliana, Brescia, 2022, 138 ss.

[57] La disintermediazione interessa diversi aspetti della vita sociale; in primo luogo, la disintermediazione agisce sul concetto stesso di rappresentanza; cfr. sul punto N. Urbinati, *Io, il popolo*, *cit.*, e T. Fenucci, *Rappresentanza politica e libertà di mandato nell'era della disintermediazione*, Franco Angeli, Milano, 2021; sul legame tra disintermediazione e formazione del consenso politico-elettorale, cfr. M. Ladu, *La costruzione del consenso politico-elettorale e l'utilizzo dei* social media *nel tempo della "disintermediazione democratica"*, in *Federalismi*, 23/2022, in part. 197 ss.; con riferimento alla comunicazione politica, e al ruolo di "mediatori" svolto (effettivamente?) dai *social network*, cfr. R. Rega, L. Parisi, *La comunicazione degli attori politici: tra disintermediazione e media sociali*, in E. Cioni, A. Marinelli (a cura di), *Le reti della comunicazione politica. Tra televisione e* social network, Firenze University Press, Firenze, 2010, e E. Amaturo, G.M. Padricelli, G. Punziano, *I volti e le parole: nuove frontiere nella disintermediazione della politica*, in *Sociologia e ricerca generale*, 131/2023, 63 ss.; con riferimento alla comunicazione in generale, cfr. P. Fabiano, S. Gorgoni, *Disintermediazione e nuovi media. Come cambia la comunicazione*, Armando Editore, Roma, 2017; per un'analisi filosofico politica della disintermediazione come punto di incontro tra mercato e rete, cfr. M. Cuono, *In principio era il mercato, poi venne la rete. Disintermediazone, spontaneità, legittimità*, in *Iride*, 2/2015, 305 ss.;

di fatto l'attività editoriale tradizionale (anche se, lo si è visto, secondo alcuni Autori l'attività delle piattaforme digitali può equipararsi a quella editoriale[58]).

2.2 Quel che resta dei giornali di carta: una crisi "sfaccettata"

Come detto, la crisi dei corpi intermedi riguarda anche la crisi dei *mass media* tradizionalmente intesi. La rivoluzione informatica ha avuto un impatto decisivo in questo senso. Se lo spazio della comunicazione tra cittadini e istituzioni dovrebbe essere riempito dai partiti, quello tra la conoscenza delle "cose pubbliche" e i cittadini dovrebbe invece essere colmato dalla carta stampata prima, cui si è affiancata la televisione poi[59].

Il buon funzionamento delle democrazie è direttamente dipendente, come detto, dalla qualità e dalla pluralità dell'informazione. C'è un nesso tra la crisi (economica, ma non solo) della stampa e la proliferazione di notizie false. Uno dei temi più delicati in questo senso – di cui recentemente si discute anche nel contesto statunitense, tradizionalmente restio a prevedere forme di intervento pubblico in settori privati, dove recentemente hanno chiuso centinaia di giornali, specie locali, lasciando intere zone del Paese prive di una copertura informativa[60] – è quello del finanziamento pubblico alla stampa. Il buono stato di salute dei giornali a livello finanziario garantisce infatti un grado di autonomia ed indipendenza che, viceversa, non può essere assicurato in caso di risorse scarse o di necessaria dipendenza da finanziatori privati.

Sia dal punto di vista economico che dal punto di vista della diffusione, negli ultimi venticinque anni la situazione in cui versano i giornali in Italia è parecchio cambiata, a testimonianza di come il dato fattuale confermi che il contesto a cui facevano riferimento i costituenti sia profondamente mutato[61]. Tenendo conto anche delle copie distribuite a scopo di omaggio, promozione, insieme ad abbonamenti e copie vendute in edicola, nel 1998 il dato medio complessivo di diffusione dei dieci principali quotidiani italiani, escludendo quelli sportivi, era di 3.219.142 copie cartacee al giorno (quelle "pagate" erano 3.097.576)[62]. Venticinque anni dopo, nel marzo 2023, in media il medesimo dato è sceso sotto il milione, e le copie "pagate", compresi gli abbonamenti digitali, sono meno di novecentomila, di cui centoventimila pagate meno del prezzo effettivo, e le copie cartacee sono pari a circa cinquecentomila[63]. Tuttavia, secondo i dati

---

58 cd. "*Gatekeeper*" nell'accesso all'informazione V. *supra*, qui si rinvia per tutti a G. Pitruzzella in Parole e potere

59 N. Urbinati, *Democrazia in diretta*, 174-175

60 Cfr. sul punto AGI, *In USA si è aperta la battaglia per la sopravvivenza del giornalismo*, in *Agi (Agenzia giornalistica italiana)*, 11 luglio 2017, consultabile *online* su https://www.agi.it

61 V. *supra*

62 Il Post, *Cose spiegate bene. Voltiamo decisamente pagina.*, Iperborea, Milano, 2023, 10; sul punto si rinvia anche a V. Meloni, *Il crepuscolo dei media: informazione, tecnologia e mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2017

63 *Ibidem*, 10-11

raccolti da *Audiweb*, i siti di informazione *online* vengono quotidianamente letti da milioni di persone[64]. Nel frattempo, infatti, anche il formato con cui i giornali vengono letti è cambiato. Per cui non è vero, in valore assoluto, che ci siano meno persone che leggono i giornali (considerando come "giornali" anche i siti di *news* e le pagine *web* dei quotidiani, spesso più "poveri" di contenuto rispetto alle edizioni cartacee, a meno che non si sottoscriva un abbonamento digitale), né, di conseguenza, che ciò sia avvenuto per un asserito "abbassamento di qualità" dell'informazione. La libertà di espressione, e segnatamente la libertà di informazione e di stampa, intercetta la libertà di iniziativa economica privata[65], e ne è in qualche misura dipendente, in quanto gli attori sono pur sempre aziende private che devono sostenersi economicamente per poter offrire i loro servizi. Il punto è che questi ultimi svolgono però funzioni pubbliche delicate, da cui dipende lo stato di salute delle democrazie. *Internet* – lo si è detto in precedenza – nasce e si accredita (illusoriamente) come icona di libertà, eguaglianza e gratuità. I giornali basano la propria sostenibilità economica storicamente su due fattori: ricavi dalle vendite delle copie e introiti provenienti dalla vendita di spazi pubblicitari[66]. Inizialmente la *free press online* si è illusa del fatto che poteva basarsi solo su una delle due fonti di profitto, ovvero quello derivante degli spazi pubblicitari, prescindendo dai finanziamenti derivanti direttamente dai lettori. A quel punto questi ultimi si sono abituati a non dover pagare per accedere all'informazione (e ad accedere a fonti con un tasso di qualità se non più basso *tout court* senza dubbio più discontinuo, visto il proliferare di siti di informazione non professionale[67]), e anche le testate giornalistiche tradizionali, "sbarcate" nel frattempo nel contesto digitale, si sono trovate a dover offrire gratuitamente i propri servizi, facendo anch'esse affidamento esclusivamente sugli introiti pubblicitari. Il problema è che *internet* ha svuotato anche quest'altra forte di guadagno. Sul *web*, infatti, ogni sito, di qualsiasi natura e portata (dal portale istituzionale o dal giornale affermato al *blog* personale praticamente sconosciuto), può pubblicizzare un proprio prodotto. Il vero cambiamento in questo senso è consistito nel rapido affermarsi della «pubblicità programmatica», consistente nella «creazione di piattaforme di gestione delle inserzioni accessibili e semplici da usare sia per gli inserzionisti che per i siti, e capaci di distribuire *banner*, video e pubblicità varie su enormi quantità di siti *web*»[68]». *Google* in questo senso è l'inserzionista in assoluto più accreditato, così come *Facebook* prevede un quotatissimo servizio analogo[69].

---

[64] Il dato, riportato sempre dallo studio de "Il Post", è difficilmente quantificabile in maniera univoca, vista la complessità del districarsi nei dati di navigazione, ma l'ordine di grandezza può ritenersi affidabile

[65] L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 354

[66] Lo studio de "Il Post" spiega in maniera chiara cosa sia avvenuto negli ultimi anni: «il *business* dei giornali era un business ricco che si sosteneva su due fonti di ricavo, i lettori che pagavano e la pubblicità che comprava spazi; *internet* ha schiantato entrambe le cose, le aziende giornalistiche sono diventate molto più povere, e questo ha orientato negli anni seguenti la gran parte delle loro scelte, commerciali ed editoriali»

[67] Il Post, *Voltiamo decisamente pagina*, *cit.*, 14

[68] *Ibidem*, 15

[69] Il servizio "Gestione Inserzioni", anche noto come "*Ads Manager*" (https://www.facebook.com/business/tools/ads-manager)

Rinviando a lavori più specifici sul punto[70], basti in questa sede considerare che i maggiori giornali sono dotati di proprie aziende di intermediazione pubblicitaria, che vendono agli inserzionisti gli spazi pubblicitari, mentre con *internet* il contatto è direttamente tra inserzionista e lettore, non essendo di regola il sito ospitante neanche a conoscenza del contenuto che l'inserzionista propone nello spazio che ha acquistato. Anche la mediazione a livello pubblicitario è diventata di fatto superflua. Ciò ha portato ad un arricchimento di tutti i gestori di siti *web* – non solo di quelli dei giornali – e soprattutto dei grandi inserzionisti di cui si è detto (*Google*, *Facebook*), mentre i ricavi dei giornali non sono scomparsi, ma sono diventati in proporzione largamente minori[71]. Circa a partire dagli anni '10 del 2000, i giornali, in evidente

---

[70] Cfr. sul punto M. Marsili, *La rivoluzione digitale in rete. Come* internet *sta cambiando il modo di fare giornalismo*, Odoya, Bologna, 2009; S. Antonioni, Going social*: la pubblicità nell'epoca dei* social network, in L. Mazzoli (a cura di), Network effect. *Quando la rete diventa* pop, Codice Edizioni, Torino, 2009; P. Odih, *Advertising and cultural politics in global times*, Routledge, Londra, 2010

[71] I giornali, come detto, svolgono un servizio pubblico, ma sono in crisi. È possibile immaginare delle forme di finanziamento pubblico? Come si stabiliscono gli standard di qualità per cui una testata giornalistica piuttosto che un'altra dovrebbero accedere ai fondi?

«Ogni anno lo Stato italiano finanzia i giornali sostanzialmente in due modi: i contributi «indiretti» e i contributi «diretti». La differenza sta nel fatto che i primi non sono soldi che vengono effettivamente stanziati, ma sconti sulle tasse, rimborsi o incentivi di altro genere; i secondi invece sono proprio soldi a fondo perduto che lo Stato dà materialmente ad alcuni giornali, e anche per questo sono quelli di cui si parla di più. A questi si aggiungono di tanto in tanto altre iniziative estemporanee, come quelle pensate come ulteriore sostegno dopo la pandemia.

I contributi indiretti sono quelli meno conosciuti e citati, ma anche quelli più sostanziosi. Possono beneficiarne tutte le testate, purché cartacee: attraverso sconti sull'acquisto della carta, tariffe postali agevolate per la distribuzione delle copie, sgravi fiscali per le edicole e per gli inserzionisti che comprano pagine di pubblicità sui giornali ecc.. Per diversi anni alcuni di questi aiuti hanno subito restrizioni o sono stati tagliati, ma recentemente hanno ripreso a crescere, passando da poco più di 90 milioni nel 2019 a oltre 290 milioni nel 2021 (90 milioni di sgravi per chi compra la pubblicità, tariffe postali agevolate (51 milioni) e sgravi sottoforma di credito di imposta per l'acquisto della carta (circa 30 milioni). Ogni testata può chiedere il 10 % della spesa sostenuta (il gruppo RCS, proprietario del Corriere della Sera e della Gazzetta dello Sport, ad esempio, grazie a questa misura ha "risparmiato" 5,2 milioni di euro; 820 mila Il Sole 24 ore, 109 mila Domani)»

Il contributo più discusso è stato tuttavia quello "diretto", ovvero erogato tramite finanziamenti statali a fondo perduto. L'art. 5 del D.LGS. n. 70 del 15 maggio 2017 disciplina i requisiti per accedere ai fondi. Secondo le indicazioni del Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, «possono accedere al contributo pubblico all'editoria, a condizione che, in ambito commerciale. esercitino unicamente un'attività informativa autonoma e indipendente di carattere generale:

- le cooperative giornalistiche;
- le imprese editrici il cui capitale è detenuto in misura maggioritaria da cooperative, fondazioni o enti senza fini di lucro, limitatamente ad un periodo di cinque anni a decorrere dal 15 novembre 2016, data di entrata in vigore della l. 26 ottobre 2016, n. 198;
- gli enti senza fini di lucro ovvero le imprese editrici il cui capitale è interamente detenuto da tali enti;
- le imprese editrici che editano quotidiani e periodici espressione di minoranze linguistiche.

Nel 2021 si è trattato di circa 88 milioni di euro (83 nel 2019), pari a meno di un terzo di quelli "indiretti". Dovrebbero essere rivolti a proteggere dalla crisi del mercato le testate delle minoranze linguistiche, di editori locali, e quelle indipendenti di proprietà di cooperative o altre società senza fini di lucro. Di fatto, però, accedono ai finanziamenti in misura maggiore testate che soddisfano di fatto i requisiti richiesti, avendo però di spalle de facto imprenditori tradizionali o strutture economiche dotate di una certa solidità (Avvenire – 5,6 milioni di euro, Italia Oggi, 4 milioni di euro, Libero, 3,9 milioni, Il Foglio, 1,9). Figurano anche alcuni giornali che sono effettivamente espressione di minoranze linguistiche, come il Primorski Dnevnik di Trieste (1,6 milioni di euro) e il Dolomiten, edito a Bolzano, in testa ai giornali che ricevono più contributi diretti con 6 milioni di euro. Come ricostruito sempre da Il Post, 67, «l'editore di Dolomiten è una potente e ricca famiglia di imprenditori che esercita un quasi-monopolio tra i media del Trentino-Alto Adige permesso indirettamente anche dalla grossa quota che riceve dallo Stato italiano»). La medesima inchiesta fa notare come i criteri su cui si basa l'erogazione dei fondi non tengono in

difficoltà economica, si sono resi conto che per "sopravvivere" dovevano diventare maggiormente dipendenti dalle richieste degli inserzionisti, rendendo più opaco il confine tra contenuti editoriali e contenuti pubblicitari[72]. Oltre ai siti non professionali[73], così anche l'informazione proposta dai giornali tradizionali ha assunto un carattere sensazionalistico nella divulgazione delle notizie, accreditandosi tra i concorrenti della "caccia al *clic*"[74]. Si tratta di un terreno fertilissimo per la proliferazione delle *fake news* nel contesto dell'informazione non professionale.

---

alcun modo conto della qualità del prodotto, né in qualche misura la incentivano (anzianità della testata, numero di dipendenti, costi sostenuti, con il solo limite del 50% degli utili dell'impresa editrice). A esser favoriti dalla legge in vigore sono i soli quotidiani di medie dimensioni (i maggiori non accedono, ma i minori men che meno. Sembra profondamente mutata la logica della prima legge sui finanziamenti statali all'editoria del 1981, secondo cui, proprio per tutelare e favorire il pluralismo, i fondi dovessero essere spartiti a tutte le testate, in maniera inversamente proporzionale al numero di copie vendute, così da sostenere i giornali minoritari. Per una ricostruzione delle leggi sul pluralismo e il finanziamento all'editoria che si sono succedute dal 1981 ad oggi, si rinvia a Il Post, *Voltiamo decisamente pagina*, *cit.*, 68-69).

[72] *Ibidem*

[73] Brexit, Cambridge Analytica, ecc. hanno fatto credere nuovamente che valesse la pena pagare per informarsi, sostenere spesso i giornali per meccanismi identitari, ma resta pur sempre un fenomeno di nicchia (Il Post, *Voltiamo decisamente pagina*, *cit.*, 18)

[74] V. *supra.* Si corre, insomma, il rischio, che i giornali "gonfino" la portata di alcune notizie o di discorsi d'odio che di per sé costituirebbero un fenomeno largamente minoritario. Fa autocritica, in questo senso, il giornalista E. Assante, Social*, quei ragazzi con il mondo in tasca*, in *Repubblica*, 19 gennaio 2024, consultabile *online* su https://www.repubblica.it: «Di che parliamo quando citiamo con estrema, troppa leggerezza, il popolo del web o la protesta social? Di qualche decina di migliaia di persone, quando il caso diventa davvero "*social*", ma spesso di molti di meno. Ma anche se si trattasse di un milione di utenti singoli e attivi di Facebook su 29 milioni, sarebbero 1/29 degli utenti del social network: una cifra che andrebbe definita come "largamente minoritaria". A dargli rilevanza, con frasi del genere "il *web* in rivolta" o "la protesta *social*", siamo noi, i giornalisti, che invece di derubricare molte di queste proteste come non notizie siamo i primi a dargli spazio, visibilità, amplificazione. Il popolo del web esiste solo nelle redazioni dei giornali, delle radio, delle televisioni, che danno peso alle idiozie di gruppi di esaltati, fanatici, repressi, che usano i social network per aggredire, insultare, attaccare gli altri; una pallida minoranza, certamente molto pericolosa, ma che come tale andrebbe trattata. Così come gli ultras allo stadio non rappresentano i milioni di persone che seguono allegramente il calcio, allo stesso modo chi usa le tastiere dei propri pc come strumento per insultare gli altri non rappresenta nessun "popolo del web". Nell'800, i *social network* dell'epoca erano i mercati, la strada; funzionavano allo stesso modo, senza *internet* e smartphone. La differenza è che prima la chiacchiera del bar restava al bar, oggi ha una platea esponenzialmente più ampia, ma soprattutto gode dell'amplificazione dei grandi media che trasformano tanti, troppi venticelli in notizie lette da milioni di persone». Un tale comportamento da parte della stampa rischia di avere già di per sé delle conseguenze politiche tutt'altro che indifferenti. Si guardi, a mo' di esempio, alla seguente vicenda. Il 28 febbraio 2024 è crollata la tesi con cui la Procura di Trapani ha per anni sospettato che le ONG avessero degli accordi con i trafficanti di esseri umani sulla rotta mediterranea (vicenda nota come "caso Iuventa"); la Procura stessa, dopo indagini durate per ben sette anni, ha scelto di chiedere il non luogo a procedere per gli imputati (quattro membri della ONG tedesca Jugend Rettet), accusati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina art. 12 TUIM), per assenza di prove, ed elementi che potessero anche soltanto suggerire questa ipotesi. Ipotesi che tuttavia nel 2017 fu cavalcata da diversi partiti politici, ed ebbe probabilmente ripercussioni nelle successive elezioni politiche del 2018. È stato tuttavia pochissimo lo spazio che i giornali che hanno in generale dedicato alla notizia della richiesta di non luogo a procedere (sulla *Stampa* a pagina 15, solo *Il Manifesto* ha dedicato uno spazio in prima pagina, il *Corriere della Sera* ha pubblicato un trafiletto, mentre non si trova pressoché nulla per quanto riguarda gli altri principali quotidiani). Quando era stata aperta l'inchiesta, però, i giornali hanno trattato in maniera ben diversa la notizia: giovedì 3 agosto 2017 – data in cui fu avviata appunto l'inchiesta – la *Stampa* titolava in prima pagina: "*Migranti, blitz dell'Italia. Fermata ONG tedesca: complici dei trafficanti*"; la prima pagina del *Corriere della Sera* riportava invece il seguente titolo: "Pa*tto tra le ONG e gli scafisti. Sequestrata una nave tedesca, l'accusa: restituivano i barconi ai trafficanti*". *Repubblica* titolava in prima pagina: *"«L'ONG lavorava con gli scafisti». La Nave tedesca Iuventa si faceva consegnare migranti*". Sette anni dopo la notizia che

Stando al quadro descritto, vi è da chiedersi se sia pensabile un'informazione senza giornali (o comunque senza mediazioni), nel quadro delineato dalla Costituzione del 1948. Secondo quella visione, la concretizzazione della libertà di informazione era infatti possibile grazie alla stampa, che godeva di una significativa legittimazione pubblica. Lo stato di buona salute di cui godevano i giornali e il riconoscimento da parte dei cittadini nei loro confronti permetteva alla stampa di svolgere un vero ruolo di mediatizzazione. Il prestigio dei giornali consentiva anche in certi casi che in questi i cittadini potevano liberamente rispecchiarsi ed effettivamente si rispecchiavano, formandosi una coscienza politica e sociale sia in quanto iscritti a un determinato partito che in quanto lettori di un determinato giornale (pur senza rinunciare chiaramente all'assunzione di posizioni critiche, o anche alla "migrazione" verso altri poli politico-culturali).

Gli effetti della disintermediazione, la perdita di "presa" dei corpi intermedi e la scomparsa di legami sociali solidi, a favore della nascita del soggetto "pluri-appartenente"[75], hanno inciso sull'effettività del disegno tracciato dai costituenti. La correzione del falso e la genuinità della notizia erano infatti garantiti (in misura più o meno soddisfacente) dal mediatore. La progressiva marginalità dei *mass media*, la "confusione", o meglio la "commistione", tra produttore e consumatore di notizie, la stessa "commistione" tra informazione e comunicazione rendono complesso – e discutibile – un intervento limitativo da parte del legislatore, che rischierebbe di limitare la (inviolabile) libertà di "comunicazione" o quella di "espressione" dei singoli, più che l'attività di informazione tradizionalmente realizzata da soggetti professionisti, e regolata già dal 1948 con la legge sulla stampa. Sull'informatore professionale grava infatti un obbligo giuridico – che grava su chiunque svolge una funzione informativa[76] – non tanto di dire il vero, quanto di «verificare e garantire la "veridicità" dei fatti riportati», senza che un vincolo analogo possa ravvisarsi nei confronti dei soggetti che, ad altro titolo, comunicano.

Il punto di rottura sembrerebbe dunque da doversi cercare nella scomparsa delle mediazioni (intese in senso tradizionale[77]): se sul soggetto che "media" in maniera professionale e riconoscibile sono apponibili vincoli, un'operazione di tal genere risulta estremamente più "scivolosa" nei confronti di chi non fa altro che apprestare "spazi" (virtuali) riservati alla comunicazione o alla libera manifestazione del proprio pensiero.

I numeri però non raccontano di una scomparsa dei giornali come mezzi di informazione: i giornali *online*, seppur in formato ridotto per gli utenti non abbonati, vengono ancora letti. Oltre ad indebolirne – è innegabile – la diffusione, il rischio è che il cambiamento nelle forme della comunicazione e nei modi per

---

non era così, che l'indagine è stata archiviata, non trovava alcuno spazio su *Repubblica*, né in prima pagina né in generale nel giornale cartaceo.

75 S. Zamagni, *I forum deliberativi. La rappresentanza per il Terzo Settore*, in A. Bassi, R. Villani, *Rappresentanza: modelli e prospettive per il Terzo Settore*, Aiccon, Forlì, 2006

76 A. Papa, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi*, num. spec. 1/2017, 6

77 Se può parlarsi di "mediatori", i cd. "gatekeepers" dell'informazione sarebbero dei "mediatori" occulti.

ottenere i profitti in campo pubblicitario abbia portato non tanto alla scomparsa dei giornali, quanto a un abbassamento della qualità dell'informazione proposta, che rischia di essere fuorviante o di rilanciare notizie false, dandogli visibilità.

3. Non tutte le notizie sono uguali. Differenziare per non discriminare, nella prospettiva di M. Walzer

Si è detto che il paradigma che sta alla base della circolazione dell'informazione sul *web* è – almeno teoricamente[78] – quello del libero mercato. Libero mercato che trova nella prassi condizionamenti "occulti" nei meccanismi di funzionamento della rete[79].

L'oggetto dell'informazione è costituito dalle notizie, "beni" il cui godimento da parte di un soggetto non ne limita la fruizione da parte di altri (sono, cioè, beni "pubblici", ovvero né escludenti né consumabili, secondo la teoria economica del diritto")[80]. Si tratta di beni che vengono distribuiti tramite diversi canali sulla base di logiche di mercato, secondo il tradizionale meccanismo domanda/offerta. In un certo senso,

---

[78] Si è trattato delle influenze che condizionano il funzionamento del "mercato" dell'informazione, e ne inficiano il carattere di "libertà", v. *supra*, …

[79] V. *supra*, cap. I, meccanismi di funzionamento del web. In questo senso, il free marketplace of ideas potrebbe essere letto come un tipico caso di quello che in ambito economico viene detto "fallimento del mercato" ("*market failures*"). In economia, l'equilibrio economico generale viene raggiunto quando tutti i mercati siano «ben funzionanti e perfettamente concorrenziali». Vi sono alcune cause che impediscono che tale condizione venga raggiunta, le quali possono essere corrette dall'intervento dei pubblici poteri: a) l'insorgenza di monopoli; b) presenza di esternalità, ovvero di benefici o economie esterni (quando cioè i vantaggi derivanti da un determinati scambio non ricadono sui soggetti coinvolti, ma su soggetti terzi) o di costi o diseconomie esterni (quando sono invece i costi a ricadere su soggetti terzi); c) la presenza di un bene pubblico (o beni meritori), indivisibile (il consumo di un bene da parte di un soggetto non pregiudica né diminuisce le possibilità di godimento in capo a terzi soggetti), e non-escludibile (escludere i beneficiari non paganti dal godimento del bene pubblico ha un costo talmente ampio che nessuna impresa economica privata, che miri cioè alla massimizzazione del profitto, avrebbe vantaggio nel produrre tale bene); d) forti asimmetrie informative, ovvero la presenza di un forte dislivello di informazione presente tra le parti coinvolte nello scambio; bisogna che si tratti di «forti sbilanciamenti, tanto forti che una parte dello scambio ha un vantaggio significativamente ingiusto nei confronti dell'altra». Cfr. R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, vol I, Il Mulino, Bologna, 2006 (1° ed. 1999), 61 ss.; in tutti questi casi, è previsto, come detto, un intervento pubblico per ristabilire il corretto funzionamento del mercato. Nel caso della forte asimmetria informativa, ad esempio – che sembrerebbe quello che maggiormente si confà al *free marketplace of ideas*, lo Stato può intervenire, ripristinando la simmetria tra le parti tramite l'imposizione di obblighi di informazione nei confronti della "parte forte" (spesso il venditore/fornitore) dello scambio. Va ancora fatto notare, in questo senso, che è possibile distinguere tra «informazione nascosta» e «comportamento nascosto»; nel primo caso i «comportamenti opportunistici» si verificano prima della conclusione del contratto, nel secondo caso in una fase successiva.
L'intervento risolutorio – lo si riprenderà infra, cap. III parte 2 – può essere compiuto solo da un'entità pubblica, e non tramite "aggiustamenti" autonomi dei privati coinvolti, e può consistere in norme imperative di diritto privato a tutela dei consumatori, regolazione e vigilanza degli scambi su un determinato mercato da parte di un'Autorità pubblica, o in forme di intervento pubblico diretto, che può svolgere funzione sia di riequilibrio dell'asimmetria informativa che redistributiva (cfr. G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, 68-69)

[80] P Tincani, *Argomenti di giustizia distributiva*, Giappichelli, Torino, 2004, 73

dunque, il mercato dell'informazione può essere "letto" anche attraverso "lenti" distributive (pur trattandosi della distribuzione di un bene non esclusivo)[81]. Si tratta pertanto di indagare quali siano i "criteri distributivi" che sottostanno alla circolazione delle notizie. Secondo il paradigma del libero mercato, queste devono essere distribuite esclusivamente sulla base del criterio economico, che si sostanzia nella garanzia della libera circolazione e nella tutela della concorrenza[82]. Criterio economico che, grazie alla peculiarità della rete, ha reso sufficienti la disponibilità di un dispositivo digitale e di una connessione di rete per pubblicare notizie, ovvero per inserire il proprio "bene" all'interno del mercato. A quel punto il lettore (consumatore) leggerà (acquisterà) la notizia (il bene) che ritiene migliore (più confacente alle proprie inclinazioni). Secondo i fautori di tale ragionamento (che "compiono" forse in un "salto" logico), in questo modo dovrebbe essere "premiata" la notizia "migliore", che dovrebbe coincidere con quella veritiera.

Ora, ci si chiede se tutte le informazioni debbano circolare esclusivamente sulla base del criterio del libero mercato.

A tal fine, può essere utile riprendere i concetti elaborati da M. Walzer a proposito dei criteri distributivi dei beni sociali e del concetto di «eguaglianza complessa»[83], per comprendere secondo quali criteri distributivi l'oggetto-notizia, in base alle sue peculiarità, debba circolare all'interno di un contesto privo di intermediazioni "tradizionali" come quello digitale.

---

81 Non si vogliono ricostruire esaustivamente in questa sede le posizioni dottrinali attorno al concetto di giustizia distributiva. Basti evidenziare, a mo' di richiamo, che per giustizia distributiva si intende qualcosa che «ha a che fare con le risorse a disposizione e con a loro allocazione, in base a criteri di status» (P. Tincani, *Argomenti di giustizia distributiva*, *cit.*, 61). Il problema della giustizia nelle distribuzioni sorge quando si verificano due condizioni: scarsità delle risorse da distribuire ed «egoismo moderato» dei soggetti coinvolti (cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997, 117, che definisce le due condizioni «circostanze di giustizia»). Se una delle due condizioni non si verifica non ci sarà bisogno di porsi il problema della distribuzione, perché se le risorse sono abbondanti (ovvero presenti in misura superiore rispetto a quanto "l'egoismo moderato" di tutti i soggetti coinvolti richiede, qualsiasi criterio distributivo assegnerebbe comunque a ciascun agente la quantità desiderata di beni. Si è correttamente fatto notare che una tale circostanza di abbondanza assoluta (richiamata da D. Hume, *Ricerca sui principi della morale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 27) di fatto resta un caso di scuola, mai realizzatosi (B. Barry, *Teorie della giustizia*, Il saggiatore, Milano, 1996, 10, e P. Tincani, *Argomenti*, *cit.*, 63); la seconda circostanza non si verificherebbe né in casi di altruismo estremo (altrettanto di scuola, per cui nessuno vorrebbe dei beni per sé, e tutti i criteri distributivi risulterebbero soddisfacenti), né dell'egoismo assoluto e generalizzato (dai connotati aggressivi, similmente allo stato di natura hobbesiano). L'informazione non è un bene il cui godimento limita la possibilità di fruizione del bene da parte di altri, dunque non entra in gioco di fatto il discorso "soggettivo" dell'egoismo nella fruizione delle notizie. Il bene "informazione veritiera" o comunque "non falsa, manipolativa o tendenziosa" può tuttavia essere visto come risorsa non abbondante, se "minacciato" o sovrastato dalle notizie false. È per questa ragione che si prenderà in esame la questione dei criteri distributivi solo dal punto di vista degli oggetti, ovvero delle loro intrinseche ragioni di distribuzione (v. infra, M. Walzer).

Per un'analisi dei presupposti della giustizia distributiva (il fatto che ognuno accetti e sappia che gli altri accettino i suoi medesimi principi di giustizia, e che le istituzioni tendano generalmente a soddisfare questi principi), e delle "regole di giustizia" (di eguaglianza e di efficienza), si rinvia a J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, *cit.*, spec. 22 ss. e 37 ss.;

82 Sull'informazione come mercato, cfr. V. Meloni, *Il crepuscolo dei media*, *cit.*, spec. Cap. III; A. Rossetto, *Mercato dell'informazione*, in A. Rossetto (a cura di), *Democrazia mediatica. La democrazia che non c'è*, Armando Editore, Roma, 2004; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di* internet, *cit.*, spec. 2 ss.

83 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 19

Non si tratta di applicare *tout court* le teorie della giustizia distributiva al contesto dell'informazione (alcuni presupposti necessari perché vi si possa fare un pedissequo riferimento difettano, come il dato soggettivo dell'«egoismo moderato» dei soggetti che si contendono i beni da distribuire, e dunque la pretesa conflittuale sulle risorse[84]), bensì di guardare ai criteri intrinseci sulla cui base possono circolare le notizie nel rispetto dei diritti costituzionalmente protetti di volta in volta interessati. Rilevano dunque le concezioni della giustizia (le «regole di giustizia»[85]) intese come «espressione di un sistema di fini»[86], che sottostanno ai diversi regimi di allocazione delle notizie.

Occupandosi di modelli di distribuzione dei beni sociali che perseguano lo scopo di una «società libera dal dominio»[87], Walzer opera una distinzione tra i concetti di "eguaglianza semplice" ed "eguaglianza complessa".

Il «regime di eguaglianza semplice» si realizzerebbe nel caso di «una società in cui tutto sia in vendita e tutti i cittadini abbiano le stesse quantità di denaro»[88]. Potrebbe ritenersi, in queste condizioni, che il sistema distributivo del libero mercato possa ritenersi di per sé completo ed egualitario. Tuttavia, secondo l'Autore, pur verificandosi queste – utopiche, anche in relazione al contesto dell'informazione[89] – condizioni, «il regime di eguaglianza semplice non durerà a lungo, perché il libero mercato porterà con sé delle diseguaglianze»[90]: ci saranno soggetti più abili (o più fortunati), che per diversi motivi si affermeranno a discapito degli altri. Per garantire una stabilità al regime di eguaglianza semplice ci sarebbe «bisogno di una "legge monetaria", *che* solo uno stato centralizzato ed interventista sarebbe abbastanza forte da *imporre*»[91]. Insomma, per evitare la formazione di oligopoli o monopoli, o comunque di posizioni di dominanza[92] e dunque di diseguaglianza nella distribuzione dei beni sociali, «l'eguaglianza semplice richiederebbe un continuo intervento statale […], ma a quel punto sarà il potere stesso a diventare l'oggetto principale della competizione»[93].

Seguendo il ragionamento di Walzer, ci si dovrebbe concentrare in prima battuta sulla «riduzione della dominanza»[94], e non sulla regolamentazione o limitazione dei monopoli.

Per dominanza si intende «un modo di usare i beni sociali che non è limitato dai loro significati intrinseci o che plasma tali significati a propria immagine. […] In una società capitalistica è dominante il capitale,

---

84 V. nota 95
85 *Ibidem*
86 P. Tincani, *Argomenti*, *cit.*, 81
87 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 9.
88 *Ibidem*, 25
89 V. *infra*, par. 4
90 Si rinvia a *infra*, par. 3.2
91 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, cit., 25 (corsivo mio)
92 Il concetto di dominanza è centrale nella teoria di M. Walzer, v. infra
93 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, cit., 26. Sulla parità delle condizioni di partenza, che comporterebbero una diminuzione dell'intervento statale, cfr. L. Einaudi, *Lezioni di politica sociale*, Einaudi, Torino, 1949, 169 ss.
94 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 28. «Chiamo dominante un bene se quelli che lo possiedono dispongono, proprio perché lo possiedono, di un'ampia gamma di altri beni» (*ibid.*, 22)

rapidamente convertito in prestigio e potere; in una società tecnocratica è invece la conoscenza tecnica a svolgere questo ruolo»[95]. Pertanto, sarebbe necessario concentrarsi primariamente sulla distribuzione dei beni e sul significato sociale degli stessi, e non tanto sulla limitazione delle posizioni soggettive. Utilizzando ancora le parole dell'Autore, bisognerebbe «considerare che significato potrebbe avere restringere l'ambito entro il quale determinati beni sono convertibili e rivendicare l'autonomia delle sfere distributive»[96]. Da ciò discende che non esiste, né è mai esistito, «un unico criterio o un unico insieme di criteri interconnessi per tutte le distribuzioni: merito, qualifica, nascita e sangue, bisogno, libero scambio, lealtà politica decisione democratica»[97]. I principi di giustizia, per fare i conti con la complessità e il particolarismo della storia, devono avere «una forma pluralistica, […] beni sociali diversi devono essere distribuiti per ragioni diverse, secondo procedure diverse»[98]. Secondo questa visione, dovrebbe essere «il significato dei beni a determinare il loro movimento», in quanto «i criteri e gli assetti distributivi non sono intrinseci al bene in sé ma al bene sociale», e «ogni distribuzione è giusta o ingiusta rispetto ai significati sociali dei beni in gioco»[99]. Rovesciando la prospettiva soggettivistica, per cui sono le pretese soggettive a determinare quali siano le destinazioni e il valore dei beni, Walzer sostiene invece che «i beni non appaiono *sic et simpliciter* in mano agli agenti della distribuzione, che ne fanno quello che vogliono o li cedono secondo un qualche principio generale», ma che «i beni *stessi*, con i loro significati e a causa di *loro stessi*, sono il mezzo cruciale delle relazioni sociali: i beni sono nelle teste delle persone prima che nelle loro mani, e le distribuzioni prendono forma in base a concezioni comuni della natura dei beni e della loro finalità»[100].

Il precipitato diretto è che «se i significati sono diversi, le distribuzioni devono essere autonome», e «ogni bene sociale, o insieme di beni sociali, costituisce, per così dire, una sfera distributiva nella quale sono appropriati solo certi criteri e certi assetti»[101]. Non c'è un metro unico, ma diversi metri di distribuzione,

---

95 *Ibidem*, 22

96 *Ibidem*. L'Autore fa notare altresì notare come «Questa linea argomentativa, pur non essendo una novità, non è mai chiaramente emersa nella letteratura filosofica. I filosofi tendevano a criticare (o a giustificare) i monopoli della ricchezza, del potere e dell'istruzione, esistenti o emergenti; oppure criticavano (o giustificavano) delle conversioni determinate, per esempio, della ricchezza in istruzione, o delle cariche in ricchezza. E spesso hanno fatto tutto ciò in nome di un qualche sistema radicalmente semplificato. La critica della dominanza indicherà invece una maniera di formulare e di vivere con la complessità reale delle distribuzioni»

97 *Ibidem*, 16. Le posizioni razionalistiche potrebbero sostenere che «individui razionali, con queste restrizioni, sceglierebbero uno, ed uno solo, sistema distributivo». Ma secondo l'Autore questa conclusione non trova riscontro nella realtà, e parte da una situazione di contesto semplificata, che elude la complessità. Non può infatti non prendersi in considerazione il «particolarismo della storia», la cultura di appartenenza, le tendenze, i bisogni, gli stili di vita di ciascun contesto storico. «Pur desiderando di essere imparziali, i membri di una comunità politica si porranno probabilmente non la domanda "Quale sarebbe la scelta di individui razionali in tali e tali altre condizioni universalizzanti?", bensì "Quale sarebbe la scelta di individui simili a noi, in una situazione simile alla nostra, che abbiamo in comune una cultura?», *ibidem*, 17.

98 *Ibidem*, 17

99 *Ibidem*, 20

100 *Ibidem*, 18 (corsivo mio)

101 *Ibidem*, 21

che possono essere individuati per ciascuna categoria di beni sociali (in certi casi non senza controversie). Il rischio è che tali criteri distributivi non vengano rispettati, e le rispettive "sfere" di distribuzione siano "invase" da criteri non inerenti.

Un concetto di eguaglianza che sia "effettivo" deve pertanto tener conto della molteplicità dei significati dei beni sociali e delle loro sfere distributive. Da qui il concetto di "eguaglianza complessa", che consiste in quel regime per cui «i beni sociali vengono distribuiti per ragioni differenziate ed "interne"», così da escludere la formazione di posizioni di dominio[102]. La giustizia distributiva viene così prospettata come «un'arte della differenziazione»[103], che tiene in considerazione le peculiarità degli oggetti interessati.

Gli stessi principi di giustizia, a detta dell'Autore, possono subire variazioni, o comunque trovare di volta in volta diversa applicazione, in ordine alla specificità del bene sociale in gioco:

«La mia tesi va oltre, è che i principi stessi della giustizia hanno una forma pluralistica, che beni sociali diversi devono essere distribuiti per ragioni diverse, secondo procedure diverse, e che tutte queste differenze derivano da concezioni diverse dei beni sociali stessi, risultato inevitabile del particolarismo storico e culturale»[104].

Traendo le fila del ragionamento, ciò che conta è il significato sociale dei beni, da cui discendono assetti di distribuzione differenziati[105]. I beni, pertanto, dovrebbero essere distribuiti seguendo «ragioni pertinenti». Una volta assunto che i significati sono diversi, allora le distribuzioni dovranno essere autonome: «ogni bene sociale, o insieme di beni sociali, costituisce, per così dire, una sfera distributiva nella quale sono appropriati solo certi criteri e certi assetti»[106].

Si pensi, ad esempio, all'informazione scientifica in ambito medico-sanitario: può circolare esclusivamente sulla base del libero mercato e delle preferenze degli utenti, o interessa beni costituzionalmente protetti che imporrebbero diversi criteri distributivi?[107] O all'informazione in ambito politico-elettorale: serve o meno una regolamentazione che preservi la libertà del voto dei cittadini (art. 48 Cost.)?

Riferendo queste argomentazioni al contesto dell'informazione, è opportuno fare due precisazioni:

(i) Come la dottrina maggioritaria ha chiaramente sostenuto, il principio che sta alla base della distribuzione delle notizie non può che essere quello della libera diffusione e del libero confronto, basato su una tutela forte del lato attivo della libertà di informare[108]. Tuttavia, vi è da domandarsi

---

102 Una delle finalità della teoria distributiva di M. Walzer è quella di evitare che si creino situazioni di dominio, ovvero che per il sol fatto di possedere un determinato bene, sulla base di un criterio distributivo dato, si posseggano anche altri beni diversi per il sol fatto di possedere il primo

103 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 11

104 *Ibidem*, 17-18

105 *Ibidem*, 20, corsivo mio.

106 *Ibidem*, 21

107 V. *infra*, par. 5.1

108 V. *supra*, cap. II

se, con esclusivo riferimento ai casi in cui siano coinvolti taluni diritti fondamentali[109] – applicando, cioè, l'«arte della separazione» – tale criterio, che sta alla base del pluralismo e della tolleranza delle diverse posizioni, non possa trovare "forzature" o "mitigazioni.

(ii) Lo si vuole far presente sin da subito: si ha profonda coscienza del fatto che una siffatta distinzione è di difficilissima applicazione pratica, quantomeno per due motivi: a) l'individuazione del soggetto legittimato a qualificare gli oggetti (per quanto ci si concentri sul significato sociale intrinseco del bene, questo va pur sempre definito tramite una valutazione soggettiva); b) la determinazione degli strumenti necessari per operare una differenziazione basata sugli oggetti all'interno della mole pressoché incontrollata di informazioni che circolano in rete (per cui non pare possa farsi a meno del ricorso a sistemi algoritmici, che richiedono la collaborazione dei soggetti privati proprietari, con tutte le problematiche cui si è fatto cenno[110]).

Tuttavia, si ritiene che non ci si possa sottrarre dal ragionare dentro la complessità della questione, per giungere a soluzioni regolamentative ragionevoli. Non tutte le *fake news* sono uguali: un'azione regolamentativa che contrasti il falso nel contesto di una democrazia liberale, intaccando il "meno possibile" il lato attivo della libertà di manifestazione del pensiero, probabilmente non può sottrarsi allo sforzo della differenziazione (e dunque della determinazione dei criteri sulla cui base differenziare).

Vuole chiarirsi altresì che non si ritiene opportuna l'istituzione di un'Autorità pubblica *ad hoc*[111], né il ricorso a una sorta di "sistema classificatorio" delle notizie sulla base dell'autorevolezza delle fonti, pur non potendosi tuttavia non considerare il fatto che queste due attività – o quantomeno la seconda di per certo –, vengono già svolte *de facto* dai *social network* e dai motori di ricerca, secondo parametri arbitrari non trasparenti[112].

3.1 L'uguaglianza complessa e i criteri di distribuzione dei beni sociali

Nella sua opera, M. Walzer si concentra essenzialmente sull'analisi di tre criteri distributivi dei beni sociali. L'Autore è molto attento ad evidenziare il carattere non esaustivo dei criteri distributivi presi in esame, e come la sua teoria non miri a definire una procedura precisa e valida in ogni tempo che spieghi come regolare la distribuzione dei beni sociali[113]. Il ragionamento seguito, infatti, riflette «il carattere eterogeneo o conflittuale della vita politica, che cerchiamo di comprendere e di regolare ad un tempo, e non di

---

109 E al verificarsi di ulteriori requisiti, v. *infra*, par. 4

110 V. *supra*, cap. II

111 N. Zanon, Fake news *e diffusione dei* social media*: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in MediaLaws, 4/2017

112 V. *supra*, cap. I

113 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 31-32 (1° ed. M. Walzer, *Spheres of justice. A defense of pluralism and equality*, Basic Books, New York, 1983)

regolare prima di aver compreso»[114]. Ciò che risulta dalla disamina – che sarà qui esposta in termini sintetici – dei tre criteri distributivi da parte di Walzer è che nessuno di questi può essere assunto quale criterio di distribuzione generale (valido cioè per tutti i beni sociali). L'eguaglianza complessa necessita che i criteri si affianchino, e dunque si completino.

i) Il primo criterio di distribuzione dei beni sociali preso in esame è quello del libero scambio. Si tratta di un criterio "aperto", i cui esiti non possono essere predeterminati. Sul piano teorico, le distribuzioni secondo il criterio del libero scambio avvengono tramite il mezzo "neutrale" del denaro, che rende possibile convertire un bene in un altro bene. Non dovrebbero pertanto esserci valori sociali predeterminati dei beni, ma sarà il valore economico che gli individui, accordandosi liberamente, assegneranno a un determinato bene a determinare il significato sociale del bene in questione[115]. Un tale sistema non contempla l'esistenza di beni dominanti sugli altri, né la creazione di monopoli. Tuttavia, fa notare Walzer, l'esperienza di fatto è ben diversa. Il denaro, lungi dall'essere un mero mezzo neutrale che permette la "conversione" di un bene in un altro e la determinazione ("quantificazione") del significato sociale dei beni, è esso stesso un bene dominante, che il soggetto economicamente "razionale" cerca di monopolizzare.

Sarà dunque inevitabile apporre dei limiti al mercato, ovvero all'uso del denaro. Riconoscere, cioè, cosa si può scambiare e cosa deve essere sottratto al criterio distributivo del libero scambio[116].

ii) Il secondo criterio preso in esame è quello del merito. Anche quest'ultimo a prima vista potrebbe intendersi, quantomeno a livello teorico, come un criterio aperto e pluralistico: «si può immaginare un'istanza neutrale unica, dispensatrice di premi e di punizione ed infinitamente sensibile a tutte le forme di merito individuale», che permetterebbe di ottenere risultati non eterogenei e prevedibili a priori, evitando l'affermarsi di un bene dominante[117]. Parimenti, però, la costruzione di un sistema distributivo

---

114 *Ibidem*, 32

115 *Ibidem*

116 *Ibidem*, 33. Sul punto si tornerà a breve (v. *infra*, par. 3.2).

Dovrebbe, in altre parole, applicarsi al libero mercato un "vincolo di indisponibilità": «in forza di tale vincolo, merci e prodotti vengono sottratti al libero commercio od impiego da parte dei loro proprietari, possessori o detentori; […] il vincolo dell'indisponibilità risulta penalmente e civilmente sanzionato, nelle forme consuete» (R.G. de Franco, *voce "Distribuzione dei prodotti"*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol XIII, Giuffré, Milano, 1964, 317.

È interessante richiamare la riflessione di M. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare*, Feltrinelli, 2013, secondo cui «Il più grave cambiamento in atto negli ultimi tre decenni non è stato l'aumento dell'avidità. È stato l'espansione dei mercati e dei valori di mercato in sfere della vita a cui essi non appartengono.

Per affrontare questa situazione non basta inveire contro l'avidità; occorre ripensare il ruolo che i mercati possono giocare nella nostra società. Serve un dibattito pubblico su che cosa significhi tenere i mercati al proprio posto. Per affrontare tale dibattito, occorre riflettere a fondo sui limiti morali dei mercati. Occorre chiedersi se esiste qualcosa che il denaro non può comprare.

L'estensione dei mercati e del pensiero orientato dai valori di mercato negli aspetti della vita tradizionalmente governati da norme non di mercato è uno dei cambiamenti più significativi dei nostri tempi. […] Questi usi dei mercati per distribuire salute, istruzione, pubblica sicurezza, sicurezza nazionale, giustizia penale, tutela dell'ambiente, svago, riproduzione e altri beni sociali erano in gran parte sconosciuti trent'anni fa. Oggi li diamo ampiamente per scontati»; cfr. anche M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 110 ss..

117 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 33

unico basato sul merito cede quando ci si confronta con la prassi applicativa. La meritocrazia, infatti, acuisce le disuguaglianze sociali[118], dividendo di fatto la società in vincitori e perdenti, giustificando a posteriori situazioni di diseguaglianza[119], prendendo come unità di misura il risultato finale, unico mezzo per separare chi è meritevole da chi non lo è[120]. L'applicazione del criterio del merito, dunque, non tiene conto delle situazioni di bisogno[121].

E anche qualora si volesse tentare di far coincidere il concetto di "merito" con quello di "giustizia distributiva", immaginando una situazione in cui le situazioni economico-sociali di partenza dei consociati siano egualitarie[122], resterebbe irrisolvibile la questione relativa all'individuazione degli «arbitri del merito», cioè di chi non solo dovrebbero decidere quale sia il soggetto più meritevole di possedere un determinato bene, ma sarebbe altresì investito del compito (potere) di individuare criteri che definiscano ciò che è migliore, e dunque meritevole. Sarebbero in pochi, dunque, ad "impossessarsi" del meccanismo distributivo, e lo farebbero sulla base di una propria concezione su ciò che è meritevole e ciò che non lo è. Il merito cesserebbe dunque di essere un criterio aperto e pluralistico, essendo peraltro soggetto a variazioni in base a chi sia "l'arbitro del merito" di turno. Non si giungerebbe in ogni caso all'individuazione di un criterio valido per tutti i beni e in tutte le condizioni, che risponda ai principi di giustizia e eguaglianza. Per dirla ancora con Walzer, «il merito è una valida rivendicazione, ma richiede giudizi differenti e dà luogo a distribuzioni determinate solo in condizioni molto particolari»[123]. Precludere qualsiasi spazio al criterio del merito non sarebbe di certo desiderabile, così come questo non può assurgere a criterio che "catturi" spazi che non gli sono riservati, ponendosi in chiave antitetica con la giustizia sociale.

iii) Il terzo criterio distributivo preso in considerazione dall'Autore americano è quello del bisogno. "A ciascuno secondo il suo bisogno"[124] è il criterio su cui si basa la giustizia distributiva secondo il marxismo: «la ricchezza della comunità va distribuita in modo da conformarsi alle necessità dei suoi membri»[125].

---

118 M. Young, *L'avvento della meritocrazia*, Edizioni di comunità, Ivrea, 2014 (1° ed. 1958), secondo cui un'applicazione generalizzata della meritocrazia condurrebbe a una rivolta contro la meritocrazia stessa (che l'Autore, negli Anni '50, "pronosticava" per il 2033); la sua opera fu ampiamente fraintesa negli anni successivi, e il termine "meritocrazia" venne di fatto letto in chiave positiva, tanto che lo stesso Young nel 2001 scrisse una nota lettera all'allora Primo Ministro britannico Tony Blair, ospitata dal *The Guardian*, dal titolo "*Down with meritocracy*", dove accusa Blair di non aver letto il suo libro, travisando di fatto il significato del termine (cfr. M. Young, *Down with meritocracy*, in *The Guardian*, 29 giugno 2001, consultabile *online* su https://www.theguardian.com

119 M. Sandel, *The tyranny of merit. What's Become of the Common good?*, Penguin, New York, 2020

120 M. Losana, *Merita il merito?*, in *laCostituzione.info*, 9 novembre 2022, consultabile *online* su https://www.lacostituzione.info/index.php/2022/11/09/merita-il-merito/

121 M. Sandel, *The tyranny of merit*, *cit.*, 155 ss.

122 L. Einaudi, *Lezioni di politica sociale* , *cit.*, 169 ss.

123 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 35

124 K. Marx, *Critque of the Gotha Program*, 1891, 23

125 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 35

Tuttavia, per molti beni il criterio del bisogno non pare condurre a situazioni di eguaglianza[126]. Ci sono beni che, per la loro natura intrinseca, non possono essere distribuiti sulla base del bisogno (gli incarichi politici, l'onore, la reputazione), ed altri di cui non ha bisogno nessuno (i beni di lusso, come gli *yacht*, o di piacere, come prodotti di alta moda), per i quali pertanto l'applicazione di tale criterio distributivo del bisogno risulterebbe ingiusta.

Al pari degli altri due criteri distributivi esaminati, anche quello del bisogno può – e deve – essere applicato parzialmente. Il bisogno fa riferimento a una sfera distributiva particolare, e in quella – solo in quella – risulta essere il criterio distributivo adeguato[127].

L'uguaglianza complessa consiste dunque nel separare gli ambiti, i criteri distributivi, e dunque la ripartizione e limitazione del potere, nelle diverse "sfere di giustizia". Non aspira ad attestarsi quale parametro universale di giustizia, bensì prende le sembianze di «forme di giustizia particolari», che svelano, partendo dai beni giuridici coinvolti, se dietro il mercato, il merito, il bisogno si celino ingiustizie o asimmetrie[128].

La Costituzione, di fatto, agisce in questo modo, separando gli ambiti sociali e assegnando a ciascuno di essi un «autonomo criterio distributivo»[129].

Nell'ambito dell'informazione, si tratta di fondare a livello teorico delle limitazioni al criterio del libero mercato sulla base dei beni costituzionalmente coinvolti, che impongono una distinzione. I falsi sono diversi, e vanno differenziati, in quanto possono arrecare danni a beni costituzionalmente tutelati di diversa gravità. Si vedranno degli esempi: quando è in gioco il bene salute[130], o quando è in gioco il buon funzionamento della democrazia[131], alcuni interventi pubblici che regolino la libertà di espressione sono non solo auspicabili, ma necessari; partendo dall'assunto che una tutela forte del *free speech* vada di per sé assicurata, e dunque debbano sussistere specifici requisiti e tutele perché si possa intervenire limitando uno dei diritti di libertà «che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato»[132].

---

126 *Ibidem*, 36, fa notare come la massima completa "a ciascuno secondo i suoi bisogni da ciascuno secondo le sue capacità" spieghi in sé come il bisogno non possa essere un criterio distributivo unico. Si afferma infatti che le cariche lavorative debbano essere distribuite secondo le capacità, e non secondo i bisogni

127 In una società povera il criterio del bisogno troverà un'applicazione molto ampia, se non preminente o totalizzante. Potrebbe ritenersi che il criterio del bisogno (alla base del soddisfacimento dei diritti sociali) venga logicamente prima rispetto al resto. Ovvero che una società sia chiamata a dare priorità al bisogno, laddove appropriato e mancante, rispetto ad altri criteri distributivi.

128 Asimmetrie anche di tipo informativo, che, si è visto, sono tra le possibili cause del "fallimento del mercato", cfr. G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico: teorie, applicazioni e limiti*, Il Mulino, Bologna, 2009

129 A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, 20 ss.; Si pensi, ad esempio, al diritto del lavoro: una retribuzione dignitosa e le minime previsioni previdenziali sono da distribuire secondo il criterio del bisogno, mentre promozioni, inquadramenti ecc. sono da elargire sulla base del merito; cfr. M Losana. *Merita il merito*, *cit.*

130 V. *infra*, par. 5.1

131 V. *infra*, par. 5.2

132 Corte cost. n. 9/1965

3.2 Mercato e dominanza

Si è detto che la circolazione dell'informazione nel contesto della rete è ispirata al concetto del *free marketplace of ideas*, basandosi cioè sul criterio del libero mercato. Tuttavia, non può farsi a meno di notare che, per dirla sempre con Walzer, storicamente «il mercato è stato uno dei più importanti meccanismi di distribuzione dei beni sociali*,* ma non è mai stato un sistema distributivo completo, né lo è oggi in nessun luogo»[133].

Il mercato in sé, infatti, «è radicalmente pluralistico nelle sue operazioni e nei suoi risultati ed è infinitamente sensibile ai significati che gli individui attribuiscono ai beni»[134]. Non parrebbe pertanto necessario apporvi limitazioni nel contesto di una democrazia pluralista: è attraverso la pluralità delle fonti di informazione che, secondo il quadro costituzionale, si garantisce il diritto "passivo" ad essere informati[135]. Il pluralismo – il *free marketplace* – è lo strumento con cui si tutela la pretesa soggettiva di essere informati (o di non essere disinformati). Tuttavia, se ciò è vero con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero "diffusa" (esercitata cioè dai singoli secondo i mezzi tradizionali cui la Costituzione faceva riferimento), ciò diventa più problematico quando questa è concentrata, per motivazioni tecniche e finanziarie, nella mano di pochi soggetti, o meglio, quando è *de facto* condizionata dall'attività realizzata da soggetti privati[136].

Riallacciandosi alla teoria walzeriana, anche qualora si ammetta che il regime di eguaglianza semplice consti di una fase "fisiologica", in grado di garantire equità e giustizia nelle distribuzioni di tutti i beni sociali, pure in quella situazione ci sarebbe bisogno di porre dei limiti su cosa può essere scambiato (inserito, cioè, nel "gioco" del mercato) e cosa no.

Come tutti i criteri distributivi, infatti, anche quello del libero scambio non è un criterio generale. I suoi "confini" applicativi dipendono da un'analisi dei beni sociali particolari, rispetto a cui il denaro potrebbe di volta in volta costituire "merce" di scambio. «Il denaro, infatti – per usare ancora un'espressione dello stesso Walzer – non ha confini, e se non si riesce a bloccar*lo* là dove sarebbe ragionevole, si avranno conseguenze su tutto l'arco delle distribuzioni»[137].

Facendo riferimento agli altri due criteri distributivi cui si è fatto cenno (quello del merito e quello del bisogno), che hanno di regola trovato un'applicazione concreta nell'organizzazione della società umana[138],

---

133 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 16

134 *Ibidem*, 32

135 G. Zagrebelsky, V. Marcenò, F. Pallante, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Mondadori, Le Monnier, Milano, 2019, 280

136 *Ibidem*; sulle modalità con cui avviene tale attività di condizionamento, si rinvia al cap. I

137 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 33

138 Si rinvia a M. Young, *L'avvento della meritocrazia*, *cit.*,, che coniò per la prima volta il termine "meritocrazia". Anche il merito corre il rischio di diventare un criterio dominante, "invadendo" sfere di distribuzione dei beni che non gli competono, cfr. sul punto, tra gli altri, P. Barrotta, *I demeriti del merito. Una critica liberale alla meritocrazia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1999; R. Brigati, *Il giusto a chi va. Filosofia del merito e meritocrazia*, Il Mulino, Bologna, 2015; M. Boarelli, *Contro l'idelogia del merito*, Laterza, Roma-Bari, 2019; M. Sandel, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una*

si nota immediatamente che la logica del libero scambio non è in grado di tenerli in considerazione (né è finalizzata a farlo).

i) «Il mercato non riconosce il merito»[139], anche se ciò potrebbe sembrare controintuitivo a una prima disamina. Parrebbe infatti che il mercato dia esattamente a ciascuno ciò che merita, in alcuni casi anche in base al contributo (alla fatica) che ciascuno dà per il benessere della collettività[140]. Dietro tale costruzione si cela tuttavia un inganno. Per far riferimento al merito sarebbero necessari dei criteri di valore che si riferiscono oggettivamente al valore in sé delle prestazioni, ovvero che siano indipendenti dai comportamenti dal lato della domanda (da ciò che "cerca" l'opinione pubblica). In un sistema del libero scambio sono invece proprio i consumatori che attribuiscono un valore ai beni offerti sul mercato, e su quella base determinano il prezzo (valore) del bene[141]. Tutt'al più, il mercato riconosce la preferenza della maggioranza, o comunque delle moltitudini, in quanto economicamente più produttiva. Ma tra ricerca dell'approvazione e del soddisfacimento delle preferenze da un lato, e ricerca del valore in sé dall'altro – tra caccia al *clickbait* e ricerca della verità, con riferimento al contesto dell'informazione – intercorrono notevoli differenze[142].

ii) Il mercato non riconosce neanche il bisogno. Il soddisfacimento del bisogno, espressione del *welfare* State, nasce in chiave antitetica e "correttiva" rispetto alla logica di mercato. Pur se in seguito all'introduzione nel testo costituzionale dell'art. 81 si discute se il soddisfacimento dei cd. "diritti che costano" debba essere subordinato alla sostenibilità finanziaria delle misure (intesa come l'impossibilità a fare ricorso al debito pubblico per finanziarle), ciò non toglie che la caratteristica peculiare e l'elemento decisivo per la tenuta dello Stato costituzionale sia la tutela dello Stato sociale e dei suoi principi di giustizia ed equità[143]. Quale che sia lo spazio che si intende attribuire alle prestazioni sociali, specie con riferimento

---

società di vincitori e di perdenti, Feltrinelli, Milano, 2021; *contra*, cfr. M. Santambrogio, *Il complotto contro il merito*, Laterza, Roma-Bari, 2021; L. Ricolfi, *La rivoluzione del merito*, Rizzoli, Milano, 2023

139 *Ibidem*, 115

140 L.O. Kelso, M. Adler, *The Capitalist Manifesto*, New York, 1958, 66 ss, che paragonano la distribuzione della ricchezza sulla base delle prestazioni alla distribuzione delle cariche in base al merito. Sulla stessa linea anche G. Gilder, *Wealth and poverty*, New York, 1981, 101 (v. altri. M. Friedman è più tiepido…)

141 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 114

142 Anche in questo caso, secondo il pensiero di Walzer, questo non vuol dire sconfessare il mercato, né tantomeno demonizzarlo, bensì riconoscergli il giusto "spazio". Lo descrive in maniera particolarmente chiara ed evocativa l'Autore, facendo anche ricorso ad un'efficace metafora: «Non c'è niente di degradante nel comprare e nel vendere, niente di degradane nel voler possedere quella camicia o quel libro, niente di degradante nel mettere queste cose a disposizione per un certo prezzo, anche se è tale che non potrò comprare e il libro e la camicia. Ma io le voglio tutte e due! Ecco un'altra delle sfortune che non interessano la teoria della giustizia distributiva.
Il commerciante è il ruffiano dei nostri desideri. Ma finché non vende esseri umano o voti o influenza politica, finché non si accaparra il grano in tempi di siccità [qui la differenziazione tra criterio del mercato e criterio del bisogno], finché le sue automobili non sono trappole mortali e le sue camicie infiammabili è un ruffiano innocuo. Naturalmente cercherà di venderci cose di cui non abbiamo realmente bisogno, ci mostrerà il lato migliore delle sue merci nascondendoci quello peggiore [tendenza dei giornali a esagerare i titoli, clickbait e lavoro de Il Post]. Noi dovremo farci difendere dalle frodi e lui dai furti. Ma lo scambio in linea di principio è una relazione reciprocamente vantaggiosa» *(Ibidem*, 116)

143 Cfr. L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013; per una ricostruzione delle posizioni sul tema, si rinvia, tra gli altri, a E. Grosso, *I diritti sociali e la crisi economica. Linee di*

al limite della sostenibilità finanziaria, ciò che rileva in questa sede è che la soddisfazione dei diritti sottesi – ovvero delle situazioni di "bisogno" – non avviene secondo logiche di mercato, ma sulla base del soddisfacimento del "bisogno".

«Il problema, qui, è la dominanza del denaro al di fuori della sua sfera»[144]. Per Walzer, se confinato entro la propria "sfera di giustizia", il criterio del libero scambio non solo è legittimo, ma altresì necessario per lo sviluppo della società umana[145]. Bloccati gli scambi ingiusti (le "cose che il denaro non può comprare") ed assegnato al denaro il giusto peso, potrà darsi libero corso al mercato[146].

Riallacciandosi al paradigma del *free marketplace of ideas*, il punto focale nel contesto della rete è stabilire se le notizie debbano circolare solo ed esclusivamente secondo il criterio plurale del libero scambio, o se sia possibile "forzare" il pluralismo per tutelare altri diritti costituzionalmente protetti (applicando, cioè, criteri di distribuzione che si rifanno al merito o al bisogno). Nel quadro costituzionale erano i quotidiani, o comunque i mezzi di informazione in generale, a farsi garanti della "combinazione" dei diversi criteri, svolgendo un'attività di tipo editoriale. Successivamente i cittadini – in quel caso sì, secondo il criterio del libero mercato – sceglievano (scelgono, come avviene ancora oggi) quale prodotto premiare. L'equivoco però sta nel confondere la singola notizia "disintermediata" con il quotidiano o il programma televisivo (prodotto editoriale finito). Nel secondo caso è agevole prevedere degli oneri a carico dei professionisti dell'informazione responsabili del prodotto (si pensi alla disciplina sul sequestro di cui all'art. 21 Cost., oltre che alla già richiamata disciplina del mezzo televisivo[147]), mentre diventa ben più problematico limitare la circolazione o censurare le singole notizie.

Il tema è dunque capire quali siano le categorie di oggetti ("le sfere") che possono essere legittimamente sottratti alla logica di mercato, ovvero che giustifichino una "forzatura" del pluralismo proprio del *free marketplace* sulla base del principio di eguaglianza.

Si è detto che l'unico limite che la Costituzione espressamente appone alla libertà di manifestazione del pensiero è quello del buon costume, storicamente contingente[148] e privo, secondo parte della dottrina, di contenuti prestabiliti[149]. Ben più problematica risulta l'individuazione dei cd. limiti "inespressi" o

---

tendenza nella giurisprudenza dei giudici comuni, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, Milano, 2017, 55

144 *Ibidem*, 126

145 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 114. Si pensi agli effetti positivi generati dalla concorrenza, sul punto v. …

146 «Se i blocchi [degli scambi] sono giusti, non esiste cattiva distribuzione dei beni di consumo. Dal punto di vista dell'eguaglianza complessa non ha alcuna importanza che tu abbia uno yacht e io no, che il giradischi di lei abbia una resa del suono molto superiore a quello di lui, o che noi compriamo i tappeti in un grande magazzino mentre loro hanno dei persiani autentici. Che la gente badi a queste cose o no è una questione di cultura, non di giustizia distributiva. Finché gli yacht e i giradischi e i tappeti hanno soltanto un valore d'uso e un valore simbolico individualizzato, non importa che siano distribuiti in modo diseguale» (M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 114)

147 V. *supra*, cap. I

148 P. Barile, *Libertà di manifestazione*, *cit.*, 459-460

149 S. Bellomia, in G. Cost. n. 71/1974, 556, L. Paladin, in *Quaderni costituzionali*, n. 87/1974, 6

"impliciti", la cui esistenza può tuttavia dirsi «pacifica»[150], e mirano a proteggere altri beni costituzionalmente tutelati[151].

Ciò che si vuole far notare è che, ragionando sugli oggetti, si evince che un'applicazione indiscriminata del *free marketplace of ideas* non porta a risultati ottimali; una forzatura del pluralismo, applicata soltanto in casi estremi, risulterebbe in questo senso fondata e ragionevole.

4. "Differenziazione" e informazione: la prospettiva di C.R. Sunstein

Sulla base di quanto fin qui esposto, "differenziare" nel contesto dell'informazione significa realizzare a uno stesso tempo due operazioni che paiono in contrasto tra loro: da un lato tentare di preservare nella maniera più ampia ed efficace possibile il lato attivo della libertà di informare, dall'altro individuare quali siano quelle notizie false la cui diffusione colpisce beni costituzionalmente protetti, così da valutare se qualche limitazione a tale libertà sia apponibile.

Pur in un contesto decisamente "sensibile" alla tutela del lato attivo della libertà di espressione come quello statunitense[152], non mancano studiosi che chi si interrogano sulle possibili limitazioni apponibili alla libertà di espressione, differenziando anche in base agli oggetti delle notizie, ovvero ai beni protetti di volta in volta gioco. Tale differenziazione, realizzata dal costituzionalista americano C.R. Sunstein, consta di due "tronchi":

i) oggettivo, per cui bisogna prendere in considerazione l'entità del danno al bene protetto che la notizia falsa potrebbe arrecare;

ii) soggettivo – secondo cui non può farsi a meno, nell'apporre delle restrizioni al *free speech*, di considerare anche lo «*speaker's state of mind*»[153], ovvero la volontarietà o meno di creare e diffondere la notizia falsa da parte dei soggetti che esercitano la libertà di espressione/informazione.

Si tratta di tentare di capire quali siano i parametri su cui le differenziazioni in concreto debbano attuarsi. Ovvero, anche qualora ci si trovi in presenza di notizie false diffuse a danno di beni costituzionalmente rilevanti, ed eventualmente ritenuti meritevoli di tutela, il punto sta nel comprendere se, e su quali basi,

---

150 V. Crisafulli, L. Paladin, *Art. 21*, in Commentario breve alla Costituzione, Giuffré, Milano, 138

151 Già dalle risalenti decisioni della Corte costituzionale, sentenza del 16 marzo 1962, n. 19, sentenza del 23 marzo 1968, n. 11, sentenza del 10 luglio 1968, n. 98, e sentenza del 28 novembre 1968, n. 120, sentenza del 4 maggio 1970, n. 65, e sentenza del 9 luglio 1970, n. 122, nonché dalla più autorevole dottrina costituzionale risalente, C. Esposito, *La libertà di manifestazione*, *cit.*, 15, Crisafulli, in *Giur. Cost.* n. 65, 246, G. Zagrebelsky in *Giur. Cost.*, n. 68, 337, C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Cedam, Padova, 1991, 1069, L. Paladin, *Libertà di informazione*, *cit.*, 12 ss., e *Id.*, in *Quaderni Costituzionali*, cit., n. 87, 7

152 Lo si è visto *supra*, cap. II. In questa sede non conta tanto il discorso relativo alle specificità del sistema giuridico americano in quanto tali, quanto il fatto che si tratta di un sistema che garantisce massima tutela al lato "attivo" della libertà di informazione

153 C. R. Sunstein, *Liars. Falsehood and free speech in the age of deception*, Oxford University Press, Oxford, 2021

una limitazione della libertà di informare sia giustificabile. È a tal fine che vanno prese in considerazione l'entità del danno e la volontarietà della condotta.

Il giudice progressista O.W. Holmes ha affermato che «la più stringente protezione della libertà di espressione non proteggerebbe un uomo che fingesse di sparare in un teatro creando il panico»[154]. Cioè a dire: non tutte le dichiarazioni false sono suscettibili di godere della medesima tutela, in quanto non tutte le dichiarazioni false sono uguali. Nell'ambito di una democrazia costituzionale non può darsi una libertà illimitata, sottratta a qualsiasi potenziale bilanciamento con altri diritti. Posto che il caso di specie cui ha fatto riferimento il giudice statunitense nell'ordinamento italiano potrebbe essere penalmente perseguibile ai sensi dell'art. 658 c.p.[155], che punisce il reato di procurato allarme presso l'Autorità qualora la notizia allarmante pervenga anche indirettamente all'Autorità pubblica[156] (il bene costituzionalmente protetto dalla fattispecie è quello del corretto funzionamento ed impiego della forza pubblica da parte delle Autorità preposte), ciò che conta non è tanto la pena infitta al soggetto (che, qualora la responsabilità penale venga accertata, verrà irrogata in un momento successivo e secondo le garanzie previste dalla legge), quanto la possibilità di "bloccare" il più prontamente possibile la diffusione di notizie dannose all'interno del libero mercato delle idee, comminando sanzioni che non siano obbligatoriamente di tipo penale.

L'esempio conduce infatti a porsi una domanda: esiste un diritto a mentire? Verrebbe da rispondere di sì ma anche questo non è un diritto assoluto: esiste un diritto a mentire, che va' contemperato con altri diritti.

D'altro canto però, sempre con riferimento al contesto americano, il giudice R. Jackson, ha affermato che «quelli che iniziano un'attività di coercitiva eliminazione del dissenso presto troveranno sé stessi a sterminare i dissidenti»[157]. Cioè a dire che delle limitazioni al lato attivo della libertà di informazione si possono apporre, ma con somma cautela, dato il carattere plurale delle democrazie costituzionali. La tutela della libertà di espressione, infatti, ha un «valore centrale e caratterizzante» dell'ordinamento nel suo complesso, nel senso che «non tanto il carattere democratico dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento della libertà di pensiero, cosicché esso ne possa determinare la natura e i limiti, quanto piuttosto che le ragioni del riconoscimento di quella libertà portano come conseguenza anche all'affermazione dello Stato democratico»[158]. Detto altrimenti, le conseguenze di un'interpretazione

---

154 O.W. Holmes, *dissenting opinion* in *Schenck v. United States*, 1919

155 «Chiunque, annunziando disastri, infortuni o pericoli inesistenti, suscita allarme presso l'Autorità, o presso enti o persone che esercitano un pubblico servizio, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda da euro 10 a euro 516»

156 Non è richiesto, cioè, che l'Autorità pubblica sia il diretto destinatario della notizia, essendo sufficiente che ne venga a conoscenza, F. Antolisei, C.F. Grosso (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 2016

157 C.R. Sunstein, *Liars, cit.*, 34

158 V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 129, che richiamano C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 12, e A. Pace, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Cedam, Padova, 1983, 52

restrittiva di tale libertà non inciderebbero solo sulla sfera del singolo, ma anche sull'intero sistema democratico. Da qui l'interpretazione riduttiva delle limitazioni che si possono apporre alla libertà di espressione del proprio[159] pensiero[160], e la non sottoponibilità a procedimento di revisione costituzionale del principio[161].

Sunstein sembra far propria questa concezione non assoluta della libertà: lo studioso statunitense approfondisce cioè l'idea per cui i falsi in linea generale, in tutti quei numerosissimi casi in cui sono innocui o non molto dannosi, non dovrebbero essere censurati o limitati; nei casi in cui però comportano conseguenze su diritti fondamentali dell'uomo e della collettività, allora una regolamentazione è necessaria.

Per dirla parafrasando le parole dell'Autore, affermare che l'uomo non ha mai messo piede sulla luna è diverso dal diffondere notizie false di grave entità in grado di danneggiare la reputazione di un candidato alle elezioni politiche[162].

Una distinzione preliminare, che può apparire scontata ma mostra come sia necessario operare dei distinguo, è quella che separa dal resto le cosiddette "bugie bianche"[163], le quali rivestono un innegabile valore[164]. Si pensi ad esempio ai casi in cui si mente per scongiurare delle minacce, o per proteggere la *privacy*. Nel citato caso USA v. Alvarez della Supreme Court, il giudice Breyer ha fatto notare come «dichiarazioni fattualmente false possono essere utili a obiettivi umani… Possono prevenire imbarazzo, proteggere la *privacy*, proteggere una persona dal pregiudizio, dare conforto ai malati o preservare l'innocenza di un *bambino*. Possono fermare un momento di panico o altrimenti preservare la calma di fronte a un pericolo. Possono anche promuovere una forma di pensiero che in ultima istanza aiuti a realizzare la verità»[165]. Si tratta di tutti quei casi in cui non dire la verità serve a preservare il buon vivere sociale (la *civility*, utilizzando l'apposito termine anglosassone non facilmente traducibile con un vocabolo corrispettivo in italiano)[166].

---

159 Sulla riconducibilità a sé del pensiero espresso, cfr. V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve*, *cit.*, 132

160 C. Lavagna, *Libertà*, *cit.*, 399, P. Barile, *Libertà di manifestazione*, *cit.*, 459, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *cit.*, 1084

161 A. Cerri, in *Giur. Cost.* n. 69, 1191

162 C.R. Sunstein, *Liars*, *cit.*, 52

163 La distinzione tra bugie bianche e bugie nere trova applicazione specialmente in ambito psicologico, cfr. J. Kim, H. Kim, *Neural Representation in mPFC Reveals Hidden Selfish Motivation in White Lies*, in Journal of Neuroscience, n. 41/2021

164 C.R. Sunstein, *Liars*, cit., 80 ss.

165 *Ibidem*

166 Un certo tipo di falsi «presuppong*ono* e al tempo stesso contribuisc*ono* a consolidare una socialità matura, una vita pubblica che ha rarefatto la paura della violenza fisica e dell'arbitrio e sciolto le rigidità ideologiche e dogmatiche, religiose e non» (N. Urbinati, *L'ipocrisia virtuosa*, Il Mulino, Bologna, 2023, 21. Vi sarebbe una "ipocrisia virtuosa", un dire il falso (o meglio, un non dire il vero a tutti i costi e in tutte le situazioni, senza tener conto le circostanze), che è fondativo del nostro vivere comune, e dunque da preservare; tale "ipocrisia" costituisce «l'evidenza che esiste una base di libertà sicura; non è pensabile in una società priva di quei fondamenti giuridici ed etico-politici che permettono alle persone di dosare autenticità e accomodamento ponderato al contesto», *ibidem*. Le bugie bianche, l'ipocrisia virtuosa, mettono insomma in discussione l'idea correntemente diffusa (e spesso

In società ben funzionanti, le restrizioni sulla diffusione del falso provengono soprattutto da norme sociali, non dalla legge. Se non dici la verità, dovrai probabilmente affrontare punizioni sociali di vario tipo. Nel contesto ideale, le norme sociali fanno il ruolo della legge, disincentivando la menzogna e creando di conseguenza meno pressione sul sistema della legge. Quando invece le norme economiche, politiche, sociali, incentivano la menzogna, o comunque risulta facile esprimersi anonimamente e senza conseguenze, allora molte persone vorranno che il sistema legale risponda[167].

4.1 (segue) Il dolo e il danno come indicatori alla base della regolamentazione

Si è detto della complessità insita nell'elaborare dei parametri che consentano di distinguere univocamente cosa è intollerabile da cosa è permesso, di differenziare le f*ake news* "buone" dalle *fake news* "nocive".
Sunstein – lo si è accennato – individua due "indicatori" – uno "oggettivo", il danno, e uno "soggettivo", l'elemento psicologico dello *speaker* – sulla cui base la notizia falsa può risultare o meno censurabile. Indicatori che sono strettamente legati al bene protetto che entra in un bilanciamento con la tutela della libertà di espressione. Non si tratta soltanto di operare un bilanciamento tra pretese o posizioni soggettive, bensì di ragionare sul fatto per cui l'ordinamento possa o meno tollerare il danno a un bene piuttosto che a un altro.
Secondo il quadro prospettato da Sunstein, può operarsi una vera e propria distinzione per gradi, prendendo come riferimenti i due suddetti indicatori.
Con riferimento al dato soggettivo, lo «*speaker's state of mind*» può essere consapevolmente mentitore («*lying*»), spericolato («*reckless*», richiamando al concetto di dolo eventuale[168]), negligente («*negligent*») o ragionevole ma in errore («*reasonable but mistaken*»)[169].
Riguardo al profilo del danno, la questione si fa ancor più complessa. Sarebbero tre, secondo l'Autore, i profili da prendere in considerazione:

1) L'entità del danno («*magnitude of harm*»); questo può essere grave («*grave*»), moderato («*moderate*»), secondario («*minor*») o inesistente («*nonexistent*»)[170];
2) La probabilità del danno («*likelihood of harm*»), che si distingue in certa («*certain*»), probabile («*probable*»), scarsamente probabile o improbabile («*improbabile*»), altamente improbabile («*highly improbable*»)[171];

---

acclamata sui *social network*) per cui è bene dire quel che si pensa, sempre, senza tenere in considerazione le persone e il contesto in cui ci si esprime
167 C.R. Sunstein, *Liars*, *cit.*, 54
168 Per dolo eventuale si intende la prefigurazione mentale delle conseguenze della propria azione da parte dell'agente, che accetta il rischio che tali conseguenze possano avverarsi in seguito alla sua condotta, cfr. E. Dolcini. G. Marinucci, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, Milano, 2023
169 C.R. Sunstein, *Liars*, *cit.*, 13
170 *Ibidem*
171 *Ibidem*

3) Il «*timing*» del danno, che può essere imminente («*imminent*»), prossimo («*near future*»), non imminente ma ragionevolmente vicino («*reasonably soon*») o distante («*distant future*»).

Il punto è comprendere quali combinazioni tra le diverse "gradazioni" dei parametri esaminati giustifichino una limitazione della libertà di espressione e quali no, in base alla specificità dei beni che entrano in gioco (ad esempio, secondo tale logica, una notizia falsa diffusa da un soggetto consapevolmente mentitore, suscettibile di arrecare un danno grave, certo e imminente a un bene costituzionalmente rilevante sarà tendenzialmente da contrastare, contrariamente rispetto a quanto non debba avvenire con una *fake news* diffusa con la fondata convinzione della sua veridicità[172], che potrebbe provocare un danno secondario o moderato, scarsamente probabile e non imminente; la distinzione dipende proprio dalle specificità del bene protetto eventualmente danneggiato dalla diffusione della notizia falsa).

Evitando di addentrarsi in "combinazioni" che possono apparire astratte, ciò che si ritiene rilevante ai fini della trattazione è il fatto che in base al bene costituzionalmente rilevante (all'oggetto del falso), varia anche l'entità del danno che la *fake news* comporta; tenendo ciò in considerazione insieme all'elemento soggettivo, può ipotizzarsi, secondo la visione offerta da Sunstein, un sistema di contrasto alle notizie false che provi a districarsi nella complessità del mondo informativo in rete.

Sulla base della detta differenziazione, l'Autore propone conseguentemente di "calibrare" le risposte fornite dall'ordinamento, che si sostanzierebbero in diversi strumenti ("*tools*") di risposta alle *fake news,* più o meno invasivi[173]. Ragionare sui criteri di distribuzione delle notizie sulla base degli oggetti significa anche interrogarsi su quali siano gli strumenti da applicare per evitare che il criterio distributivo del mercato "inghiotta" gli altri criteri; ciò comporta, a livello di politiche attive di contrasto alla diffusione del falso, una complessissima attività di distinzione tra le notizie, quasi impensabile da attuare caso per caso, notizia per notizia, quantomeno senza l'ausilio di sistemi di *fact-checking* basati sull'intelligenza artificiale, quantomeno col supporto di soggetti privati[174].

Il mezzo di risposta principale, da preferirsi nella maggior parte dei casi, è quello del cd. "*counterspeech*", che consiste nel rispondere alle notizie false presentando una narrazione alternativa, senza applicare alcuna censura. Si tratta, insomma, di una forma di risoluzione pacifica del conflitto di narrazioni, che mira a deradicalizzare le posizioni, evitando l'accentuazione dell'acredine, terreno fertile per regimi di verità alternativi[175]. La teoria di Sunstein si basa proprio su questo assunto: il *counterspeech*, oltre ad essere meno invasivo, risulta anche più efficace rispetto alla censura.

---

[172] Che può rilevare pure in termini di responsabilità (anche penale) della condotta del soggetto agente

[173] Si rinvia a C.R. *Sunstein*, *Liars*, 16 ss. e 80 ss.

[174] Si tornerà sul punto, v. *infra*

[175] Il *counterspeech* trova maggiore applicazione con riferimento all'*hate speech*, in quanto risposta empatica e sfidante. Nel 2021 Facebook ha promosso l'iniziativa "*Courage against hate*", che consisteva nell'istituzione di un "*Counterspeech Hub*", un sito web su cui erano raccolti diversi casi in cui il *counterspeech* ha avuto esiti positivi, grazie anche alla partecipazione di diversi movimenti e associazioni impegnati nella diffusione e nell'applicazione del *counterspeech*.

La conclusione a cui arriva Sunstein è la seguente: le dichiarazioni false non trovano copertura costituzionale se e solo se i pubblici poteri possono dimostrare che queste siano state diffuse intenzionalmente[176], e che sussista un danno serio (o un imminente e probabile pericolo di danno serio), che non può essere limitato o evitato tramite strumenti che garantiscano una maggiore protezione della libertà di espressione.

In altre parole, l'intervento regolatore dei pubblici poteri costituisce un'*extrema ratio*: nei casi in cui beni costituzionalmente protetti vengano (consapevolmente) danneggiati (o rischiano seriamente di esserlo) è necessario l'intervento di una autorità *ad hoc*, una sorta di giudice speciale[177] o di autorità indipendente, che con onere della prova rafforzato[178], decida su tali casi più "gravi" di diffusione del falso. Come a dire, seppur il ricorso ad un'apposita autorità non sia la soluzione più auspicabile in un contesto democratico, è inevitabile far ricorso a un sano tratto di realismo, per cui se i pubblici poteri vogliono intervenire sul punto, non possono che farlo in queste forme. Pertanto Sunstein, al termine del proprio ragionamento, si dice favorevole all'istituzione di un'apposita autorità, o meglio sembra essere molto restio, circoscrivendo il più possibile i casi di intervento ed esprimendosi a favore del *counterspeech*[179], ma, per i casi estremi in cui beni costituzionali vengano fortemente danneggiati, sembra dire che non possa farsi altrimenti che prevedere un intervento "forte" dei pubblici poteri.

4.1.1 Il contemperamento tra contrasto alla disinformazione e tutela del free speech. Il "danno minore" alla libertà di manifestazione del pensiero come finalità della differenziazione

La visione proposta convince per certi aspetti, meno per altri.

In primo luogo, non può farsi a meno di notare che la "differenziazione" nell'ambito dell'individuazione e del contrasto del falso informativo pone non pochi problemi applicativi[180]. Il punto di partenza proposto da Sunstein, e che si ritiene condivisibile, è che in via generale la miglior risposta al falso è la sua correzione, piuttosto che la sua censura o sanzione[181].

Cfr. sul punto B. Cepollaro, M. Lepoutre, R.M. Simpson, *Counterspeech*, in *Philsophy compass*, 1/2023; D. Hangartner, G. Gennaro, S. Alasiri, *Empathy-based counterspeech can reduce racist hate speech in a social media filed experiment*, in ArXiv, 2020, consultabile *online* su https://arxiv.org; per una classificazione degli account attivi sui social, cfr. G. Garland, K. Ghazi-Zahedi, J.-G. Young, L. Hébert-Dufresne, M. Galesic, *Countering hate on social media: large scale classification of hate and counter speech*, in *ArXiv*, 2/2020, consultabile *online* su https://arxiv.org

[176] Seppur, lo si è detto, la categoria sembrerebbe più riguardare la responsabilità personale del soggetto anziché la pericolosità della notizia, ovvero l'interesse pubblico a bloccarne la diffusione

[177] Art. 118 Cost.

[178] C.R. Sunstein, *Liars*, *cit.*, 81 ss.

[179] Il costituzionalista statunitense si esprime altresì a favore del riconoscimento di un ampio ruolo "creativo" in capo alle piattaforme digitali; dovrebbero essere queste a svolgere la parte più cospicua del lavoro di contrasto alla disinformazione, prevedendo meccanismi di *fact-checking*, o comunque di distinzione "indiretta" tra le fonti, che disincentivi in maniera "soft" la diffusione di notizie false

[180] Su tutti, qual è il soggetto che qualifica gli oggetti? E che stabilisce quali devono essere i criteri distributivi?

[181] In alcuni casi, queste possono essere "ossigeno" per le notizie false. La posizione di Sunstein è qui prettamente statunitense. A suo avvisto, una legge che punisca chi esprime posizioni antisemite (discorsi d'odio), o che negano

Il secondo assunto da cui muove il costituzionalista americano è quello per cui un intervento pubblico su temi così delicati non può operare in via generale, bensì è tenuto a "differenziare". I pubblici poteri, pertanto, dovrebbero poter censurare le notizie false solo qualora siano in grado di dimostrare, facendo riferimento a parametri oggettivi, la dannosità delle stesse (secondo i termini e le "gradazioni" viste[182]), e che qualsiasi intervento più "morbido" risulti inefficace o intempestivo.

Si ritiene lodevole lo sforzo di "mettere le mani" nella realtà concreta e altamente complessa del mondo digitale, differenziando e pensando a degli strumenti concreti per "forzare" il pluralismo in casi estremi, guardando ai beni costituzionalmente protetti in gioco.

È evidente, tuttavia, l'elevato grado di difficoltà insito nell'operare questa distinzione, con cui la teoria descritta inevitabilmente si scontra.

Il punto nodale riguarda soprattutto l'individuazione del soggetto che dovrebbe accertare l'eventuale dolosità del comportamento, e i poteri ispettivi di cui questo dovrebbe disporre.

Si pensi, ad esempio, all'elemento soggettivo nella diffusione della notizia falsa[183]. Che tipo di intenzionalità è richiesta perché sia giustificabile l'intervento dell'Autorità pubblica? È il caso di rifarsi alle categorie penalistiche di dolo, colpa, che in questi casi paiono ricomprendere anche il dolo eventuale e la colpa cosciente?

In una democrazia pluralista, il rapporto tra libertà e pubblici poteri è quantomai delicato[184]. Risulta condivisibile in questo senso il ricorso a misure "*soft*", quali il *counterspeech* e il *fact-checking*, che i pubblici poteri potrebbero limitarsi a suggerire e incentivare, tramite attività di *nudging*. Pare in questo senso inevitabile l'ausilio delle piattaforme private, che però – se ne è fatto cenno – dovrebbe rispettare due vincoli: il rispetto di una disciplina pubblica riguardo all'attività di *counterspeech*, e, soprattutto, la garanzia della conoscibilità dell'algoritmo sulla cui base le notizie vengono "etichettate" come false o meno, nonché sottoposte agli utenti[185].

---

avvenimenti storici come l'olocausto, non fanno altro che aumentare l'antisemitismo. Il risultato di tale operazione sarebbe infatti quello di aumentarne l'*appeal*, secondo la logica del "frutto proibito".

182 V. *supra*

183 Se ne è già parlato in riferimento alla definizione di *fake news*, v. supra, cap. II

184 Il termine utilizzato nel linguaggio corrente per individuare le leggi che limitano indebitamente la libertà di espressione è "legge-bavaglio", letteralmente "legge che mirerebbe a imbavagliare l'informazione", coniato inseguito alla presentazione del d.d.l. n. 11 del 2008 (d.d.l. "Alfano") del Governo Berlusconi IV. Nel 2024 il termine è riapparso in relazione all'approvazione da parte della Camera dei deputati della modifica dell'art. 114 c.p.p. che vieta ai mezzi di informazione la pubblicazione delle ordinanze cautelari, integrali o per estratto, fino all'udienza preliminare

185 Si è fatto cenno alla conoscibilità e trasparenza dell'algoritmo, quantomeno nelle sue parti di profilazione, e del rapporto tra questa e il diritto di proprietà intellettuale nel cap. I, v. *supra*

5. Alcuni esempi. Premessa

Si è accennato al fatto che la dottrina costituzionalistica risalente si è interrogata sulle limitazioni apponibili alla libertà di manifestazione del pensiero, ovvero sull'operazione di bilanciamento da realizzare nei casi in cui questa entri in conflitto con altri beni costituzionalmente rilevanti. L'unica limitazione espressa dall'art. 21 Cost. in tal senso è quella del «buon costume»[186], la cui definizione è assai controversa e soggetta al mutare del sentimento sociale prevalente, e dunque alle contingenze storiche[187]. Per certi versi irrisolta, o comunque non chiarita in maniera definitiva, è rimasta la problematica relativa ai limiti ulteriori, o impliciti, ravvisabili in riferimento alla libertà in questione, la cui esistenza però viene definita «pacifica»[188].

Il fatto che la dottrina prevalente sostenesse fin dai primi tempi l'idea che una corretta informazione potesse essere garantita soltanto da una quanto più ampia possibile tutela del lato attivo della libertà di informare, non esclude tuttavia che il legislatore ordinario, richiamandosi a puntuali disposizioni costituzionali, «possa prevedere a carico di determinati soggetti privati specifici obblighi di informazione», con riferimento, ad esempio, alla tutela della salute (art. 32 Cost.), a motivi di sicurezza e utilità sociale (art. 41 co. 2 Cost.), nonché in materia sanitaria e farmaceutica (art. 20 l. n. 833/1978)[189].

La dottrina più autorevole è compatta: il nodo cruciale resta la definizione dei criteri sulla cui base apportare delle limitazioni, da cui discende la questione, altrettanto spinosa, dell'individuazione del soggetto deputato alla qualificazione dei beni, e dunque all'individuazione di tali criteri e all'applicazione degli strumenti che "inverano" tali limitazioni. La rilevanza costituzionale dei beni di volta in volta in conflitto con la libertà di espressione, infatti, non è di semplice riconoscimento; la questione non riguarda tanto il tema dei limiti logici (o interni) alla libertà di manifestazione del pensiero, che consistono nell'esclusione dall'ambito di protezione di tutte quelle «opinioni che propugnano la rottura delle Istituzioni democratiche, il pensiero che incita alle azioni criminali, la menzogna e persino le notizie di cronaca non veritiere»[190] (contro cui si è schierato P. Barile[191], alla luce dell'arbitrarietà con cui tali limiti possono essere di volta in volta individuati[192]), quanto quello dei limiti (esterni) apponibili alla libertà di

---

186 Per una definizione di "buon costume" con riferimento all'art. 21 Cost. v. *supra*, cap. I; si rinvia altresì a V. Crisafulli L. Paladin (a cura di), *Commentario breve*, *cit.*, 136.
La violazione del limite del buon costume giustifica sia misure preventive che misure repressive (V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve*, *cit.*, 137)

187 P. Barile, *Libertà di manifestazione*, *cit.*, 459-460; è stato anche definito come un concetto privo di contenuti prestabiliti, cfr. S. Bellomia, in *Giur. Cost.* cit., 556; L. Paladin, in *Quaderni costituzionali*, cit., 6

188 V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve*, *cit.*, 138

189 *Ibidem*, 135

190 S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, 113 ss.

191 P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, 16-17

192 Inizialmente la Corte costituzionale, come fatto notare da M. Orofino, *Art. 21 Cost.*, *cit.*, 86, sembrava aver fatto propria questa teoria, anche sulla scia del Codice Rocco, che puniva diversi reati di opinione; cfr. diverse pronunce della Corte costituzionale, sentenza del 17 aprile 1969, n. 84, del 4 maggio 1970, n. 65, e sentenza del 27 febbraio 1973, n. 16

manifestazione del pensiero volti a tutelare altri diritti o interessi costituzionalmente tutelati[193]. Se un tale operazione può sembrare più agevole in tema di *hate speech*[194], risulta invece di rilevante complessità con riferimento alle *fake news*, dove emergono in via preliminare «le distinzioni possibili tra libertà di espressione e libertà d'informazione[195]»: se per l'espressione non è possibile ravvisare un obbligo di dire il vero, e dunque non può sostenersi che siano costituzionalmente tutelate solo le espressioni verosimili, con riguardo all'informazione, almeno in linea teorica, alcuni limiti sono individuabili, come ad es. la tutela del «processo politico e democratico»[196], della reputazione altrui, o della salute individuale e collettiva. Tale distinzione "preliminare" risulta tuttavia di difficile attuazione – come si è già avuto modo di far notare[197] – al tempo della rete, per via della commistione tra produttori e consumatori dell'informazione.

Se, in questo senso, si ritengono meritevoli di tutela anche interessi contenuti in norme implicite[198], nonché riconosciuti dall'intero sistema costituzionale[199], i beni che entrerebbero in conflitto con la libertà di informazione sarebbero talmente variegati e numerosi che questa stessa ne uscirebbe «annichilita»[200]. Nonostante i tentativi di restringere l'ambito degli "oggetti" in grado di limitare la tutela della libertà di informazione[201], l'impostazione prevalente ritiene che in taluni casi sia inevitabile procedere a un bilanciamento tra i beni in conflitto, il quale però rischia di tradursi in un *test* caso per caso, vista l'impossibilità di individuare criteri univoci, pur sulla base della composizione degli interessi realizzata dal legislatore sul punto[202].

Alcuni casi – se ne prenderanno in esame due – mostrano chiaramente come certe notizie false danneggino beni costituzionalmente tutelati, e come, in relazione al bene (oggetto) protetto in conflitto con la libertà di informazione, possano essere adottati strumenti e strategie di contrasto differenti.

---

193 Anche la Corte costituzionale, come detto, si è poi assestata su questa interpretazione, v. *supra*, cap. II

194 L'eventuale tutela di hate speech e fake news si inserisce in questo annoso dibattito. Ad es. la Corte EDU per l'hate speech utilizza di fatto la dottrina dei limiti logici ex art. 10 CEDU (cfr. C. Caruso, Ai confini dell'abuso del diritto, in L. Mezzetti, A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, 2011, 369 ss.

195 M. Orofino, *Art. 21 Cost.*, *cit.*, 87

196 *Ibidem*

197 V. *supra*, cap. I

198 V. Crisafulli, in *Giur. Cost.*, 65, 246

199 Corte cost. n. 9/1965

200 V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve*, *cit.*, 138

201 C'è chi ha proposto di considerare solo quelli che si pongono in contrasto logico e insanabile, senza alcuna mediazione, con la libertà di manifestazione del pensiero; ciò, secondo alcuni Autori, si concretizza nella lesione dell'onore e della dignità personali (cfr. C. Esposito, in G. Cost., 62, 194 ss.), per altri anche nelle dichiarazioni che istighino al delitto o violino segreti legittimi (Cerri, in Giuri. Cost., 63, 1183 ss.)

202 L. Paladin, in *Quad. Cost.*, *cit.*, 11 ss.; Secondo l'impostazione di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *cit.*, 1072, seguita anche da una risalente sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. n. 9/1965), il compito di tentare di definire in via generale i suddetti spetterebbe al Parlamento, o comunque andrebbe riservato esclusivamente alle fonti primarie, ravvisandosi una riserva di legge assoluta sul punto. Secondo Corte cost. n. 106/1974 può tuttavia intervenire l'autorità amministrativa sulle modalità di esercizio del diritto e dunque sui metodi di diffusione. Questa distinzione è tuttavia discussa in dottrina (cfr. V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve*, *cit.*, 139)

5.1 Informazione e scienze "dure": quando il bene protetto è la salute

Un caso verificatosi negli Stati Uniti, riportato da un accurato studio dell'Università di Chicago, mostra come le dichiarazioni pubbliche abbiano una certa influenza sull'ambito del comportamento degli utenti, tanto da avere delle conseguenze anche sulle scelte dei medesimi in ordine alla propria salute. Il gruppo di ricerca, guidato da L. Bursztyn[203], ha studiato gli effetti sul comportamento dei telespettatori di due dei più seguiti programmi televisivi degli Stati Uniti d'America, entrambi trasmessi da *Fox News*, e dunque rivolti, in linea generale, al medesimo *target* di utenti: *Hannity* e *Tucker Carlson Tonight*. In media i telespettatori di *Fox News* sono di età avanzata, dato rilevante viste le conseguenze sullo stato di salute di soggetti anziani e fragili che il Covid-19, specie nella prima fase della sua diffusione, comportava. I due programmi hanno adottato posizioni parecchio differenti rispetto all'emergenza pandemica. Quando il virus circolava soltanto – quantomeno ufficialmente – in Cina, ovvero nella seconda metà di gennaio del 2020, all'interno di *Tucker Carlson* veniva segnalata la presenza di rischi consistenti: si parlava di un virus improvviso, che costituiva una «seria minaccia»[204] mondiale, in quanto rischiava di evolversi in un'epidemia o addirittura in una pandemia, e che in ogni caso si trattava qualcosa di «molto, molto serio»[205].

L'atteggiamento tenuto dal programma *Hannity* era invece di segno opposto. Il 27 febbraio, si sottolineava come «oggi, zero persone negli Stati Uniti sono morte per via del Coronavirus. Zero. […] Nel 2017, 61.000 persone nel Paese sono morte per influenza. Comune influenza. Circa 100 persone muoiono ogni giorno per incidenti stradali»[206]. Ancora il 10 marzo, si sottolineava come generalmente il 99 percento delle persone in salute che contraevano il Covid sarebbero guarite molto velocemente[207].

Solo poco prima di metà marzo l'approccio di *Hannity* cambiò repentinamente, quando all'interno della trasmissione si iniziò a sostenere, con sorprendente disinvoltura, che il Covid-19 costituiva una seria minaccia per l'incolumità pubblica statunitense e non solo.

Il *team* di ricercatori dell'Università di Chicago ha intervistato 1.045 teleascoltatori di *Fox News* con almeno cinquantacinque anni, ponendo essenzialmente due domande: *(i)* che tipo di atteggiamento avessero tenuto durante la pandemia, *(ii)* e con quale frequenza e a quali orari fossero soliti guardare la televisione, così da capire se fossero con maggiore probabilità spettatori di *Hannity* o di *Carlson*. Dai dati raccolti, è emerso che il comportamento tenuto dalle persone rispetto alle prescrizioni sanitarie imposte in seguito

---

203 L. Bursztyn, A. Rao, C. Roth, D. Yanagizawa-Drott, *Misinformation during a pandemic*, 44/2020, Becker Friedman Institute, Chicago, 2020

204 «*Real treath*», *ibidem*, 7

205 «*Very serious-very serious*», *ibidem*, 7

206 «*And today, thankfuly, zero people in the United States of America have died from the coronavirus. Zero. Now, let's put this in perspective. In 2017, 61,000 people in this country died from influenza, the flu. Common flu. Around 100 people die every single day from car wrecks*», *ibidem*, 7

207 «*Healthy people, generally, 99 percent recover very fast, even if they contract it* [Covid-19]», *ibidem*, 7

alla pandemia è stato condizionato dal programma televisivo che seguivano con maggiore regolarità: i telespettatori di *Carlson*, infatti, hanno adattato i propri atteggiamenti all'emergenza pandemica (lavandosi spesso le mani, rispettando il distanziamento sociale, cancellando viaggi già programmati, ecc.) tendenzialmente prima rispetto al resto degli spettatori di *Fox News*; viceversa, risulta che il pubblico di *Hannity* lo abbia fatto ben più tardi.

I ricercatori hanno poi incrociato molteplici dati (sia di *audience* televisiva, che territoriali, che sanitari) per capire se fosse possibile rinvenire un legame tra il fatto di guardare *Carlson* o *Hannity* e i casi di positività e morte da Covid-19. Ne è emerso che nei luoghi in cui gli intervistati seguivano *Hannity* più che *Carlson*, il numero di contagi e di morti da coronavirus era significativamente più alto. Quando però i due programmi si sono assestati sulla medesima linea – prudente e cautelativa – le differenze hanno iniziato a scemare. Insomma, gli scienziati concludono che, quantomeno dall'inizio della diffusione del virus fino a metà marzo 2020, la visione di *Hannity* rispetto a quella di *Carlson* sia stato un fattore che ha sensibilmente contribuito all'aumento del numero complessivo di contagi e di morti[208].

Nella fase iniziale dell'emergenza pandemica – quella in cui di fatto si sono registrate le notevoli differenze di posizione tra le due trasmissioni televisive – le evidenze scientifiche per sostenere una posizione più cautelativa piuttosto che un atteggiamento meno attento erano largamente insufficienti. Pertanto, in una democrazia costituzionale che tutela la libertà di manifestazione del pensiero (specie in un contesto come quello statunitense), è difficile immaginare che sussistessero i presupposti per una censura delle opinioni espresse in *Hannity*[209]. Tuttavia, dallo studio guidato da L. Bursztyn emerge che l'esposizione a certe tipologie di notizie piuttosto che ad altre rischia di provocare seri danni, a beni costituzionalmente protetti come la salute.

5.1.1 Cosa si intende quando si parla di "scienza" (o di "scienze")?

Relativamente alla diffusione dell'informazione, il concetto di salute risulta strettamente legato a quello di scienza[210]: sono le notizie "a-scientifiche" – ovvero non basate su un metodo scientifico e non volte a contribuire al progresso della scienza (alla tensione verso la verità scientifica) – a mettere a repentaglio il bene salute.

Fin dalle origini del pensiero moderno[211], le discipline giuridiche e filosofico-politiche hanno inteso la scienza come materia che indaga la realtà in maniera oggettiva e neutrale, astenendosi da qualsiasi giudizio

---

208 «*Increased the number if total cases and deaths in the initial stages of the Coronavirus pandemic», Ibidem*, 32

209 Forse in una fase successiva?

210 Inteso come "scienza dura". Sulla distinzione, …

211 I. Hacking, *The social construction of what?*, Harvard University Press, Cambridge, 1999; K. Knorr-Cetina, *Epistemic Cultures: how the science make the knowledge*, Harvard University Press Cambridge, 1999; T. Porter, *Trust in numbers*, Princeton University Press, Princeton, 1995; C. O'Neil, *Weapons of math destruction. How big data increases inequality and threatens democracy*, Crown, New York, 2016

di valore, e rinvenendo pertanto in essa un carattere di imparzialità ontologicamente assente nei sistemi politici[212]. Dal secondo dopoguerra, un filone minoritario di filosofi e sociologi della scienza ha posto l'accento sul suo carattere non neutrale, mettendo in discussione l'idea per cui il sapere scientifico possa acriticamente inserirsi nei processi decisionali, senza interferire e dialogare con le altre materie umane di conoscenza[213]. Non è dunque appropriato far riferimento alla "scienza" in generale, quanto a "scienze" al plurale, ovvero a singole discipline scientifiche dotate di specificità e logiche proprie.

Viene poi spesso tralasciato il fatto che le scienze procedono di per sé per opinioni spesso contrastanti, confutabili, che favoriscono il confronto e portano a una progressiva – mai raggiunta[214] – conoscenza della verità scientifica. In tale logica, dunque, il confine tra ciò che è "vero" e ciò che sarebbe deliberatamente "falso" è parecchio sottile e di difficile individuazione, come dimostra l'ampia dottrina in merito[215].

Una visione che tiene conto della complessità e della varietà delle scienze prende altresì le distanze dalla cd. "scientizzazione della *polity*"[216], ovvero dall'idea di una scienza che si rapporta col decisore politico nei termini del "*truth speaking to power*"[217]. Il decisore politico è tenuto infatti a tenere in considerazione i dati scientifici (che sono di per sé interpretabili), e a "soppesarli" con tutta un'altra varietà di fattori (economici, politici, sociali) per giungere a prendere una decisione.

---

212 In senso più ampio, «ogni persona che possieda le conoscenze e le attitudini specializzate necessarie per risolvere un determinato problema», G. Guarino, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffré, 1962, 4

213 T. Gieryn, *Cultural Boundaries of Science: Credibility on the Line*, University of Chicago Press, Chicago, 1999;

214 Basti pensare che gli *unknowns* relativi al Covid-19 stilati ad aprile 2020 sono rimasti pressoché tutti ancora irrisolti, cfr. M. D'Eramo, *Scienziati o esperti? Come il Covid ha cambiato il rapporto tra scienza e società*, su *Micromega*, 13 aprile 2021, consultabile *online* su https://www.micromega.net

215 Dottrina cui si fa rinvio. A tal proposito, cfr., tra gli altri, sui problemi di definizione di "*fake news*" e di individuazione del falso in generale T. Piazza, M. Croce*, Epistemologia*, *cit.*; R. Perrone, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2018; R. Jaster, D. Lanius, *What is fake news ?*, in *Versus*, 2/2018; N.S. Mukerji, *What is fake news?*, in *Ergo: an open access journal of philosophy*, 5/2018; A. Gelfert, *Fake news: a definition*, in *Informal Logic*, 1/2018; H. Arendt, *Politica e Menzogna*, Sugarco, Milano, 1985; sul problema della repressione del falso, che si trova al confine con la censura, in cui rischia di sfociare, e sulla concezione di Stato di diritto sottostante, si rinvia alle diverse posizioni espresse in A. Nicita*, Il mercato delle verità*, *cit.*; C.R. Sunstein*, Liars. Falsehood and free speech in the age of deception*, Oxford University Press, Oxford, 2021; C. Melzi D'Eril, G. Enea Vigevani, *Ma il mercato delle idee è proprio al capolinea? Considerazioni sparse a partire dal volume "Il mercato delle verità" di Antonio Nicita*, in *Media Laws*, 2/2021; C. Melzi d'Eril, G. Enea Vigevani, *Potere informazioni diritti. Racconti di un decennio travagliato*, Il sole 24 Ore, Milano, 2022; A. Papa, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi*, 1/2017 num. spec.; J. Rauch, *La Costituzione della Conoscenza. In difesa della verità*, Castelvecchi, Roma, 2022; sul rapporto con la satira, si v. G. Boggero, *La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri*, in *Nomos. Le attualità del diritto,* 1/2020.

216 G. Tipaldo, *La società della pseudoscienza. Orientarsi tra buone e cattive spiegazioni*, Il Mulino, Bologna, 21 ss., 66 ss. e 247, ss.

217 Cfr. sul punto M. Mazzoni, S. Pagiotti, A. Stanziano, R. Mincigrucci, S. Verza, *La rappresentazione del Covid-19*, *cit.*, che ricostruiscono le "fasi alterne" del ruolo dell'informazione scientifica nel corso della pandemia da Covid-19

Il problema sembra pertanto potersi porre nei seguenti termini: come provare che sussiste un danno al bene salute che è conseguenza dalla a-scientificità di una certa informazione, se la scienza è di per sé un concetto plurale e soggetto a confutazioni?

Si è come tra due opposti: da un lato è necessario garantire la libertà di scienza, respingendo l'idea per cui tutto sia riconducibile a una verità oggettiva ed immutabile, sulla cui base potrebbero peraltro anche giustificarsi decisioni politiche; al contempo si ritiene che non debbano trovare copertura costituzionale quelle informazioni a-scientifiche che danneggiano beni costituzionalmente protetti e che però spesso si "nascondono" dietro la libertà di informazione.

Il punto nodale – di tutt'altro che facile risoluzione – parrebbe quello di capire quando un'informazione possa definirsi "scientifica" (nel caso in esame in relazione alla salute, ma potrebbe riguardare anche campi differenti[218]) o meno. È interessante in questo senso la lettura proposta da G. Tipaldo, che distingue tra scienza e "pseudoscienza": «laddove il codice linguistico della scienza si distingue, a seconda delle esigenze di ricerca, per uno stile descrittivo o esplicativo, quello pseudoscientifico è quasi sempre retorico-persuasivo; il tono delle comunicazioni scientifiche è argomentativo-dimostrativo, mentre quell'altro combina elementi discorsivo-colloquiali a tratti emotivo-suggestivi e seduttivi; infine, poiché delle due solo la scienza ha come fine ultimo la ricostruzione della verità (intesa, sia chiaro, in senso epistemologico, non ontologico), il registro con cui si produce conoscenza scientifica è giocoforza specialistico, dunque ai più inaccessibile; al contrario, la pseudoscienza fa di norma leva su un registro quotidiano, con alcuni innesti di origine scientifica per dare solidità e verosimiglianza a contenuti altrimenti troppo semplicistici»[219].

5.1.2 La limitazione della libertà di informare "in azione": il caso Panzironi

Nel contesto italiano, una procedura sanzionatoria "in diretta" è stata avviata il 18 marzo 2020 dall'AGCOM (Autorità Garante per le Comunicazioni, dotata di competenze di vigilanza sui contenuti diffusi dai mezzi informativi[220]) nei confronti delle emittenti che trasmettono sui canali 61 e 880 del Digitale Terrestre, i quali diffondevano il programma "*Il Cerca Salute – LIFE 120*", diretto da Adriano Panzironi. Nel comunicato stampa, diffuso il giorno seguente all'avvio della procedura disciplinare, l'AGCOM ne dava comunicazione, affermando che tali emittenti, reiteratamente, diffondevano «contenuti, commerciali e non, potenzialmente suscettibili di porre in pericolo la salute degli utenti in

---

218 Si pensi al cambiamento climatico. Sull'informazione a riguardo, si v., tra gli altri, K. Treen, H. Williams, S. O'Neil, *Online misinformation about climate change*, in *Wiley interdisciplinary reviews: climate change*, 5/2020

219 G. Tipaldo, *La società della pseudoscienza*, *cit.*, 74

220 Il ruolo dell'AGCOM era previsto dalla proroga contenuta nel d.l. n. 104/2019, come modificata dal d.l. n. 18/2020 (cd. "Decreto cura Italia"), cfr. sul punto C. Magnani, *Emergenza sanitaria e libertà di informazione: ceni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, 238

quanto induttivi di una sottovalutazione dei rischi potenziali del virus Covid-19 e dell'erroneo convincimento che lo stesso possa essere trattato con misure non terapeutiche ma alimentari o di mera integrazione, e conseguentemente idonei a ridurre il senso di vigilanza e di responsabilità verso i rischi sanitari e quindi tali da risultare pregiudizievoli per la salute dei consumatori/utenti»[221]. Le contestazioni sollevate dall'Autorità nei confronti delle due emittenti consistevano nella violazione degli artt. 3 e 36-bis, comma 1, lett. c), n. 3 del Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (cd. "Tusmar", d. lgs. n. 177/2005): ai sensi dell'art. 3, i programmi sono tenuti a rispettare «la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, la tutela della libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione […] nel rispetto delle libertà e dei diritti, in particolare della dignità della persona, della promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali»; l'art. 36 dispone invece che «le comunicazioni commerciali audiovisive fornite dai fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana non devono incoraggiare comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza»[222].

L'AGCOM ha sanzionato le società emittenti interessante con le delibere nn. 152 e 153 del 7 aprile 2020, ingiungendogli «la sospensione per un periodo di sei mesi dell'attività di diffusione dei contenuti da parte del servizio di media audiovisivo»[223], ex art. 51 co. 9 Tusmar. Le motivazioni addotte dall'Autorità si concentrano sostanzialmente su tre aspetti: la totale mancanza di riconducibilità al metodo scientifico delle informazioni fornite da Panzironi all'interno delle trasmissioni *(i)*; la cornice pubblicitaria e promozionale in cui le trasmissioni sono inserite *(ii)*; il contesto emergenziale in cui le informazioni venivano fatte circolare, considerando che gli stili di vita suggeriti da Panzironi risultano alternativi o comunque difformi rispetto alle «indicazioni terapeutiche provenienti dalle autorità sanitarie» (*iii*).

Sulla base di quanto detto, vale la pena proporre tre brevi osservazioni, da cui è possibile ricavare delle conseguenze sul piano generale:

(i) L'intervento "esterno" da parte dell'autorità non si fonda soltanto sulla ascientificità delle informazioni proposte, ma sembra richiedere qualcosa in più (la cornice pubblicitaria e il contesto emergenziale);

(ii) Nel caso riportato, la sussistenza di un nesso causale tra contenuto della trasmissione e danno effettivo al diritto costituzionalmente non sembra sufficientemente provata; sembra

---

221 Comunicato stampa. *AGCOM: Procedimento sanzionatorio per la sospensione della programmazione dei canali che ospitano le trasmissioni di Adriano Panzironi*, del 19 marzo 2020, consultabile *online* su https://www.agcom.it

222 Come ricostruito da C. Magnani, *Emergenza sanitaria e libertà di informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del Coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020

223 AGCOM, *Delibera n. 152/20/CONS*, consultabile online su https://www.agcom.it

sufficiente la sussistenza di una concreta ma ipotetica probabilità che il bene protetto possa subire danni.

(iii) Con riferimento al dato soggettivo, pare che dalla totale mancanza di riconducibilità dell'informazione al metodo scientifico si ricavi quella che potrebbe essere definita una totale assenza di interesse o tensione verso la verità scientifica, che si concretizza in una volontaria e totale assenza – o mistificazione – di basi scientifiche per affermare deliberatamente il falso[224].

5.1.3 Limitare i danni

In via generale, va' notato che in caso di notizie ascientifiche fondate su dati falsi che interessano la salute, le conseguenze in termini di "danni" – o di rischio di provocarne – a beni costituzionalmente protetti sono evidenti[225]. Il metodo scientifico tende costitutivamente alla ricerca per costante approssimazione della verità (con la "v" minuscola), e non dovrebbe essere influenzato dalla ricerca del *clickbait*: non è il libero mercato il criterio distributivo intrinseco al bene sociale in oggetto. Sulla base di ciò, una "forzatura" della libera circolazione delle notizie sul tema parrebbe fondata. Gli assetti più appropriati su cui basare la circolazione delle notizie sembrerebbero in questo senso quelli del bisogno (tutti necessitano di ricevere notizie affidabili in tema di salute) e del merito (le notizie fornite sulla base di dati e studi scientifici affidabili sono quelle che più meritano di essere diffuse).

Si muove in una certa maniera in questa direzione il cd. «*service role journalism*», che ha trovato spazio durante la prima fase dell'emergenza pandemica da Covid-19, ovvero quel giornalismo "autorevole" volto a fornire suggerimenti utili per affrontare una situazione complessa per la collettività; nel contesto pandemico, ciò si è tradotto nella diffusione di «consigli e raccomandazioni per salvaguardare la propria salute e quella di altri»[226], così da limitare la diffusione di notizie false o manipolatorie, in grado di favorire comportamenti dannosi, nonché di alimentare il conflitto e polarizzare l'opinione pubblica.

---

[224] In ambito scientifico il rischio di censure è particolarmente elevato. Il testo della Costituzione non sottopone le opere d'arte e di scienza neanche al limite esplicito del «buon costume» ex art. 21 co. 6 (l'art. 33 Cost. non ne fa alcuna menzione, cfr. P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 463; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1090) proprio perché la scienza procede sulla base di opinioni confutabili. Risulta in questo senso ancor più complesso trovare fondamento a un intervento che preveda dei limiti per l'informazione in ambito scientifico. Resta tuttavia aperto il problema della determinazione dei criteri sulla cui base definire cosa possa definirsi opera artistica o scientifica e cosa no)

[225] G. Tipaldo, *La società della pseudoscienza*, *cit.*, 105 ss. e 215 ss., che richiama rispettivamente i casi "carni rosse" e vaccini. Il diritto alla salute è l'unico a essere descritto dalla costituzione esplicitamente come "fondamentale". Sul tutela accordatagli e sulla sua disciplina, si rinvia, per tutti, a A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006

[226] M. Mazzoni, S. Pagiotti, A. Stanziano, R. Mincigrucci, S. Verza, *La rappresentazione del Covid-19 in un sistema mediale polarizzato. Un'analisi del ruolo dei media al tempo della pandemia*, in *Comunicazione Politica*, 3/2021, 415, cui si fa rinvio

Le difficoltà a livello applicativo, tuttavia, restano rilevanti. Per evitare il verificarsi di conseguenze dannose, l'intervento "limitativo" dovrebbe essere immediato, come si evince dal caso Hannity. Bollare una notizia "pseudo-scientifica" come falsa è però certamente più facile *ex post*, ovvero una volta che la comunità scientifica abbia fatto sempre maggiore chiarezza sulle questioni, anziché "in corso d'opera", col rischio di scoraggiare la ricerca scientifica, plurale e sempre confutabile. Per evitare tale eventualità, risulterebbe preferibile dare priorità ai mezzi "*soft*" di contrasto al falso, anche se ciò non esclude, in casi estremi e in cui vi sia una prova sufficientemente certa della a-scientificità della notizia, di ipotizzare un intervento maggiormente "invasivo" da parte dei poteri pubblici[227].

5.2 Informazione e politica: è possibile una regolamentazione "forte"?

Con riferimento al complesso rapporto tra informazioni false e potere, viene sempre più sovente utilizzata l'espressione "politica della post-verità"[228]. Il concetto è legato ai meccanismi di funzionamento dell'informazione *online* (che non hanno fatto altro che ampliare e rinvigorire un fenomeno già noto[229]) e alle connesse influenze sulle strategie umane di apprendimento e lettura della realtà, per cui, specie con riferimento alle informazioni in ambito politico, le persone sono più inclini ad accettare come vero ciò che percepiscono in linea con i propri orientamenti e le proprie credenze pregresse[230] rispetto a ciò che li contraddice. L'orientamento politico risulta in questo senso fortemente influenzato da impulsi emozionali o impressioni superficiali, non tenendo in grande considerazione valutazioni più complesse di carattere ideologico, economico e sociale[231].

In ambito politico, le notizie false si confondono poi quasi "naturalmente" con quelle distorte, tendenziose o manipolate[232]. Le linee di confine tra fatto e opinione si fanno più sfumate[233], e il discorso del contrasto alle informazioni false assume un carattere più sfuggente. Se una *fake news* – o una campagna di *fake news* – mira a sovvertire una verità specifica, la "politica della post-verità" vuole ribaltare la verità in sé stessa, fornendo una vera e propria narrazione alternativa dei fatti[234]. Vi è dietro l'idea per cui

---

227 Sui possibili mezzi di tutela v. *infra*, cap. conclusivo

228 L'espressione inglese è "post-truth politics", utilizzata, tra gli altri, da McIntyre, L. (2018) Post-Truth, Cambridge, MA – London: The MIT Press, Hannan, J. (2018) 'Trolling ourselves to death? Social media and post-truth politics', European Journal of Communication 33(2): 214–26, Corner , J. (2017) ' Fake news, post-truth and media–political change ', Media, Culture & Society 39 (7): 1100 – 07 .

229 Come detto, il fenomeno del falso è tutt'altro che un fatto nuovo, v. *supra*, cap. II

230 Secondo il cd. meccanismo del "*confirmation bias*", v. supra, cap. I

231 Anche il nesso tra emozioni e politica non è di per sé un fatto nuovo, anche se pare che la rete ne stia amplificando anche in questo caso la portata. Cfr., a riguardo, N. Cavazza, P. Corbetta, *Le emozioni nella politica*, *Rivista Trimestrale di cultura e politica*, 5/2005, 872 ss.

232 S. Giusti, E. Piras, *Democracy and fake news. Information, manipulation and post-truth politics*, Routledge, Londra, 2021, 5

233 V. *supra*, cap. II, par. 2, e, tra gli altri, D. Marconi, *Per la verità*, *cit.*

234 V. *supra*, H. Arendt, *Politica e menzogna*, *cit.*; prova a limitare una tale tendenza il cd. "*data journalism*", realizzato in Italia principalmente da testate come Open Polis e Pagella Politica

l'elemento di fatto in sé possa essere scartato, poiché la verità stessa non è più essenziale in ambito politico, è qualcosa di obsoleto[235]: ciò che conta è confermare convinzioni pregresse. Qui le singole *fake news* assumono spesso una forma diversa, ovvero quella dell'interpretazione tendenziosa dei fatti, della preparazione di un "terreno fertile" per la "coltivazione" di altri falsi, funzionali alla creazione di veri e propri regimi di verità alternativa. Non può farsi a meno di notare come, anche in questo caso, un'informazione di tal genere, spesso avallata in prima battuta dagli stessi esponenti politici in campagna elettorale, conduca a ripercussioni dannose in certi casi gravi e irreversibili in ambito economico e sociale[236].

5.2.1 Un caso emblematico: il Referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea

Il caso del Referendum del 2016 sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea[237] (conosciuto come "Brexit") è degno di essere analizzato, per trarre degli spunti sugli effetti giuridici – oltre che inevitabilmente politici – della divulgazione di notizie false in ambito elettorale, specie in un contesto noto per la sua affidabilità in tema di *standard* di consulenza scientifica e di "*evidence-based policy making*" come quello britannico[238]. Ricostruendo brevemente i fatti, il 23 giugno 2016 la popolazione del Regno Unito si è espressa in ordine al suddetto Referendum. Il quesito era posto nei seguenti termini: "*Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union*?". Le risposte possibili erano "*Remain a member of the EU*" o "*Leave the EU*"[239]. È storia nota che il fronte del "*leave*" ha avuto la meglio col 51,89%[240] delle preferenze[241]. Ciò si è verificato nonostante – e forse proprio perché – la quasi totalità degli esperti, nonché delle evidenze scientifiche di carattere socioeconomico e finanziario, si fossero apertamente schierati a favore del "*Remain*".

---

235 V. Bufacchi, *What's the difference between lies and post-truth in politics? A philosopher explains*, in *The Conversation*, 24 gennaio 2020

236 V. *infra*, par. 5.2.6

237 Si trattava di un referendum consultivo non vincolante, volto a verificare il sostegno alla permanenza o meno del Regno Unito nell'Unione Europea

238 J. Cassidy, *How post-truth politics transformed and shaped the outcome of the 2016 Brexit referendum*, in S. Giusti, E. Piras (a cura di), *Democracy and fake news*, *cit.*, 53

239 Il fronte "*Vote Leave*" (supportato dal fronte euroscettico del partito conservatore, cui si affiancava anche il gruppo Leave.EU, supportato dal partito UKIP guidato da N. Farage), si opponeva al fronte "*Remain*" ufficialmente appoggiato dal governo

240 Spaccatura interna, con Inghliterra e Galles favorevoli all'uscita, mentre in Scozia e Irlanda del Nord prevalsero i "*Remain*"

241 A testimonianza dell'importanza della consultazione nel contesto sociale britannico, l'affluenza alle urne fu del 72,2%. L'ultima volta che per una consultazione elettorale nel Regno Unito l'affluenza superò il 70% fu nel 1997 (per la successiva *General Election* del 2017 votò il 68,8% degli aventi diritto, mentre alle precedenti rispettivamente 66,2% nel 2015, il 65,1% nel 2010, il 61,4% nel 2005 e il 59,4% nel 2001). Dati YouGov, *Unexpectedly high turnout in Leave areas pushed the campaign to victory*, 24 giugno 2016, consultabile *online* su http://yougov.co.uk. Si sostiene che l'alto tasso di affluenza abbia giocato a vantaggio del fronte "*Leave*", ovvero che chi solitamente non si reca/è recato alle urne abbiano deciso di votare per l'uscita

Il substrato delle tensioni che si verificarono durante la campagna elettorale referendaria è da ricercarsi quantomeno nel 2013, quando l'allora Primo Ministro britannico D. Cameron affermò che se i conservatori avessero vinto le successive elezioni si sarebbe tentato di rinegoziare i termini dell'appartenenza del Regno Unito all'Unione Europea, e che entro la fine del 2017 i cittadini britannici sarebbero stati interpellati per esprimere la propria volontà sulla permanenza o meno nell'Unione[242].

Verificatasi la precondizione della vittoria elettorale dei conservatori e una volta indetto il referendum – nell'ottobre 2015 –, il confronto elettorale entrò subito nel vivo, registrando un'esasperazione dei toni polarizzanti ed oppositivi che già serpeggiavano nel Paese. La campagna è stata definita «divisiva, antagonista e iper-partigiana»[243]. Lungo tutto il corso della fase di avvicinamento alla consultazione entrambe le fazioni si sono accusate di disonestà da un lato o di finto allarmismo dall'altro[244]. Questo clima ha incoraggiato in molti casi gli elettori a non porre fiducia sul discorso politico, quale che fosse, in quanto basato su costanti denigrazioni e accuse[245].

In questo contesto, due sono stati i messaggi-chiave che hanno spinto la campagna "*Vote Leave*":

(i) «Il Regno Unito manda 350 milioni di sterline a settimana all'Unione Europea»;

(ii) «il saldo migratorio verso il Regno Unito ha raggiunto quota 333.000 persone»[246].

Queste informazioni hanno rapidamente preso piede nel dibattito pubblico. In poco tempo, la narrativa basata su questi due messaggi si è radicata nel sentire di una larga fetta della popolazione britannica, molto più di quanto non siano riusciti a fare i contenuti della campagna "*Vote Remain*"[247].

Il contenuto di questi messaggi, tuttavia, è, nella migliore delle ipotesi, ingannevole o tendenzioso, se non completamente falso.

Con riferimento alla prima affermazione («il Regno Unito invia 350 milioni di euro alla settimana all'Unione Europea»), il *fact-checker* indipendente *FullFact* ne ha dimostrato la falsità[248]. Questa infatti non tiene conto del "*rebate*", ovvero del rimborso di cui la Gran Bretagna godeva su parte dei contributi versati all'Unione Europea in quanto Stato membro[249]: «nel 2014 – fa notare sempre *FullFact* – il Regno Unito

---

242 J. Cassidy, *How post-truth politics*, *cit*., 55

243 Trad. mia, «divisive, antagonistic and hyper-partisan», M. Moore, G. Ramsay, *UK media coverage of the 2016 EU referendum campaign*, Centre for the study of media, communication and power, 2017, 168

244 J. Cassidy, *How post-truth politics*, *cit*., 56

245 H. Marshall, A. Drieschova, 2018, *Post-truth politics in the UK's Brexit referendum*, *new perspectives interdisciplinary journal of central & east European politics and international relations*, 3/2018, 94

246 Sulla fiancata di alcuni autobus campeggiava uno slogan che implicava che l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea avrebbe reso disponibili 350 milioni di sterline a settimana da spendere per il Servizio Sanitario Nazionale, mentre un poster affermava che la Gran Bretagna si trovasse in un "breaking point" a causa di un ingente afflusso di migranti, J. Cassidy, *How post-truth politics*, *cit*., 56)

247 *Ibidem*, 56

248 FullFact, *Vote leave facts" leatflet: membership's fee*, 2016, consultabile *online* su https://fullfact.org

249 Fu l'allora Primo Ministro britannico Margaret Thatcher ad ottenere, nel 1984, il versamento da parte dell'Unione Europea del "*rebate*" nei confronti della Gran Bretagna, in quanto un'alta percentuale del budget comune europeo, composto dalle quote versate dagli Stati membri, veniva adoperato per le Politiche Agricole Comuni (PAC), di cui la Gran Bretagna di fatto non godeva, a causa della peculiarità del proprio sistema economico, dove l'agricoltura influisce in modo decisamente più limitato rispetto a quanto avvenga per altri Stati

avrebbe dovuto pagare 18,8 miliardi di sterline, ma ne ha pagati 14,4 per via del "*rebate*"; nel 2015 erano stimati 12,9 miliardi, equivalenti a 248 milioni a settimana»[250]. Alla domanda "è vero o falso che la Gran Bretagna invia 350 milioni di sterline a settimana all'Unione Europea?", il 47% ha risposto che la notizia è vera[251].

La seconda informazione-spot sul saldo migratorio è invece da inquadrare dentro la più ampia narrazione anti-migratoria e nazionalista portata avanti dal fronte "*Vote Leave*", secondo cui in Gran Bretagna ci sarebbe stato un incontrollato numero di arrivi di stranieri a causa dell'appartenenza all'Unione Europea, che avrebbe comportato un aumento della domanda di lavoro non qualificato e un conseguente crollo dei salari nel mercato del lavoro, influendo negativamente sugli standard di vita delle fasce di popolazione medio-basse di cittadini britannici[252]. In seguito agli attentati compiuti in Francia e in Belgio nel 2015 da estremisti islamici affiliati all'ISIS, i sostenitori del fronte "*Leave*" hanno altresì avuto gioco facile a sostenere che le frontiere europee fossero fonte di insicurezza. Il migrante era presentato sia come una minaccia economica che come un pericolo per la sicurezza del Paese. Un poster iconico della campagna mostra dei rifugiati provenienti dal Medio Oriente in coda ai confini dell'Europa, in attesa di farvi ingresso, con la scritta "*We must break free of the EU and take back control.*"[253] La rappresentazione dei migranti come "predatori" e fonte di pericolo (economico o sociale), così come i numeri "gonfiati" circa il saldo migratorio, costituiscono notizie fuorvianti e infondate[254], come dimostrato anche in questo caso da *FullFact*[255]. Tralasciando alcuni tratti specifici della pubblicità in esame, che intercettano anche il tema dei discorsi d'odio e della discriminazione razziale, tali esternazioni politico-elettorali sono deliberatamente false e non sono state in nessuna misura limitate. Gli effetti dannosi sul corretto funzionamento della democrazia sono stati peraltro causati da gruppi politici ed elettorali riconosciuti ed ufficialmente accreditati. Proprio la posizione di *competitor* conferisce agli *speaker* maggiore influenza e credibilità, cui dovrebbe corrispondere una maggiore responsabilità[256].

---

membri. Nonostante le polemiche (i fondi spesi per le PAC diminuirono in maniera corposa, passando dal costituire il 71% del budget nel 1984 al 39% a inizio Anni '2000), il *rebate* continuò ad essere previsto in favore della Gran Bretagna fino al momento dell'uscita di quest'ultima dall'Unione Europea (nel periodo 2007-2013, col Primo Ministro Tony Blair, la Gran Bretagna rinunciò al 20% del *rebate*, a patto che questo non venisse utilizzato per finanziare le PAC)

[250] *Ibidem*

[251] Whatukthinks, *Is it true or false that Britain sends £350 Milion a week to the European Union?*, 2016, consultabile *online* su https://whatukthinks.org . 7

[252] J. Cassidy, *How post-truth politics*, *cit*., 57

[253] A. Winter, *Island retreat: on hate, violence and the murder of Jo Cox*, in *Open Democracy*, 10 giugno 2016, consultabile *online* su https://www.opendemocracy.net/en/

[254] J. Cassidy, *How post-truth politics*, *cit*., 61

[255] Più in generale tutta l'attività di fact-checking realizzata da FullFact in rapporto alla campagna per la Brexit è raccolta in un apposito portale, "Get the facts on Brexit", consultabile *online* su https://fullfact.org

[256] In linea generale nel contesto nazionale il rapporto tra politica e responsabilità non gode di buona salute, per via dell'esautoramento del Parlamento e della conseguente crisi della forma di governo parlamentare. Sul punto si rinvia, tra gli altri, a C. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale scentifica, Napoli, 2018

Ci sono, pertanto, delle dichiarazioni, restando in ambito politico-elettorale, la cui veridicità può essere verificata, e che – il caso di Brexit in tal senso è paradigmatico – hanno dei risvolti tangibili e di portata significativa nella realtà; sempre con riferimento al referendum britannico, le conseguenze dannose sembrano evidenti: l'*agenda setting* del Paese è stata condizionata strutturalmente per i successivi tre anni (quelli in cui sono intercorse le trattative), e le conseguenze economiche si stanno ancora dispiegando nell'economia del Paese[257].

Tuttavia, allo stesso tempo bisogna essere cauti a considerare la diffusione di *fake news* il capro espiatorio di eventi che sono evidentemente causati anche da altri fattori. Se da un lato è un fatto noto che le campagne di informazioni mistificanti (artatamente influenzate o dirette, in taluni casi, da Stati stranieri) abbiano tentato di condizionare l'esito del Referendum britannico, così come l'elezione di Donald Trump a Presidente degli Stati Uniti d'America nel 2016[258], dall'altro è però difficile stabilire esattamente se, ed eventualmente in quale misura, tale condizionamento abbia inciso sul risultato elettorale. Detto altrimenti, il punto è capire fino a che punto tali influenze esterne possano definirsi responsabili di fenomeni che dipendono da una complessissima e plurima quantità di fattori[259]. Nel caso della Brexit c'era un sostrato politico, economico e culturale fatto di malcontento, rabbia e sfiducia verso la classe politica che serpeggiava da anni in una parte considerevole della società britannica. Non si vuole sottostimare la gravità dell'impatto della manipolazione informativa sulle competizioni elettorali, però non può non considerarsi la difficoltà oggettiva nello stabilire una correlazione diretta tra quest'ultima e la verificazione dell'evento elettorale. In altre parole, non si può stabilire con esattezza se il comportamento politico tenuto dagli elettori sia stata una diretta conseguenza delle distorsioni verificatesi nel corso della campagna mediatica, o se, "eliminando" a livello logico dal corso degli eventi la distorsione mediatica, il risultato elettorale si sarebbe parimenti verificato o meno. Al netto di ciò, può comunque ragionevolmente affermarsi che la disinformazione giochi un ruolo rilevante – magari non in tutti i casi decisivo – nella definizione delle consultazioni elettorali (nel caso della Brexit ciò pare più verosimile anche alla luce dello scarto molto esiguo con cui la consultazione si è decisa).

5.2.2 Il danno alla libertà nell'esercizio del diritto di voto ex art. 48 Cost.

A ben vedere, a prescindere dalle suddette valutazioni, un danno a un bene costituzionalmente protetto – specie con riferimento alle influenze da parte di soggetti esterni al confronto elettorale – potrebbe

---

257 Si rinvia al report della Commissione Europea "Conseguenze della Brexit", consultabile *online* su https://commission.europa.eu

258 Si tratta del cd. "Russiagate", su cui il governo statunitense non è ancora riuscito a fare piena chiarezza. Per una ricostruzione sul tema, si rinvia a O. Boyd-Barrett, *RussiaGate and propaganda: disinformation in the age of social media*, Routledge, Londra, 2019

259 S. Giusti, E. Piras, *Introduction. In search of paradigms: disinformation, fake news and post-truth politics*, in S. Giusti, E. Piras, *Democracy and fake news*, *cit.*, 8

ravvisarsi nel condizionamento della «libertà» del voto. Tale profilo costituisce infatti unanimemente per la dottrina la garanzia più importante e significativa, nonché quella più "a rischio" tra quelle elencate dall'art. 48 Cost.[260].

Prescrivendo che il voto deve essere «libero», la Costituzione pretende che nell'esercizio del suffragio i cittadini siano liberi da coazioni psicologiche e fisiche, nonché da minacce e violenze, nella formazione della propria volontà[261] (il diritto di voto è in tal senso tutelato dall'art. 294 c.p., che punisce «chiunque, con violenza, minaccia o inganno impedisce in tutto o in parte l'esercizio di un diritto politico, ovvero determina taluno a esercitarlo in senso difforme dalla sua volontà»[262]). Ma il dettato costituzionale, secondo alcuni Autori, non si limiterebbe a colpire tali fatti eclatanti o comunque di condizionamento "diretto" dell'espressione del voto; ciò che si evince – e che è in una certa misura confermato anche dalla normativa elettorale di contorno, esempio plastico di «legislazione costituzionalmente obbligatoria»[263] – è che «per "libertà" deve intendersi la possibilità degli aventi diritto al voto, dei candidati e dei gruppi fiancheggiatori di domandare e di fornire informazioni al fine di influire sulla scelta: nel concetto di libertà del voto si inserisce dunque, a pieno titolo, la fase preparatoria dello stesso»[264], che non può essere lasciata priva di tutele.

Non solo gli organi dello Stato, ma «l'intero ordinamento»[265] deve garantire a ciascun cittadino di poter formarsi ed esprimere in piena libertà la propria determinazione elettorale, «fino a ricomprendere le norme dirette a limitare la propaganda elettorale, forma di induzione della volontà degli elettori da qualificare come *dolus bonus*»[266], così da garantire che il voto non sia altro che una «manifestazione spontanea di opinione formatasi attraverso normali procedure di persuasione e non con azioni diverse»[267]. Tali disposizioni contrastano tutte le forme di coazione, minaccia o violenza dirette ed esplicite ai danni

---

260 P. Barile, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1991, 151ss.; C. Lavagna, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Utet, Torino, 1985, 525 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1952, 43; L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1991, 292

261 Cfr. artt. 96, 97 e 100 del d.p.r. 361/1957, che puniscono rispettivamente «chiunque, per ottenere a proprio od altrui vantaggio la firma per una dichiarazione di presentazione di candidatura, o il voto elettorale o l'astensione, offre, promette o somministra denaro, valori, o qualsiasi altra utilità, o promette, concede o fa conseguire impieghi pubblici o privati ad uno o più elettori o, per accordo con essi, ad altre persone», «Chiunque usa violenza o minaccia ad un elettore o ad un suo congiunto, per costringere l'elettore a firmare una dichiarazione di presentazione di candidatura od a votare in favore di una determinata lista o di un determinato candidato, o ad astenersi dal firmare una dichiarazione di presentazione di candidatura, o dall'esercitare il diritto elettorale o, con notizie da lui conosciute false, con raggiri od artifizi, ovvero con qualunque mezzo illecito atto a diminuire la libertà degli elettori, esercita pressione per costringerli a firmare una dichiarazione di presentazione di candidatura od a votare in favore di determinate liste o di determinati candidati, o ad astenersi dal firmare una dichiarazione di presentazione di candidatura o dall'esercitare il diritto elettorale», «Chiunque, con minacce o con atti di violenza, turba il regolare svolgimento delle adunanze elettorali, impedisce il libero esercizio del diritto di voto o in qualunque modo altera il risultato della votazione»

262 Art. 294 c.p.; sul punto cfr. L. Durigato, *L'art. 294 c.p.: un'ipotesi di tutela del diritto politico*, Cedam, Padova, 1983

263 E. Grosso, *Art. 48, cit.,* 971

264 F. Lanchester, *Voto (diritto di)*, *cit.*, 1127

265 T. Martines, 279

266 Art. 48, in V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve*, *cit.*, 325; Prosperetti, 149

267 C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, 514

dell'elettore, che si traducono in pressioni indebite nell'ambito del suo procedimento di formazione della volontà[268]. Solleva invece più dubbi e difficoltà interpretative, come fatto notare in dottrina, una tutela legislativa che riguardi non tanto le condizioni "esteriori", quanto i diversi fattori - tra cui rientrano l'informazione e la propaganda elettorale – che condizionano il convincimento "interiore" dell'elettore[269].

5.2.3 I fondamenti di una limitazione

Analizzando la questione attraverso le "lenti" della teoria walzeriana[270], si nota che l'oggetto delle informazioni in questione è la "competizione" democratica in ordine al potere politico. Quest'ultimo «non è semplicemente un bene fra i tanti perseguiti dagli uomini e dalle donne: […] è anche il mezzo attraverso il quale vengono regolate tutte le attività, compresa quella di perseguire il potere stesso»[271]. Proprio per via della somma importanza del bene in questione, sarebbero configurabili degli «usi bloccati» del potere politico, e dunque anche della competizione volta ad ottenerlo. La caratteristica propria del regime democratico rispetto a tutti gli altri regimi sta proprio qui: posto che vi siano delle funzioni che i rappresentanti politici non possono svolgere, a meno che non sostituiscano il criterio della forza e del sopruso a quello del legittimo esercizio del potere politico[272], potenzialmente tali limitazioni all'esercizio del potere potrebbero essere rispettate anche da un despota, o da un re ereditario; nel contesto democratico, però, vige la regola secondo cui il dovrebbe essere esercitato da coloro i quali ne subiscono in maniera più diretta gli effetti (i cittadini, e in particolare le fasce più svantaggiate), o che quantomeno dovrebbero avere una funzione di controllo sul potere[273]. La particolarità del regime democratico dunque risiede nel rapporto tra potere e conoscenza: i cittadini devono essere messi nella condizione di poter decidere liberamente, pertanto la circolazione delle notizie nell'ambito della competizione per il potere politico non dovrebbe in questo senso rispondere in maniera integrale né al criterio del libero scambio (basato sulla proprietà e sul denaro), né a quello del bisogno, né a quello del merito[274], bensì al criterio

---

268 T. Martines, 280, in V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, *cit.*

269 S. Furlani, in V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, *cit.*

270 V. *supra*, par. 3

271 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 282-283; secondo l'Autore, il potere politico è «l'agenzia cruciale della giustizia distributiva e vigila sui confini entro i quali ogni bene sociale è distribuito e dispiegato. […] Il potere politico ci protegge dalla tirannia… e diventa tirannico esso stesso». I rappresentanti politici dovrebbero tenere «a freno, in tutte le loro attività, il loro stesso potere: assoggettano se stessi ai limiti costituzionali. […] Ma quasi dappertutto e quasi sempre […] non sorvegliano le sfere distributive ma vi fanno irruzione; non difendono i significati sociali ma li calpestano»

272 L'Autore porta diversi esempi, tra cui il fatto che «la sovranità non si estend*a* fino a rendere schiavi», «i funzionari statali non possono violare le concezioni collettive di colpevolezza e innocenza, corrompere il sistema della giustizia penale, trasformare le pene in strumenti di repressione politica o usare pene crudeli ed insolite»; «i funzionari statali non possono vendere il potere politico o mettere all'asta le singole decisioni», ecc.; cfr. M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 284

273 *Ibidem*, 285

274 Walzer fa vari esempi di forme di esercizio del potere basate su criteri non coerenti, cfr. *ibidem*, 286 ss.

della "democrazia", o meglio del "consenso democratico". Tale criterio non si esaurisce nel dare a tutti i "contendenti" le medesime opportunità (si tratterebbe di un regime di eguaglianza semplice), bensì consiste nella distribuzione in questo caso delle notizie in «modo politico»; secondo la visione liberale di M. Walzer, ciò si traduce nell'esclusione di qualsiasi «ragione estrinseca» rispetto alla «discussione fra cittadini»[275]: «la democrazia premia il saper parlare e convincere, l'abilità retorica. In teoria, l'ha vinta il cittadino che parla in modo più convincente […]. Ma non può usare la forza, sfruttare il suo ceto o distribuire denaro»[276].

Il rischio, però, è quello che il confronto politico si riduca in una competizione sull'utilizzo dell'arte della retorica, confermando il punto di vista hobbesiano per cui «la democrazia non è altro che un'aristocrazia di oratori», in cui alcuni soggetti hanno inevitabilmente più influenza rispetto ad altri[277].

Tuttavia, considerare il momento politico distinguendo in maniera netta tra cittadini attivi e passivi, inquadrandolo soltanto in termini di autonome individualità – pur escludendo ipoteticamente l'influenza di "sfere" di giustizia non coerenti, come quella del denaro – non è sufficiente perché possa parlarsi di "eguaglianza complessa" con riferimento al potere politico. Secondo Walzer il voto – momento "visibile" di un lungo procedimento meno "visibile" – non deve infatti essere sottratto alla sfera comunitaria e partecipativa propria dei partiti politici, o comunque dei contesti di confronto politico collettivo. Il rischio è quello che la decisione politica diventi paragonabile a un «acquisto impulsivo», in cui il voto viene chiesto individualmente «uno a uno» agli elettori, e non a classi o gruppi sociali e civici portatori di interessi e visioni collettive, bensì incontrando il candidato soltanto «sullo schermo della televisione [oggi verrebbe da aggiungere anche lo schermo del proprio *smartphone*], senza mediazioni politiche»[278]. La politica «è fatta di riunioni e di discussioni, ed è essenziale partecipare alle riunioni ed ascoltare le discussioni»[279]. L'eguaglianza complessa in questo ambito prevederebbe dunque anche una differenziazione all'interno della partecipazione politica: il buon cittadino è quello che cerca costantemente di esercitare non solo un «potere minore» (il diritto di voto), ma anche un «potere maggiore» (il diritto di parola, di riunione, di manifestazione e di petizione)[280]. Perché il gioco democratico non si riduca a una questione economica o di abilità retorica, la dimensione comunitaria della politica sembra essere ineludibile.

Tale visione si distacca da quella di Rousseau, secondo cui i cittadini giungerebbero a prendere buone decisioni se, «essendo provvisti delle opportune informazioni […] non comunicassero tra loro»[281], così

---

275 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 304
276 M. Walzer, Sfere di giustizia, cit., 304
277 T. Hobbes, *Elementi di legge naturale e politica*, La Nuova Italia, Scandicci, 1985: 179-180; cfr. anche Montesquieu, Lo spirito delle leggi, Rizzoli, Milano, 1989, 267
278 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 307
279 *Ibidem*
280 *Ibidem*, 309
281 J. Rousseau, *Contratto sociale*, Libro II, cap. III

come dalle letture che propongono un superamento del partito politico[282]. Viene così rigettata ogni visione organizzata della politica[283], e non peraltro è chiaro "chi" dovrebbe fornire le informazioni che si ritengono "opportune" ai cittadini. La politica come organizzazione descritta da Walzer è volta invece a leggere criticamente le informazioni, e sta al confronto collettivo che caratterizza l'organizzazione, e non soltanto al singolo, individuare quali considerare «opportune» o meno[284].

Due sembrano essere gli approdi in questo senso:

(i) non è pensabile l'applicazione di un regime di libero mercato "puro" alla circolazione delle notizie in ambito politico; atteso che il libero confronto sia il criterio più pertinente, in alcuni casi la circolazione delle notizie deve essere bloccata, per evitare che criteri non inerenti (del denaro, del merito) regolino la circolazione delle informazioni in campo politico-elettorale, arrecando danni gravi al corretto svolgimento del processo democratico[285];

(ii) Perché ciò si realizzi è indefettibile una concezione partecipativa della politica[286]: gli "anticorpi" che i cittadini posso "formarsi" rispetto alla manipolazione informativa in ambito politico-elettorale sono prodotti dal confronto tra pari, dalla volontà di partecipazione e dalla predisposizione e frequentazione di luoghi preposti al dibattito politico[287].

5.2.4 Un "terreno scivoloso"

Posto che a livello teorico un intervento limitativo possa ritenersi – in casi circoscritti – giustificato, in via generale l'interrogativo pare essere il seguente: in ambito politico-elettorale, affermare il falso, anche in maniera deliberata, trova o meno copertura costituzionale? Possono le notizie false circolare

---

282 Che, vale la pena ricordarlo, l'art. 49 Cost. definisce appositamente con criteri molto ampi e generali, limitandosi a prevedere che «tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale»

283 Secondo la visione espressa, su tutti, da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1920), in H. Kelsen, *La Democrazia*, Bologna, 1998, 68, non esistono "verità" oggettive verso cui tendere, né sussiste un interesse generale "univoco" da perseguire; vi sono invece i concreti e diversi interessi dei gruppi, i quali devono sforzarsi di trovare un compromesso, anche passando attraverso il (sano) conflitto politico; ciò è possibile solo tramite una visione della politica come confronto tra diverse libere organizzazioni di cittadini (art. 49 Cost.). Sulla lettura della Costituzione come compromesso, si rinvia, per tutti, a M. Fioravanti, *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sull'attuazione della Costituzione repubblicana*, in *Astrid*, vol. II-III, 2018, consultabile online su https://www.astrid-online.it; sulla democrazia come "conflitto", cfr., tra gli altri, P. Costa, *Democrazia e conflitti*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2/2019, 27 ss.; C. Mouffe, *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007; A. O. Hirschman, A. Perulli, *I conflitti come pilastri della società democratica a economia di mercato*, in *Stato e mercato*, 4/1994, 133 ss.; G. Azzariti, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Alternative per il socialismo*, 6/1, 2012/13, 63 ss.; N. Urbinati, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Laterza, Roma-Bari, 2021

284 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 306

285 V. *infra*, par. 5.2.5

286 La questione sottende un problema di carattere culturale; v. *infra*, cap. conclusivo

287 Si rinvia in tal senso, tra le recenti riflessioni sul punto, a F. Barbera, Le piazze vuote. Ritrovare gli spazi della politica, Laterza, Roma-Bari, 2024;… ; V. Pazé, I non rappresentati. Esclusi, arrabbiati, disillusi, Gruppo Abele Edizioni, Torino, 2024; V: Mete, Antipolitica. Protagonisti e forme di un'ostilità diffusa, Il Mulino, Bologna, 2022

liberamente, o qualche limitazione sulla base di un danno a un bene costituzionalmente protetto è ipotizzabile?

Va in questo senso ulteriormente chiarito che non tutte le dichiarazioni sono verificabili sulla base di un giudizio "vero-falso". Molto spesso ciò che viene detto in campagna elettorale non è appurabile, o perché consiste in una promessa futura (per quanto magari implausibile, non può dirsi con certezza che non si realizzerà), o perché ci si esprime in modo generico e vago («il mio governo è il migliore degli ultimi trent'anni», ad esempio)[288]. Le uniche dichiarazioni verificabili con un sufficiente grado di certezza sono quelle in cui vengono citati numeri o fatti specifici (ad esempio dati economici, come quelli sulla crescita del PIL, dati sul numero di arrivi di migranti in un determinato periodo di tempo, sull'aumento dei prezzi, sulle misure adottate in altri Stati, su avvenimenti storici notori, ecc.)[289].

Bisogna altresì tenere in considerazione che le notizie false in ambito politico vengono spesso fatte circolare, in via più o meno diretta, dalle stesse parti politiche in competizione[290]. Salvi i casi in cui si integrino reati già sanzionati dall'ordinamento penale (su tutti quelli di calunnia, *ex* art. 595 c.p., e diffamazione, *ex* art. 368 c.p.), risulterebbe difficile e in certi termini pericoloso autorizzare un'autorità esterna a prendere provvedimenti che limitino i contenuti delle campagne politiche. La soluzione maggiormente auspicabile all'interno di una democrazia pluralista vedrebbe la mediazione operata dal giornalismo e dai mezzi di informazione (intesi in senso ampio, che include anche i *fact-checker* indipendenti) svolgere il ruolo di contropotere che gli è proprio, segnalando i casi in cui certe dichiarazioni

---

[288] Pagella Politica, *Bugie al potere. Il* fact-checking *del governo Meloni*, Mimesis, Milano-Udine, 2023, 9; 14-15. Si riporta, ad esempio, che nel novembre 2016, poco prima del referendum costituzionale che si tenne in Italia il 4 dicembre dello stesso anno, il sito (pressoché sconosciuto) "Italiani informati" pubblicò un articolo col seguente titolo: «NOTIZIA SHOCK! Referendum, trovate 500.000 schede già segnate col SI! CONDIVIDETE!», secondo cui in un paesino italiano (che si rivelò inesistente) sarebbero state ritrovate 500.000 schede contraffatte dal Governo, cui Presidente del Consiglio era Matteo Renzi. Quell'articolo ebbe ottenne circa 230mila reazioni su Facebook, attestandosi, tra ottobre e novembre, come l'articolo più letto in Italia all'interno del *social network*. Per gli utenti più esperti poteva notarsi che si trattava di una notizia inverosimile, ma il *target* ricercato erano proprio quegli utenti meno esperti che potevano far fede alla notizia. In fondo alla pagina iniziale di "Italiani informati" c'era una nota, scritta in piccolo, che comunicava che si trattava di un «sito satirico», e dunque «alcuni articoli» potevano non corrispondere alla «verità dei fatti».

[289] *Ibidem*, 10, che fa anche notare come spesso l'obiettivo del discorso politico è quello di prendere le mosse da un dato che si ritiene oggettivo per cercare il sostegno dell'elettorato. Per questo l'attività di *fact-checking* in molti casi può riguardare il collegamento che si sostiene intercorra tra il dato richiamato e l'attività di governo che avrebbe causato o giustificato il dato in esame. Il testo citato riporta casi puntuali di notizie false diffuse da esponenti del governo Meloni durante il primo anno di governo, raggruppandole tematicamente (immigrazione, economia, lavoro, Europa), e dedicando un'apposita sezione anche alle *fake news* pronunciate dalle opposizioni.

[290] Discorso diverso, come si è detto, vale per le influenze da parte di Paesi terzi, o comunque di soggetti esterni alla competizione elettorale che tentano di influire sul risultato. Risulta poi ancor più complesso trovare un fondamento costituzionale al contrasto a campagne di questo tipo quando si svolgono su piattaforme di messaggistica istantanea privata, riconducibili, nel nostro ordinamento, all'art. 15 Cost., come avvenuto nel caso delle elezioni brasiliane del 2018, dove le notizie false sono circolate principalmente tramite *Whatsapp*. Si veda a riguardo R.R. Ferreira, *Democracia sequestrada. Como a desinformacao ajudou a eleger Bolsonaro presidente*, Media xxi, Ramada, 2022

si discostano dalla realtà[291]. Sarebbero il pluralismo e l'indipendenza dei media i garanti del corretto svolgimento del processo democratico.

In campagna elettorale, tuttalpiù, si applica una limitazione del pluralismo a livello "quantitativo" nel tentativo di garantire eguaglianza di opportunità alle parti coinvolte (la cd. "*par condicio*"), limitando di fatto posizioni di dominanza dovute alla maggiore disponibilità economico-finanziaria di una parte politica o di un candidato rispetto agli altri[292]. È il tipico caso in cui la tutela di un bene giustifica la limitazione di una libertà limitatamente a soggetti qualificati[293].

---

[291] O "quarto potere", che, come noto, si aggiungerebbe alla classica tripartizione montesqueiana dei poteri; cfr., a riguardo, P. Allotti, *Quarto potere: giornalismo e giornalisti nell'Italia contemporanea*, Carocci, Roma, 2017. Nel contesto italiano, la proprietà dei quotidiani più influenti, che inevitabilmente esercita una certa influenza circa la determinazione della linea editoriale degli stessi, è saldamente in mano a grandi società finanziarie, portatrici di più o meno velati interessi politici; in particolare, quattro società gestiscono buona parte dell'informazione organizzata in Italia: Gruppo GEDI, Fininvest, Cairo Communication e Caltagirone Editore. Nel novero dei quotidiani che hanno un mercato di scala nazionale, soltanto due non sono gestiti da *holding* finanziarie, *Il Manifesto* e *Il Fatto Quotidiano*. Per una "fotografia" più ampia e dettagliata sul punto, si rinvia a G. Calvani, *Gestione dell'informazione in Italia, chi c'è ai vertici?*, in Ultima Voce, 22 marzo 2022, consultabile online su https://www.ultimavoce.it

[292] Secondo la disciplina della cd. "*par condicio*". La Corte costituzionale è intervenuta sul tema della parità di spazio propagandistico tra le parti che concorrono alle elezioni con la sentenza del 16 giugno 1964, n. 48 con cui ha fissato il criterio di riferimento dell'eguaglianza formale tra i candidati relativamente agli spazi comunicativi, invocando un intervento del legislatore ordinario volto a «porre tutti in condizioni di parità per evitare che lo svolgimento della vita democratica non sia ostacolato da situazione economiche di svantaggio o politicamente in minoranza». Con le successive sentenza del 28 luglio 1993, sentenza del 12 gennaio 1995, n. 10, e sentenza del 12 luglio 1995, n. 344 la Corte ha ribadito la necessità di garantire un diritto alla genuinità del voto e dunque ad una corretta informazione in corso di campagna elettorale, nonché la libertà del voto nel momento in cui viene estrinsecata la scelta, ma anche nella fase preparatoria della stessa, sancendo dunque un esplicito principio di tendenziale parità di opportunità tra i candidati, o comunque tra le posizioni politiche in gioco in ambito di quesiti referendari.
È su tale scia che nel 2000 è stata adottata la l. n. 28/2000 sulla *par condicio*, relativa all'attività delle emittenti radiotelevisive. Tale normativa, per quanto riguarda l'accesso ai programmi di informazione (notiziari, programmi di attualità, ecc), ha sancito l'obbligo di rifarsi a principi di parità, imparzialità e obiettività solo per il periodo elettorale, individuando la Commissione parlamentare di indirizzo e vigilanza quale attuatore della disciplina per la Rai e l'Agcom per il resto delle emittenti. Si rinvia, a riguardo, a M. Gobbo, *La propaganda politica nell'ordinamento costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, 142 e F. Lanchester, *La propaganda elettorale (e referendaria) in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 1996, 387 ss.; M. Villa, T. Perrucci, *Emittenza locale e par condicio in periodo di campagna elettorale*, in *Comunicazione Politica*, 2/2002, per la par condicio sul mezzo televisivo; a R. Borrello, *La par condicio nella campagna elettorale delle elezioni politiche del 25 settembre 2022: profili generali e alcuni casi specifici*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 4/2022, anche con riferimento al contesto della rete, e a G. De Minico, *Silenzio elettorale e Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010, con riferimento alla disciplina del silenzio elettorale;

[293] La suddetta limitazione si situa al confine tra propaganda e informazione. Proprio in tal senso sono necessarie delle puntualizzazioni e delle distinzioni, che la dottrina ha già realizzato da diversi decenni. Nell'ambito della comunicazione politica si è infatti tentato di distinguere tra ciò che è informazione e ciò che è propaganda o pubblicità (anche se, come si vedrà, tale distinzione sta recentemente perdendo sempre più di significato).
Se da un punto di vista politologico il procedimento elettorale è visto quale spazio in cui si confrontano le élites nella lotta per il consenso popolare, che fonda la legittimità a governare, da un punto di vista giuridico «l'atto di votazione è concepito come un procedimento di formazione ed espressione della volontà dei singoli cittadini aventi diritto al voto, che – anche attraverso il concorso dei partiti politici – determinano la volontà collettiva dell'ordinamento». Da qui nasce la necessità per l'ordinamento di assicurare che la genuinità della formazione della volontà in capo al singolo sia garantita e possa liberamente formarsi all'interno di un ordinamento pluralista. A tal fine sono state poste in essere le distinzioni cui si è fatto cenno.
Per propaganda si intende «qualunque azione volta a diffondere in modo deliberato e sistematico messaggi ad un determinato uditorio al fine di creare un'immagine (positiva o negativa) di specifici fenomeni, stimolando altresì comportamenti adeguati» (F. Lanchester, *La propaganda elettorale*, *cit.*, 390), mentre l'informazione ha di per sé un connotato più puro e una finalità diversa, non pubblicitaria ma culturale e formativa, e per questo risulterebbe,

5.2.5 Ancora sulle conseguenze dannose

Tuttavia – lo si è visto con riferimento alla tutela dell'art. 48 Cost. e alla "sfera" distributiva che Walzer riserva all'ambito politico-elettorale – non può farsi a meno di notare che nel merito certe notizie false hanno conseguenze dannose potenzialmente gravissime[294]. Basti, per tutti, citare un caso. Il 5 febbraio 2003 l'allora segretario di Stato statunitense Colin Powell sostenne, nel corso del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che il regime iracheno guidato dal dittatore Saddam Hussein disponesse di armi di distruzione di massa[295]. Era trascorso un anno e mezzo dall'attentato alle Torri Gemelle di New York dell'11 settembre 2001 da parte dei terroristi sauditi di Al-Quaeda, guidati da Osama Bin Laden, fondamentalista sunnita, e il timore nei confronti del terrorismo islamico era parecchio diffusa

secondo alcuni Autori, maggiormente meritevole di tutela. La propaganda politica si caratterizza poi per le specifiche – e delicate – finalità a cui mira.
La distinzione è necessaria, poiché ne scaturiscono delle precise limitazioni. Basti pensare a disposizioni normative del tipo: «dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche di svolgere attività di comunicazione ad eccezione di quelle effettuate in forma impersonale ed indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni» (art. 9 l. n. 28/2000). Dal bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco si evince che in certi casi la propaganda è limitabile, ma non lo è l'informazione , in quanto «le amministrazioni devono astenersi non solo dalle manifestazioni volte ad appoggiare le liste o i candidati impegnati nel confronto elettorale (propaganda elettorale in forma diretta), ma anche da tutti le attività di comunicazione che, avendo come finalità principale la promozione dell'immagine politica o dell'attività istituzionale dell'ente stesso, stimolino una rappresentazione positiva o negativa di una determinata opzione elettorale (propaganda elettorale in forma mediata)» (G. Gardini, *Brevi note sul divieto di comunicazione istituzionale nei periodi di campagna elettorale*, in *MediaLaws*, 3/2018).
Con riferimento alla propaganda politica, è molto scivoloso distinguere ciò che è vero da ciò che è falso, essendo i programmi elettorali (e quelle che sono ormai comunemente definite «promesse» politiche) volti essenzialmente ad ipotesi future. Non manca in dottrina chi si è spinto a sostenere che, stando al quadro delineato dai costituenti, non dovrebbero neanche farsi promesse false in campagna elettorale (potrebbero allora essere abolite…). Ciò che è chiaro è che, mentre per quanto riguarda l'informazione – e dunque il diritto ad essere informati – il problema si pone sul piano del falso informativo, per la propaganda la questione si gioca su un piano differente e preliminare, ovvero su quello della parità delle condizioni di partenza. Come a dire che, nell'ambito della propaganda politica, se ci si trova di fronte a una sperequazione tra i partecipanti all'arena elettorale, allora siamo già di fronte ad una falsificazione ed alterazione del gioco democratico, sorta di corrispettivo del falso informativo, in quanto falsifica la stessa competizione elettorale.
Andando ancora più a fondo, un'altra distinzione che appare ormai pressoché sfumata nei fatti sembra essere quella tra propaganda politica («manipolazione di simboli che abbia diretta attinenza con l'allocazione autoritativa di valori […] che ha come scopo l'acquisizione generica o il mantenimento del consenso attraverso l'orientamento dei cittadini») e propaganda elettorale (che «richiede esplicitamente agli aventi diritto al voto una scelta al termine di un determinato periodo», F. Lanchester, *La propaganda elettorale, cit.,* 391). La scomparsa nei fatti di tale distinzione ha portato a quella che è stata correttamente definita una «campagna elettorale permanente», in cui le elezioni future contano più di quelle che hanno legittimato gli attuali rappresentanti dei pubblici poteri. È così resa più difficile la regolamentazione volta a garantire lo svolgersi della comunicazione propagandistica elettorale in termini di uguaglianza, non essendo pressoché possibile stabilire termini e durata della fase elettorale vera e propria

294 C.R. Sunstein, Liars, …, secondo quanto ricostruito nel par. 4

295 Produsse una provetta falsa contenete polvere bianca, sostenendo che fosse la prova del fatto che il regime iracheno possedesse armi chimiche e di distruzione di massa

nell'opinione pubblica occidentale[296]. La prova che il regime dittatoriale ed estremista iracheno – non direttamente coinvolto nell'attentato dell'11 settembre – possedesse armi chimiche e di distruzione di massa poteva essere una motivazione adeguata agli occhi dell'opinione pubblica per dare avvio all'invasione dell'Iraq. Il 20 marzo 2003 alle 5:30 locali, dopo l'ultimatum con cui il Presidente americano George W. Bush ha intimato a Saddam Hussein di lasciare il Paese, ebbe inizio la seconda guerra del Golfo, con l'invasione americana e inglese dell'Iraq[297]. La guerra terminò il 15 dicembre 2011, e, secondo i dati del *think thank* indipendente "Iraq Body Count", causò tra le 187.000 e le 210.000 vittime civili, oltre alle morti di 45.000 soldati iracheni, 35.000 insorti e 4.600 soldati americani[298]. Lo stesso Colin Powell è tornato a distanza di anni sull'accaduto, definendo l'aver rilasciato quelle dichiarazioni un «terribile errore»[299]: la provetta mostrata al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite era infatti falsa, così come le dichiarazioni pronunciate sulle presunte evidenze che dimostravano la disponibilità di armi chimiche e di distruzione di massa in mano al regime iracheno, che in realtà non furono mai trovate. In seguito all'avvio della seconda guerra del Golfo vi fu una importante mobilitazione civica: oltre 110 milioni di persone sono scese in piazza in diverse parti del mondo per manifestare contro l'avvio di una guerra pretestuosa – tanto che il New York Times definì il movimento «la seconda potenza mondiale»[300]; ciò tuttavia non fu sufficiente a fermare l'invasione anglo-americana.

5.2.6 La via "stretta" di una limitazione necessaria (rinvio)

Seguendo un ragionamento che prenda in considerazione i danni che vengono arrecati a beni giuridici costituzionalmente protetti da parte della diffusione di notizie false, è pacifico che in un caso come quello appena riportato una limitazione del *free speech* sia giustificata. Resta tuttavia di difficile risoluzione il problema di fondo, cui si è già fatto cenno[301]: quali sono i soggetti deputati a realizzare un controllo su tali affermazioni, diffuse peraltro da soggetti investiti da un mandato conferitogli direttamente dalla sovranità popolare?

Un intervento regolatorio in questo senso nasconde diverse insidie. Se nell'ambito dell'informazione scientifica possono essere individuati sia dei parametri di riferimento per appurare la scientificità e l'attendibilità della notizia (l'applicazione del metodo scientifico, la correttezza e l'affidabilità dei dati raccolti, ecc.), che una comunità scientifica riconosciuta che potrebbe vagliare con una discreta

---

296 A. Lombardi, *Iraq 20 anni dopo: la "Grande Bugia" di Colin Powell che diede il via alla guerra*, su *Repubblica*, 20 marzo 2023

297 D. Quirico, *Iraq. 20 anni senza un perché e la menzogna democratica*, su *Volere la luna*, 23 marzo 2023, consultabile online su https://volerelaluna.it

298 Dati riportati da *Rai News 24* il 20 marzo 2023, consultabili *online* su https://www.rainews.it.

299 A. Lombardi, *Iraq 20 anni dopo*, *cit.*

300 C. Cruciati, *La bugia del secolo e la legge del più forte*, su *Il Manifesto*, 21 marzo 2023

301 V. *supra*, cap. II

accountability – anche se su questo punto la strada da fare è ancora lunga, specie nel contesto italiano[302] – l'attendibilità delle notizie diffuse, ciò risulta più complicato per le notizie in ambito politico[303], sia per la difficoltà nell'individuare i legittimi "controllori", che per la determinazione di criteri univoci sulla cui base attuare i suddetti "blocchi"[304].

Ad essere chiamato in causa è il pluralismo politico, nonché il libero confronto tra cittadini per il potere, tratto distintivo delle democrazie costituzionali[305]. Se i regimi autoritari si sono storicamente affermati limitando la libertà di informazione e di manifestazione del pensiero, e professando un'unica "verità di Stato"[306], le Costituzioni novecentesche sono invece sorte proprio assumendo come loro stesso presupposto la libertà di pensiero e di manifestazione dello stesso in ogni forma. Se, come è stato fatto notare, «il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto»[307], non può di conseguenza lasciarsi all'arbitrio dei privati, e alla sola logica del libero mercato, la regolazione dei presupposti che rendono effettivo e libero l'esercizio di tale diritto.

Anche con riferimento a tale "tipologia" di notizie, una regolamentazione è pertanto ipotizzabile. Il problema di fondo[308] – qual è il soggetto chiamato a qualificare gli oggetti, a esercitare un tale potere di controllo? – è legato anche alla tipologia di tutele che si ritiene di adottare nei diversi casi[309].

Ciò che preme far notare è che un intervento limitativo forte del *free marketplace of ideas* non sarebbe invece in alcun caso giustificabile nei casi in cui ad essere coinvolti siano beni di rango inferiore. Si guardi, a mo' di esempio, al seguente caso. Nel mese di marzo del 2024 la stragrande maggioranza dei giornali e dei mezzi di informazioni italiani ha pubblicato una notizia in cui si affermava che l'Unesco avrebbe inserito nella sua famosa lista di patrimoni culturali dell'umanità la musica *techno* tedesca[310]. Si tratta di una notizia falsa. La realtà è invece che il governo tedesco ha deciso di iscrivere la musica *techno* – insieme ad altre

---

302 Spesso le decisioni in ambito socio-sanitario vengono assunte senza seguire alcun procedimento di legittimazione democratica, o comunque non garantendo sufficiente riconoscibilità e trasparenza nell'individuazione dei soggetti esperti cui è affidata l'assunzione delle decisioni (caso emblematico è quello della composizione del Comitato tecnico-scientifico durante la pandemia da Covid-19); si rinvia, a riguardo, a A. Tavernaro, *La* science policy *mancante: il COVID-19 in Italia e il dialogo tra istituzioni, scienziati e cittadini*, *in Epidem. prev.*, 6(45)/2021, 456 ss.; G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 91 ss.; L. Di Majo, *Gli esperti nei processi decisionali di legislatore e Corte costituzionale. Contributo allo studio dei rapporti tra scienza, politica e diritto*, Jovene, Napoli, 2023, spec. 39 ss.

303 Fatta salva, va da sé, l'integrazione di eventuali fattispecie di reato, e fatta eccezione – si è detto anche questo – le campagne di disinformazione finanziate e incentivate da soggetti esterni, da cui è lo Stato è tenuto a proteggere le proprie istituzioni e i propri cittadini

304 Si rimanda al dibattito in ambito filosofico sul rapporto tra informazione verità, v. *supra*, cap. I, e, tra gli altri, D. Marconi, *Per la verità*, *cit.*

305 G. Zagrebelsky, V. Marcenò, F. Pallante, *Lineamenti di diritto costituzionale*, *cit.*

306 F. Finchelstein, *Breve storia delle bugie dei fascismi*, Donzelli, Roma, 2020

307 P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 11

308 Cui si è già fatto cenno nel cap. II, v. *supra*

309 V. *infra*, cap. conclusivo

310 Cfr., tra gli altri, gli articoli di *Repubblica* ("*La* techno *berlinese diventa patrimonio immateriale dell'Unesco*", del 15 marzo 2024), *Sky* ("*La* techno *di Berlino è stata aggiunta alla lista del patrimonio culturale dell'UNESCO*", del 14 marzo 2024), *Avvenire* ("*La musica* techno *di Berlino è diventata patrimonio Unesco*", del 16 marzo 2024). *Wired* ("*La* techno *di Berlino è diventata patrimonio dell'Unesco*", del 15 marzo 2024),

centoventi tradizioni tedesche – nel registro nazionale dei patrimoni culturali immateriali; si tratta di una scelta integralmente tedesca, che non ha niente a che vedere con l'organizzazione mondiale che si occupa di cultura[311]. La quasi totalità dei giornali ha rilanciato la notizia senza verificarne la veridicità[312]; spesso, infatti, all'interno delle redazioni si è soliti «spulciare siti *web* stranieri alla ricerca di qualcosa di interessante per piazzare un pezzo […], *nella* spasmodica ricerca di notizie surreali, buffe, ai limiti della realtà, che possono interessare il lettore medio "mordi e fuggi", ma spesso, al di là del colore che danno al giornale, *tali notizie* sono infondate»[313]. L'obiettivo dei giornali è quello di spingere il lettore a cliccare e condividere. Spesso non ci sono ricadute politiche, agende politiche alle spalle, né tantomeno implicazioni di altro tipo, che colpiscono interessi o beni costituzionalmente tutelati come la salute. In molti casi, il vero obiettivo dei giornali è quello di ottenere attenzioni, rilevanza per i propri conti, secondo il meccanismo del *clickbait*[314]: le strategie dei giornali in tempo di crisi[315] sono *in primis* editoriali e di mercato, e, di regola, solo in secondo luogo politiche.

Non è nemmeno pensabile un intervento pubblico che "bolli" come falsa la notizia in questione, estromettendola dal "mercato delle idee". Sono stati i giornali stessi – o quantomeno *dovrebbero essere*, in quanto non in tutti i casi lo hanno fatto – a correggere pubblicamente l'errore, nonché a rafforzare i controlli prima di mettere in circolazione le notizie. È – *dovrebbe essere* – lo stesso sistema pluralista a correggere il tiro.

Casi del genere dimostrano come "differenziare" (nell'accezione walzeriana) sia indispensabile per affrontare il fenomeno delle notizie false nella sua "complessità", tenendo parimenti presente il danno (la sua "probabilità" e la sua "entità", come sostenuto da Sunstein) arrecato ai beni costituzionalmente protetti di volta in volta coinvolti, "tarando" su queste basi i molteplici strumenti di tutela[316].

---

311 P.L. Petrillo, *L'Unesco non tutela la* techno*, ma meglio avere fake news che una verità assoluta*, in *Domani*, 2 aprile 2024

312 Precisazioni/integrazioni: alla base dell'errore non c'era una traduzione sbagliata in Italia (lo suggeriva Domani), ma in realtà sono stati proprio i giornali tedeschi, anche autorevoli, a dare a lungo la notizia sbagliata, non l'hanno capita o tradotta male i giornalisti italiani. L'UNESCO si è congratulata con la scelta sul suo sito web. Ciò non scusa (fonti originali).

313 P.L. Petrillo, *L'Unesco non tutela la* techno*, cit.* (corsivo mio)

314 V. *supra*, cap. I

315 V. *supra*, par. 2.2

316 V. *infra*, cap. conclusivo

Capitolo conclusivo – Come si autodefinisce una società democratica

1. Riannodare i fili

Si è voluto finora mostrare come il mondo dell'informazione non sia integralmente riconducibile al paradigma di mercato. Per certi versi, e limitatamente a certi "oggetti", la logica del "*free marketplace of ideas*" è calzante, e riflette la centralità del lato attivo della libertà di informare (riconducibile, come detto, nell'alveo dell'art. 21 Cost.); tale centralità tuttavia non si risolve in una "assolutezza" nella tutela del diritto, che deve invece sottostare, al pari di tutti gli altri diritti costituzionali, alle eventuali limitazioni derivanti dal bilanciamento con altri diritti costituzionalmente tutelati.

Per ripercorrere brevemente il percorso fin qui tracciato, e trarne delle considerazioni conclusive, può essere utile riepilogare i seguenti passaggi:

(i) Secondo il quadro delineato dalla Costituzione, su cui ha fatto chiarezza la Corte costituzionale[1], il diritto dell'informazione consta di due "facce": il diritto ad informare (lato "attivo") e il diritto ad essere informati (lato "passivo"). Posta la forte tutela che la forma di Stato democratica riserva alla libertà di informare, il contrasto alle *fake news* trova fondamento, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, nella configurabilità di un diritto ad essere correttamente informati (o a non essere disinformati), che giustificherebbe – secondo parte della dottrina – l'apposizione di alcune limitazioni al lato attivo del diritto dell'informazione. (cap. I, parr. 1-3).

(ii) Il diritto dell'informazione è in costante e rapida evoluzione negli ultimi decenni: prima l'avvento della televisione (che riveste ancora un ruolo di primo piano all'interno del Paese), poi quello di *internet*, hanno profondamente mutato il modo di produrre, diffondere e ricevere l'informazione. Sotto questo profilo, sintetizzando nella massima misura possibile, le nuove tecnologie incidono quantomeno su due aspetti: tramite la *targettizzazione* dell'informazione – che comporta il fenomeno delle ormai note "*filter bubbles*" –, operata sulla base di algoritmi non trasparenti, modificano profondamente i criteri e le modalità di creazione e diffusione delle notizie *(a)*, nonché affidano la regolamentazione editoriale dell'informazione *online* a grandi società private (anche note come "OTT", "*over the top*"), che perseguono (legittimamente) la finalità della massimizzazione del profitto pur nel contesto di apparente neutralità -e gratuità – della rete *(b)*. (cap. I, parr. 4-6)

[1] Sentenze del 13 maggio 1987, n. 153, e sentenza del 26 marzo 1993, n. 112 della Corte costituzionale

(iii) Una volta definito il contesto al cui interno il fenomeno delle *fake news* si è innestato, è necessario circoscrivere e definire il concetto stesso di "notizia falsa". Uno dei punti più discussi nel relativo dibattito riguarda l'identificazione delle *fake news* come fatto antico o fatto nuovo. Il punto di vista adottato in questo senso, condiviso dalla dottrina maggioritaria, è che si tratti di un fatto appartenente da secoli alla civiltà umana, che si manifesta però tramite mezzi radicalmente nuovi. Ciò comporta che la prospettiva assunta è quella per cui possa e debba affrontarsi il fenomeno tramite le categorie tradizionali del diritto costituzionale. In questo senso, il vero "fatto nuovo" non sono di certo le notizie false, quanto la commistione tra "produttore" e "consumatore" di notizie: nel *web* ciascuno può – quantomeno in via potenziale, o anche solo nei termini di una autopercezione soggettiva – farsi produttore e diffusore di informazione. Resta tuttavia complesso stabilire quale sia il confine – ammesso che un confine possa individuarsi – tra fatti e opinioni: il rischio, inaccettabile per uno Stato democratico, è quello della censura di pensieri e posizioni che soggetti, spesso in posizione minoritaria, legittimamente esprimono. Tenendo presente tutti i rischi e le cautele del caso[2], si assume l'angolo visuale proposto, tra gli altri, da G. Pitruzzella, secondo cui una distinzione tra "fatto" e "opinione" sia possibile[3], adottando però criteri stringenti e garantisti, e conservando un sano "scetticismo" sul punto. Da qui il tentativo di fornire una definizione di *fake news*, tentando di far fronte alle diverse insidie sottese: per "*fake news*" è da intendersi «l'asserzione/implicatura che P da parte di S è l'asserzione/implicatura di una *fake news* se e solo se: (i) tale asserzione/implicatura è fatta in modo da raggiungere un pubblico sufficientemente esteso; (ii) S crede di non avere evidenza sufficiente per P; (iii) l'asserzione/implicatura è fatta con l'intenzione di ingannare i propri destinatari o con un atteggiamento di indifferenza rispetto alla verità di P»[4] (cap. II, par. 1-5)

(iv) Posto che il fenomeno delle *fake news* sia – con tutte le cautele del caso – circoscrivibile, il passo successivo è individuare quali possano essere le strategie più adatte per contrastare la disinformazione, e quali siano i soggetti a cui tale compito è demandato. Da questo punto di vista, sono percorribili tre strade, tracciate da tre modelli regolamentativi differenti:

a) una regolamentazione "forte", interamente dettata dai pubblici poteri (un tentativo in questo senso è stato "abbozzato" dal d.d.l. Gambaro);
b) l'adozione di una postura più "defilata" da parte del decisore pubblico, che non preveda, ad esempio, una responsabilità di tipo editoriale in capo alle piattaforme private, e tenda a lasciare libero "corso" al cd. "*free marketplace of ideas*" e ai tentativi di

---

[2] Ben mostrate dal dibattito filosofico-politico sul punto, si rinvia per una ricostruzione a D. Marconi, *Per la verità*, *cit.*, cfr. *supra*, cap. II, par. 3

[3] G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di* internet, in *op. cit.*

[4] Secondo la definizione offerta da T. Piazza, M. Croce*, Epistemologia*, *cit.*, 449, già riportata *supra*, cap. II, par. 5

autoregolamentazione avanzati dai privati (sulla scia del modello americano, che è tuttavia in evoluzione ed impone la realizzazione di alcuni distinguo);

c) l'opzione per una regolamentazione "mista", che si fondi su una collaborazione tra pubblico e privato (è la strada percorsa dall'Unione Europea col *Digital Service Act*). (cap. II, par. 6-9)

(v) Un punto di vista diverso per analizzare la diffusione del falso ed ipotizzare delle strategie di contrasto è quello che legge il fenomeno a partire non tanto dalla contrapposizione tra confliggenti pretese soggettive – su cui la dottrina si è maggiormente concentrata –, ovvero tra la libertà di informare e il diritto ad essere informati, bensì dagli oggetti (beni costituzionalmente protetti) coinvolti dalla circolazione delle (diverse) notizie false. Il punto di partenza di una tale prospettiva è duplice:

a) non tutti i falsi sono uguali; alcuni sono meritevoli di una tutela "forte", altri meno, altri sono addirittura "salutari" per una democrazia;

b) in un tempo in cui i media tradizionali, al pari di tutti i corpi intermedi, sono in crisi, la prospettiva soggettivistica, storicamente fondata sulla rivendicazione collettiva dei diritti, non risulta più adatta a indagare da sola un fenomeno così complesso e variegato.

Per assumere una tale prospettiva è proficuo prendere in esame il punto di vista dell'"uguaglianza complessa" di Michael Walzer, secondo cui il criterio del libero mercato non può regolare in maniera indifferenziata tutti gli ambiti della società umana; in base ai beni giuridicamente rilevanti di volta in volta coinvolti, è necessario ipotizzare un criterio di distribuzione dei beni stessi intrinseco e differenziato[5]. A tale ottica si affianca quella di Cass R. Sunstein, secondo cui il contrasto alle notizie false va' "tarato" caso per caso sulla base del danno causato dalla diffusione della *fake news* e del dolo in capo alla diffusione della notizia[6]. Una tale prospettiva consente di entrare nella "complessità" del fenomeno delle *fake news*, rendendo possibile una differenziazione per ambiti, a partire da casi concreti. (cap. III)

2. Qualificare gli oggetti: pregi e insidie della visione oggettivistica

Un'indagine del diritto dell'informazione che si concentri sulle strategie di contrasto alla diffusione del falso informativo a partire dagli oggetti (che consiste di fatto in un concreto "azionamento" della teoria del bene costituzionalmente protetto con riferimento non tanto al singolo diritto soggettivo, quanto alle logiche distributive che sottostanno alla diffusione dell'informazione) mostra come, in casi specifici e

[5] M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, che individua quantomeno tre criteri di distribuzione dei beni sociali: libero mercato, merito, bisogno (v. *supra*, cap. III, par. 3)

[6] C.R. Sunstein, Liars, *cit.*, v. *supra*, cap. III, par. 4

opportunamente "differenziati"[7], una limitazione del lato attivo del diritto dell'informazione – la cd. "libertà di informare" – sia giustificabile, e per certi versi necessaria. Tuttavia, perché ciò possa concretizzarsi, bisogna rispondere quantomeno a due interrogativi:

(i) Qual è il soggetto deputato a qualificare gli oggetti? La prospettiva oggettivistica fornisce degli spunti sul "come" regolare, ma è necessario tuttavia individuare "chi" sia chiamato ad attuare tale regolamentazione[8];

(ii) Alla "complessità" degli oggetti fa da contraltare una parimenti variegata "complessità" degli strumenti di tutela, che obbliga a utilizzare strumenti digitali (inevitabilmente gestiti da soggetti privati) per contrastare adeguatamente il proliferare di notizie false[9].

2.1 Regolare il falso, questione di competenza dei pubblici poteri?

La dottrina che si è cimentata sul tema della regolamentazione del falso con riferimento alle peculiarità del contesto digitale è pressoché unanime nel ritenere che ci si trova di fronte a un bivio: lasciare il mondo di *internet* privo di regole eteronome, imposte cioè da soggetti esterni rispetto agli attori (tendenzialmente privati) che vi operano, oppure «estendere a *internet* la logica dello Stato di diritto sottoponendolo a regole di garanzia delle nostre libertà»[10]. Si sono pertanto avanzate diverse argomentazioni "pro" e "contro" la mozione secondo cui l'informazione *online* debba essere regolata dai pubblici poteri, le quali rispecchiano visioni filosofiche e culturali differenti rispetto al ruolo dell'informazione (e della ricerca verità, con la "v" minuscola) all'interno di una società democratica.

I sostenitori di una visione contraria, o quantomeno fortemente scettica, rispetto all'intervento dei pubblici poteri sul punto prendono le mosse da una visione filosofico-culturale che nutre una certa fiducia verso la capacità di autoregolazione dei soggetti privati[11].

---

[7] M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*

[8] Se ne è parlato in parte *supra*, cap. II, par. 6-9

[9] È di questo avviso anche M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche di mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, 1/2017, 34

[10] G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di* internet, in *op. cit.*, 44*; Sono dello stesso avviso, pur arrivando ad esiti parzialmente diversi, tra gli altri, anche S. Foà, *Pubblici poteri e contrasto alle* fake news. *Verso l'effettività dei diritti aletici?*, in *Federalismi*, 11/2020, 258, O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di* Internet, in *MediaLaws*, 1/2018, 28 ss.; C. Pinelli, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws*, 4/2019, 6, V. Pampanin, *I nuovi protagonisti del mondo digitale tra neutralità della Rete e accesso all'informazione*, in *Informatica e diritto*, 1-2(26)/2017, 256 ss.; G. Matucci, *Informazione* online *e dovere di solidarietà. Le* fake news *fra educazione e responsabilità*, in Rivista AIC, 1/2018, 6 ss.; M. Cavino, *Il triceratopo di Spielberg.* Fake news*, diritto e politica*, in *Federalismi*, 11/2020, 40; C. Magnani, *Finché ci sono* fake news *c'è speranza*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, 1 ss.; P. Bonini, *L'autoregolamentazione dei principali* Social Network. *Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in Federalismi, 11/2020, 265 ss.; M. Bassini, *Libertà di espressione e* social network, *tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di Informatica e diritto*, 2/2021 M.E. Bucalo, *La libertà di espressione nell'era dei* social network *fra* content moderation *e necessità di una regolazione flessibile*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2023, 143 ss.

[11] C. Pinelli, *"Postverità"*, *cit.*, 6

Tra gli argomenti a sostegno di tale posizione, vi è il fatto che la regolamentazione del fenomeno richiede un'applicazione su scala globale, che solo gli OTT riescono a garantire[12]. Il diritto internazionale – per non parlare della legislazione dei singoli Stati – non sarebbe adatto, sia per questioni di effettività, che poiché si riscontrerebbero diversi Stati *free rider*, che rifiuterebbero cioè di sottostare alla disciplina internazionalistica[13].

C'è poi il tema della rapidità delle decisioni: interventi esterni, adottati con le tempistiche e le garanzie proprie del diritto pubblico, arriverebbero inevitabilmente in ritardo rispetto alla velocità e alla pervasività con cui le notizie si diffondono sui *social network*[14]. Una regolamentazione privata sarebbe pertanto più efficace, in quanto gli stessi gestori delle piattaforme che diffondono le notizie potrebbero, intervenendo sull'algoritmo secondo cui le notizie circolano o basandosi su un sistema di segnalazione degli stessi utenti, rimuovere le notizie ritenute false in tempi celeri.

Una posizione contraria all'intervento regolatorio dei poteri pubblici si fonda altresì sul rifiuto dei cd. "diritti aletici"[15], tra cui il diritto ad essere correttamente informati, in quanto propri di uno Stato paternalista[16]. Ci sarebbe, insomma, una sorta di incompatibilità tra la concezione liberale della libertà di espressione e la pretesa da parte dei poteri pubblici di «emendare la sfera pubblica comunicativa da elementi inquinanti»[17]. Si ritiene, inoltre, che il problema del falso sia sempre esistito, per cui non trovano giustificazioni discipline speciali per il *web*; lo dimostra il fatto che il binomio populismo-nuove tecnologie risulterebbe fallace, in quanto la spettacolarizzazione della politica e l'esacerbazione del dibattito pubblico ben precedono l'avvento dei *social network*[18].

Tali posizioni affondano le radici nella tradizione di pensiero che intende la democrazia come "prodotto dell'autonomia individuale", che mal si concilia con qualsiasi idea di verità[19].

Un ulteriore argomento in questo senso – a dire il vero un po' generico – è che una regolamentazione troppo stringente fungerebbe da freno all'innovazione tecnologica in costante e rapido progresso: norme eteronome risulterebbero anacronistiche ed obsolete[20].

Risulta invece astrattamente favorevole a un intervento pubblico, ma notandone gli effetti distorsivi quando quest'ultimo si traduce in una previsione di responsabilità per le piattaforme, O. Pollicino[21], secondo cui la previsione da parte degli Stati di un regime di responsabilità (editoriale o para-editoriale) a

---

12 G. Matucci, *Informazione* online, *cit.*, 7
13 C. Pinelli, *"Postverità"*, *cit.*, 7
14 V. Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network*: un'analisi economica*, in *MediaLaws*, 2/2018, 208
15 Per una ricostruzione sul punto si rinvia a S. Foà, *Pubblici poteri e contrasto alle* fake news, *cit.*
16 C. Magnani, *Finché ci sono* fake news, *cit.*, 7
17 *Ibidem*, 8
18 *Ibidem*
19 *Ibidem*
20 M.E. Bucalo, *La libertà di espressione*, *cit.*, 168
21 O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale*, *cit.*, 29

carico delle piattaforme digitali comporterebbe il rischio di un incremento della cd. "*collateral censorship*"[22], ovvero della censura privata realizzata dalle stesse piattaforme[23]. La previsione di sanzioni conseguenti alla pubblicazione, o alla permanenza consapevole[24], di notizie false al proprio interno «rischia di alimentare una vera e propria corsa al ribasso nell'attività di moderazione che implicherebbe una tendenza alla rimozione nel timore di incorrere in responsabilità»[25]. Ciascuna piattaforma «assurgerebbe a una sorta di censore privato, tramutandosi verosimilmente in un soggetto che esercita una responsabilità editoriale, elemento che contraddistingue di norma i soggetti che operano, all'opposto, come fornitori di contenuti»[26]. Si rivela così tuttavia – ed è un argomento per certi versi favorevole a un intervento dei pubblici poteri che non si risolva però nella previsione di una responsabilità editoriale o para-editoriale in capo ai *provider* – l'inadeguatezza di attori legittimamente volti alla ricerca del profitto nel rivestire ruoli di rilevanza pubblica, cruciali per il corretto funzionamento di una democrazia.

Chi invece si schiera a favore della mozione precedentemente proposta, sostenendo pertanto che i pubblici poteri debbano intervenire nell'ambito della regolamentazione del falso all'interno dei nuovi *media*, prende le mosse da una visione filosofico-culturale che vede la sua origine nella diffidenza del costituzionalismo liberale nei confronti dell'accentramento del potere[27]. Le Costituzioni nascono come strumenti di limitazione del potere, e hanno interamente valenza prescrittiva[28]: sono ontologicamente in opposizione con le concentrazioni di potere[29], ancor più se privato, ovvero non soggetto al sistema di pesi e contrappesi che caratterizza e limita l'attività dei pubblici poteri.

Tra i fautori delle suddette posizioni, è stato fatto notare come sia ravvisabile un legame tra libertà di manifestazione del pensiero e forma di Stato democratico; quest'ultimo non può ammettere *tout court* la diffusione del falso[30]. Una democrazia che accetti passivamente e acriticamente il falso rischia di trasformarsi in una falsa democrazia. Le democrazie si basano sull'affidamento, cioè sulla fiducia che ciò che appare corrisponda alla realtà[31]. La capacità dei cittadini di scegliere i propri governanti, il controllo del potere politico e la competizione tra i partiti per il governo presuppongono cioè che i cittadini possano

---

22 Sul concetto di censura si rinvia, tra gli altri, a S. Fois, *Censura*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1960, 718 ss.; F. Rigano, *Informazione e censura*, in M. Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Giappichelli, Torino, 2005, 53 ss.

23 Come sostenuto da J. Balkin, *Free speech and hostile environments*, in *Columbia Law Review*, 8(99)/1999

24 F. Di Ciommo, *Responsabilità dell'*Internet Hosting Provider, commento a Cass. Sez. V n. 54946 del 17 aprile 2016, che punisce il legale rappresentante della società che gestisce un sito *internet* che ospita messaggi pubblicati direttamente dagli utenti, qualora li mantenga consapevolmente pubblicati al proprio interno; cfr. anche O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale*: ruolo e responsabilità degli Internet service provider, in *Giurcost*, 2014 spec. 13 e 27

25 O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale*, *cit.*, 29

26 *Ibidem*

27 C. Pinelli, *Postverità*, *cit.*, 7

28 Cfr. a riguardo M. Fioravanti, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009

29 Sul tema, relativamente alle concentrazioni di potere nel contesto della rete, si rinvia a F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli , 2022

30 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, *cit.*

31 Sono note a riguardo le osservazioni di H. Arendt, *Politica e menzogna*, *cit.*

fidarsi della veridicità di ciò che viene detto e fatto dai politici. Riflettendo su questi temi, P. Haberle ritiene che lo Stato costituzionale si basi sulla ricerca della "verità", intesa non come unica verità assoluta, dato il pluralismo che segna le società contemporanee, ma come processo di ricerca pubblica in cui si confrontano idee diverse per giungere alla verità[32]. Il confronto tra idee – a differenza di quanto sostenuto dai fautori di un puro "*free marketplace of ideas*" – non è soltanto un valore, né una finalità in sé stesso. Nonostante l'umanità possa fallire e errare nel cercare la verità, questo non significa che la verità debba essere considerata irrilevante giuridicamente. Dopo l'esperienza dei regimi totalitari, lo Stato costituzionale non può rinunciare alla verità come valore costituzionale. L'idea, di matrice hobbesiana, che "l'autorità, non la verità, crei la legge" non riflette la realtà degli Stati costituzionali[33]. I poteri pubblici, in questo senso, non potrebbero restare indifferenti al tema della menzogna.

Anche aderendo alla visione – cui si è già in parte fatto cenno[34] – proposta dall'analisi economica del diritto, un intervento pubblico appare ineludibile, nonché vantaggioso anche per le stesse piattaforme private[35].

La diffusione di notizie false è assimilabile alle strategie comunicative di certe aziende che invogliano i consumatori ad acquistare un determinato bene o servizio a costi in prima battuta molto bassi, per poi dover far fronte a una spesa ben più cospicua nel lungo periodo. In un caso del genere, per evitare abusi e storture, il tipico rimedio è quello di un intervento *antitrust* che vieti pratiche del genere[36]. Ciò, come fatto notare dall'economista inglese R. Coase[37], nell'ambito della circolazione delle notizie non sarebbe però possibile, a detta delle opinioni dottrinali prevalenti, proprio per la stringente tutela da accordare al libero mercato delle idee. Sta alla base di questa convinzione la (erronea?) opinione che in quest'ambito il cittadino sia l'unica persona in grado di realizzare valutazioni nel suo stesso interesse. A detta di Coase[38], tuttavia, «è un paradosso ritenere che l'intervento pubblico sia inutile e sbagliato nel mercato delle idee

---

[32] Secondo alcuni autori, tuttavia, non è detto che sia possibile giungere a un'unica "verità" unanimemente riconosciuta, o a un interesse generale trascendente e riconosciuto da tutti i cittadini; esistono invece interessi di gruppo, differenti e a volte confliggenti, e sta alle parti politiche in gioco trovare un compromesso (in senso alto) tra le varie posizioni. La democrazia in questo senso consisterebbe proprio nella realizzazione del confronto, anche aspro e conflittuale (ma che presuppone un previo "accordo" sulla verità dei fatti) tra le parti in gioco. Si v. in tal senso H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia (1920)*, in H. Kelsen, *La Democrazia*, Bologna, 1998, 68; sul carattere conflittuale della democrazia, si v. ancora P. Costa, *Democrazia e conflitti*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2/2019, 27 ss.; C. Mouffe, *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007; A. O. Hirschman, A. Perulli, *I conflitti come pilastri della società democratica a economia di mercato*, in *Stato e mercato*, 4/1994, 133 ss.; G. Azzariti, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Alternative per il socialismo*, 6-1/2012-13, 2013, 63 ss.; N. Urbinati, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Laterza, Roma-Bari, 2021. La stessa Costituzione è frutto di un compromesso: sul punto si rinvia, per tutti, a M. Fioravanti*, Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sull'attuazione della Costituzione repubblicana*, in *Astrid*, 2-3/2018;

[33] P. Haberle, *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2000, 105

[34] Cfr. *supra*, cap. III, par. 3, in particolare nota n. 78 per una lettura del malfunzionamento del *free marketplace of ideas* come fallimento del mercato

[35] V. *infra*, par. 2.2

[36] V. Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 203

[37] R. Coase, *The market of goods and the market of ideas, in American Economic Review*, 2(64)/1974, 384 ss.

[38] *Ibidem*

ma desiderabile in quello dei beni e servizi». In entrambi i casi infatti i due differenti mercati, «pur essendo soggetti a rischi di opportunismo o di decisioni interessate da parte dei regolatori, richiedono misure *ad hoc* se si è in presenza di fallimenti di mercato[39], in special modo se, come nel nostro caso, le distorsioni sono dovute ad asimmetria informativa»[40]. Pertanto, pur operando tutte le cautele legate alla tutela della libertà di informare (e dunque non ponendo su uno stesso piano il mercato dei beni e quello delle idee), un intervento pubblico sarebbe auspicabile. Tuttavia, con riferimento al mercato delle informazioni, oltre a esporsi a rischi di censura e a critiche di adesione a un certo paternalismo, gli interventi *antitrust* sul lato dell'offerta potrebbero non essere sufficienti[41]: per evitare un fallimento del mercato sarà necessario infatti che l'intervento dei pubblici poteri si concentri primariamente sul lato della domanda di notizie, ovvero di chi le informazioni le riceve, non in senso impositivo, ma nella massima tutela della libertà di coscienza e di formazione del pensiero e della volontà di cui è titolare ciascun individuo.

È stato altresì fatto notare come la Corte costituzionale abbia ritenuto apertamente estranea la censura privata al nostro ordinamento giuridico, in contrasto con ogni forma di *laissez faire* sul punto, e rifacendosi alla matrice pubblicistica della regolamentazione sulla libertà di espressione, nonché del bilanciamento degli interessi in gioco[42].

Un altro argomento favorevole a un intervento dei pubblici poteri proviene dalla prospettiva che inquadra la libertà di informazione tra i diritti sociali[43], o comunque quale presupposto indefettibile per rendere effettivi i diritti del singolo in quanto tale e in quanto inserito all'interno di formazioni sociali[44]; in quest'ottica, può farsi notare come unicamente lo Stato possa garantire universalità e neutralità nella garanzia della libertà di informazione; solo al decisore pubblico può cioè chiedersi di intervenire al fine di garantire parità e pluralismo nell'accesso all'informazione. Ciò, di riflesso, sarebbe anche una ricaduta dell'art. 3 co. 2 Cost.: «è compito della Repubblica» – e non certo dei privati – farsi carico della rimozione degli «ostacoli» che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»[45]. Se l'informazione viene annoverata tra i diritti sociali, va' tenuto in conto che il compito di realizzare lo Stato sociale costituisce una prerogativa squisitamente pubblica.

In questo senso, un altro argomento che si oppone alla "ritirata" del pubblico dalla questione è il fatto che le piattaforme digitali sono connotate da una triplice natura: sono al contempo operatori economici, operatori della comunicazione, e «spazio sociale e quindi politico»[46]: una regolamentazione delle

---

39 Cfr. *supra*, cap. III, par. 3, in particolare nota n. 78
40 V. Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 203
41 *Ibidem*, 205
42 S. Foà, *Pubblici poteri e contrasto alle* fake news, *cit.*, 261
43 Corte Edu, GC, 25.11.99, ric. 23118/93, Nilsen c. Norvegia, 25.11.99
44 A. Cortesi Gay, *L'informazione, un diritto del cittadino*, Franco Angeli, Milano, 1997
45 Art. 3 co. 2 Cost.
46 P. Bonini, *L'autoregolamentazione dei principali* Social Network, *cit.*, 268

piattaforme serve a gestire l'impatto delle stesse sulla dinamica democratica della società e sulla stessa struttura istituzionale degli Stati contemporanei, prerogativa prettamente pubblicistica.

Hanno tuttavia riscontrato critiche non solo le proposte di legge[47] e le posizioni dottrinali[48] che si sono espresse a favore di un intervento pubblico "forte", ma anche la posizione che propone «l'introduzione di Istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente, su richiesta di par- te e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana»[49]. Il paradosso sembra insuperabile: se da lato un intervento pubblico sul punto appare necessario, allo stesso tempo questo si trova a dover limitare la libertà che più di tutte ha segnato il passaggio dallo Stato autoritario allo Stato democratico. Il punto sta nel limitare l'intervento pubblico, circoscriverne puntualmente i confini e gli ambiti di competenza, "circondando" la libertà di espressione di apposite garanzie. In questo senso, sempre sul fronte di chi è favorevole a un intervento pubblico, c'è chi pone l'accento sulla riserva di giurisdizione in tema di libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.: il sequestro della stampa può avvenire soltanto tramite provvedimento dell'autorità giudiziaria[50]; da ciò potrebbe evincersi – in un contesto in cui i mezzi di diffusione dell'informazione sono profondamente mutati – che le limitazioni *tout court* alla libertà di espressione siano soggette a riserva di giurisdizione, e non sia pertanto ammesso il ricorso ad autorità amministrative. Il contrasto alla disinformazione *online*, tuttavia, richiede una certa celerità, nonché deve estendersi su un raggio d'azione particolarmente vasto[51]. Se alcuni Autori sostengono che non vi sia alcuna soluzione giuridica alla questione, che sarebbe da rimandare interamente ad interventi di matrice culturale e sociale[52], c'è tuttavia chi ritiene – anche per i suddetti motivi di "efficienza" – che una regolamentazione che rifletta sia il frutto di una "alleanza" tra pubblico e privato sia l'unica soluzione percorribile[53]. Rimandando a quanto già osservato circa i "rapporti di forza" tra soggetti pubblici e privati nell'ambito della previsione di una

---

47 Su tutte il d.d.l. Gambaro, v. *supra*, cap. II, par. 5

48 N. Zanon, Fake news *e diffusione dei* social media*: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 2017

49 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, 45 (Media Laws)

50 A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 113; E. Lehner, Fake news *e democrazia*, in *Media Laws*, 1/2019, 95

51 È stato fatto notare che, rispetto alla celerità di *internet*, apparivano «*too big, too slow and too geographically and techincally limitated to regulate a global citizenry's fleeting interatcion over mercurial medium*» (J. Boyle, *Foucalt in cyberspace: surveillance, sovereignty and hardwired censors*, in *University of Cincinnati Law Review*, 66/1997, 177; ciò tuttavia non vuol dire che, nonostante la "artificialità" del territorio su cui agisce *internet*, debba rinunciarsi all'affermazione della sovranità statale, cfr. sul punto M. Betzu, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 20

52 M. Cavino, *Il triceratopo di Spielberg*, *cit.*, 40; A. Sciortino, Fake news *e post verità nella società dell'algoritmo*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021, 436, G. Matucci, *Informazione* online, *cit.*, 25 ss.; "approccio graduale e comprensivo" di C. Pinelli, *"Post verità"*, *cit.*, 47

53 Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 208; M. Cuniberti, M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, *cit.*, 37-38, pone il problema anche in relazione a chi (e come) debba operare la distinzione tra informazione professionale e non

disciplina regolatoria condivisa[54], sempre con riferimento all'analisi economica del diritto una strategia di tal genere potrebbe rivelarsi rispettosa degli stessi meccanismi di mercato. Se, come detto, il decisore pubblico ha costitutivamente il compito di regolare un fenomeno dalle così varie e profonde ricadute sociali e democratiche, anche le agenzie pubblicitarie che operano sui *media* digitali – seppur per ragioni diverse – nutrono una forte preoccupazione per il proliferare delle *fake news*: il timore, evidenziato da diversi studi di settore[55], è che «la loro presenza pervasiva riduca di molto l'efficacia e la rilevanza (per l'utente) delle inserzioni pubblicitarie *contextual display*[56] mostrate sui siti che le pubblicano, con il rischio di un circolo vizioso che vede sempre più *fake news* pubblicate, associate ad una sempre più bassa rilevanza delle inserzioni mostrate»[57].

2.2 Una risposta "differenziata" (rinvio)

Il punto di vista adottato guarda alla diffusione delle *fake news* a partire dagli oggetti, ovvero dalle informazioni stesse, e non dai diritti soggettivi coinvolti. L'esito di una tale prospettiva – come si è visto – sfocia in una differenziazione delle notizie: se non tutti i falsi sono uguali, analogamente non può pensarsi ad un'unica tipologia di risposta regolatoria. Anche gli strumenti di contrasto alla disinformazione, in questo senso, andrebbero opportunamente differenziati.

Prendendo in esame per punti le varie misure ipotizzabili, quello della repressione penale appare uno strumento «sproporzionato e pericoloso»[58]; in un ordinamento democratico la sanzione penale costituisce l'*extrema ratio*, ovvero lo strumento a cui il potere pubblico è costretto a ricorrere in caso di assenza di altri deterrenti, senza contare che si rischierebbe di minare gli stessi fondamenti dello Stato democratico, che riconosce il «diritto di sbagliare» o di esprimere posizioni anche minoritarie o "eretiche", e rigetta qualsiasi tipo di verità di Stato[59]. A scoraggiare l'utilizzo della sanzione penale concorre altresì un elemento di efficacia: vista l'enorme mole di notizie che circolano sul *web*, nonché l'estrema velocità con cui vengono condivise, i tempi del rimedio penalistico risultano inadatti e anacronistici (per quanto non si ritenga debba abdicarsi acriticamente al rispetto delle garanzie che il procedimento penale prevede). Diverso è certamente il caso in cui la diffusione di determinate notizie integri una fattispecie di reato,

---

54 V. *supra*, cap. II, par. 4 ss.

55 Come fatto notare da Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 185-186, sul *web* la distinzione tra informazione tout court e informazione pubblicitaria è parecchio sfumata; l'obiettivo degli inserzionisti, tuttavia, non è quello di ingannare gli utenti, pena un calo di credibilità. Fa riflettere, in questo senso, il fatto che l'algoritmo di profilazione sulla cui base "circola" l'informazione online sia il medesimo che veicola anche i contenuti pubblicitari.

56 Si tratta delle pubblicità "contestuali" all'utilizzo di un servizio, come avviene accedendo a prodotti su *social network* come su Facebook o su Youtube

57 Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 186

58 M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 86

59 *Ibidem*

quale diffamazione, calunnia, apologia di delitto, istigazione a delinquere. Tutto ciò che è vietato fuori dalla rete è infatti vietato anche in rete[60].

Un altro strumento possibile è quello del ricorso a *fact-checker* indipendenti, che controllano, solitamente a stretto giro, la veridicità delle informazioni; anche in questo caso però sono stati evidenziati non pochi ostacoli: su quale base viene scelto l'intermediario che controlla le notizie? Chi ne assicura l'indipendenza? E chi terzietà e l'omogeneità dei criteri utilizzati?[61] E inoltre, come si concilia con la *net neutrality*[62]?

Beninteso, l'attività di controllo delle notizie da parte di diverse agenzie di informazione indipendenti costituisce spesso uno strumento che concorre al buon funzionamento dell'informazione in un contesto democratico e plurale[63], tuttavia, va' ricordato che anch'essa si concretizza in una diffusione di (contro)informazioni che "competono" nel *freemarketplace of ideas* (magari con la "spinta" degli algoritmi di profilazione utilizzati dalle piattaforme private), senza alcun valore costrittivo[64]. Non può insomma pensarsi di affidare per intero la risoluzione della problematica – che, come detto, porta con sé connaturati risvolti pubblicistici – a una (pur lodevole e necessaria) attività di contro-informazione.

Relativamente ai rimedi posti in essere dalle stesse piattaforme, nella logica del rafforzamento dell'«alleanza tra tutti i soggetti che hanno interesse a combattere le *fake news*»[65], un'ulteriore ipotesi di cui si discute in dottrina[66] (e in parte viene attuata da alcuni *social network)* è quella del ricorso alle cd. "*whitelist*", ovvero all'assegnazione di un "bollino" di attendibilità a tutti quei siti *web* che si sono dimostrati sufficientemente attendibili nella proposizione di informazioni non false, nonché nella vendita di prodotti non contraffatti[67]. Interventi di tal genere sono caldeggiati sia dalle agenzie pubblicitarie che operano sui *media* digitali[68], che, quantomeno in ambito statunitense, dai pubblici poteri: già nel 2018 il Department of State, in accordo col Department of Defense, ha ufficializzato il versamento di 40 milioni di euro al Department of State's Global Engagement Center per finanziare iniziative pubbliche e private contro la

---

60 Fa notare M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 86, che «vale anche il contrario», e dunque «va ricordato che l'ordinamento non punisce [penalmente] le false notizie (le cc.dd. bufale) "fuori rete" in quanto tali»

61 Cfr. sul punto M. Bassini, Fake news, *perché non è un lavoro da spazzini (del* web*)*, in *MediaLaws*, 1/2017, 2

62 G. Matucci, *Informazione* online *e dovere di solidarietà*, *cit.*, 29

63 Si pensi alle verifiche sulle *fake news* in ambito bellico (cfr. M. Mezzanotte, Fake news, deepfake *e sovranità digitale nei periodi bellici*, in *Federalismi*, 33/2022, 44 ss.), o al prezioso lavoro svolto nel contesto italiano dal sito di *fact-checking* politico "Pagella Politica" (cfr. www.pagellapolitica.it)

64 Prospettiva contraria alla prospettiva di una censura privata, ovvero di casi in cui tali a contro-informazioni segua un oscuramento delle notizie, v. *supra* (a meno che i *social network* non operino oscuramenti sulla base del *fact-checking*)

65 V. Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 208

66 *Ibidem*

67 Convince meno in questo senso l'ipotesi "speculare" del ricorso alle cd. "*blacklist*", ovvero a bollini di "sfiducia" nei confronti di un determinato sito, sia – a livello teorico – per la riconducibilità dell'operazione all'art. 21 Cost., che – a livello pratico – in quanto i siti che diffondono notizie false cambiano spesso e in maniera repentina nome o dominio (cfr. a riguardo Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 208)

68 V. *supra*, par. 2.1

disinformazione e la propaganda ingannevole proveniente da Stati esteri[69], tra cui rientra il rilascio del "bollino" di attendibilità da parte delle piattaforme.

Un'ulteriore proposta è quella di obbligare i *social network* a ospitare una smentita o rettifica da parte di altri utenti. La convinzione che sta alla base di tale posizione è che la notizia falsa non vada rimossa, sia per evitare rischi di censura, che per motivi di efficacia: un atteggiamento dialogico e argomentativo, oltre che più rispettoso dei diritti dei soggetti coinvolti, raggiungerebbe anche risultati più efficienti in termini di contrasto alla disinformazione[70]. Si tratterebbe, di fatto, di estendere a tutti i "produttori" di notizie l'obbligo previsto soltanto per i giornalisti dall'art. 2 co. 2 l. n. 69/2013[71]. Ciò pone però un ulteriore interrogativo: «quando la notizia è "rimbalzata" dal sito di originaria pubblicazione ad un circuito comunicativo circoscritto a chi liberamente abbia aderito alle sue regole è possibile ed è lecito impedire a dei privati di scambiarsi bufale?»[72]. I soggetti che producono e ricevono informazioni sulle piattaforme digitali sottoscrivono infatti "termini e condizioni" proposti da soggetti privati, in linea con la propria autonomia privata. L'adesione all'agorà dove si scambiano notizie e opinioni viene contrattualizzata[73]: lo Stato può intervenire, "forzando" l'autonomia contrattuale privata?[74]

3. Una questione squisitamente pubblicistica: lo iato tra democrazia della comunicazione e aristocrazia della conoscenza

3.1 Il rapporto tra democrazia e conoscenza

Le soluzioni regolamentative sono molteplici, e si differenziano sotto diversi aspetti (su tutti: l'"invasività" dell'intervento regolatorio limitativo del lato attivo della libertà di informare, e l'individuazione dei soggetti deputati ad adottare tali misure). Tuttavia, nessuna di queste pare adatta – se presa singolarmente – a fornire soluzioni pienamente soddisfacenti. Se un modello che ricalca un *free market place of ideas* puro lascia perplessi[75], non può dirsi diversamente – seppur in misura minore e sotto altri profili – per tutti quei modelli che si concretizzano in delle (pur fondate) "forzature" del pluralismo. Come a dire, la democrazia è intrinsecamente relativistica, non assolutistica, per cui, seppur appaiano necessari interventi

---

[69] U.S. Department of State, *State-Defense Cooperation on Global Engagement Center Programs and Creation of the Information Access Fund to Counter State-Sponsored Disinformation*, consultabile *online* su https://2017-2021.state.gov

[70] Se ne è parlato supra, cap. III, par. 4 con riferimento alle posizioni di C.R. Sunstein

[71] M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 90

[72] *Ibidem*

[73] A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020

[74] Detto altrimenti, la questione ha una ineludibile rilevanza di carattere pubblicistico? V. *infra*, par. 3

[75] V. *supra*, cap. III, par. 3, sulla "parzialità" del criterio del libero mercato secondo la teoria di M. Walzer

che limitino la libertà di informare in accordo al bilanciamento tra beni costituzionalmente protetti, una democrazia che imponesse (o che investisse soggetti del potere di imporre) una verità o un valore assoluto cesserebbe di essere una democrazia[76]. Gli unici valori che la democrazia può difendere sono quelli su cui essa stessa si basa: il rispetto dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza tra gli uomini, nonché il rispetto delle procedure costituzionali di partecipazione alla vita politica nel segno dell'uguaglianza. Per il resto, «la democrazia deve credere in sé stessa»[77]. Non può darsi un intervento normativo cui si affidi *in toto* il compito (o la pretesa) di risolvere alla radice il problema del "vero" in una democrazia, pena lo strabordare dai principi della pratica democratica.

La questione assume aspetti per certi versi paradossali se la si legge dal punto di vista del rapporto individuo-comunità: se nella società contemporanea con riferimento ai singoli "relativismo" spesso coincide con "nichilismo", e costituisce cioè una perdita di valore e di capacità di discernimento, per la comunità democratica vale una regola opposta: il suo relativismo è "condizione necessaria" per la democrazia, perché consiste nello spazio in cui tutti possono far valere i propri valori, interessi, punti di vista. Se però tale "contenitore" viene "riempito" con posizioni soggettive votate allo scetticismo o al nichilismo, ecco che il "contenitore" stesso rischia di "rompersi". E in fondo, secondo una posizione soggettivamente nichilista, tra democrazia e autocrazia non ci sarebbe alcuna differenza[78].

In questo senso la questione intercetta il tema della "conoscenza" (o per certi versi anche della "coscienza"): conoscere è condizione indefettibile per deliberare[79]. La democrazia è discussione, ragionamento comune[80]. Una società che sia in grado di definirsi democraticamente è una società che conosce (non intendendo la conoscenza in senso tecnico o nozionistico), e che dunque è in grado di confrontarsi, esprimersi, deliberare. Il punto di vista di un tale ragionamento non si esaurisce in un "obbligo di verità" da parte di chi informa o comunica, bensì si concretizza nella "postura" democratica di chi le notizie le riceve. E in tale passaggio si insinua nuovamente il paradosso: tale "postura" non può essere oggetto di propaganda da parte dei sostenitori della democrazia, né tantomeno può essere da questi

---

[76] G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007

[77] *Ibidem*

[78] *Ibidem*

[79] La politica della post-verità capovolge questo schema: «La post-verità spinge il cittadino-elettore a capovolgere il suo normale processo di scelta politica. Se sono un elettore razionale, cerco prima di pesare le evidenze che mi arrivano dalle informazioni reali sul mondo (fase descrittiva), per poi sviluppare la mia posizione rispetto all'offerta politica (fase normativa, che implica la creazione di un'idea su come le cose dovrebbero andare). Nel mondo della post-verità, invece, gli elettori sono spinti direttamente ad apparentarsi ad uno schieramento politico, per poi scegliere i fatti che lo confermano, ignorando quelli che lo mettono in dubbio (distorsione della fase descrittiva). Un altro modo di vedere il problema è che la post-verità orienta i cittadini ad utilizzare in politica il loro lato emotivo (sistema 2) e ad escludere quello razionale. […] Nella nostra mente la familiarità si associa con la verità». V. Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 203-204

[80] Platone, *Apologia di Socrate*, Marsilio, Padova, 1993

ultimi imposta: la democrazia depone ogni strumento di pressione, scegliendo invece l'opzione del dialogo libero e paritario[81].

Ciò tuttavia può sembrare a prima vista contraddittorio: mentre nell'ambito delle procedure democratiche conta la "quantità" di voti favorevoli o contrari a una decisione, con riferimento alla conoscenza a contare è la "qualità", ovvero la fondatezza e l'ampiezza dei principi che permettono la formazione del convincimento individuale. Pertanto, astrattamente «niente è […] meno "meritocratico" della democrazia, chiunque vale "uno", così come niente è meno "democratico" del merito»[82]. Tuttavia, tra conoscenza e democrazia non c'è una frattura. Una democrazia senza conoscenza rischierebbe di produrre individui-monadi, chiusi in sé stessi. Il grado della conoscenza – intesa anche come "postura" democratica, aperta al dialogo e al confronto, pronta cioè a farsi mettere in discussione fino al punto di cambiare idea su ciò che credeva di aver appreso – di una società ne definisce il suo livello di democrazia[83], proprio come «la democrazia di una comunità traccia l'orizzonte della conoscenza che essa può elaborare»[84].

Probabilmente, dunque, le soluzioni prospettate non convincono del tutto proprio perché non è (soltanto) sulla produzione e diffusione di notizie che bisogna concentrarsi, né sul solo versante dei diritti soggettivi in gioco (a informare o ad essere informati). Anche i fautori dell'affidamento a una regolamentazione privata della libertà di informazione in rete, basata sulla libera e autonoma adesione a termini e condizioni posti su base contrattuale da un ente di diritto privato, non possono non convenire col fatto che la questione di fondo sia di matrice squisitamente pubblicistica: come una società mette sé stessa nelle condizioni di potersi definire in maniera libera e democratica.

Per dirla nei termini dell'analisi economica del diritto, gli interventi (pubblici o anche privati) che si concentrano sul lato dell'offerta si dimostrano intrinsecamente insufficienti: le questioni sociali più serie e urgenti del fenomeno delle *fake news* riguardano la domanda. E sul lato della domanda non è ipotizzabile un intervento pubblico coercitivo, né convince un approccio paternalista, più o meno accentuato e "diretto"[85].

3.2 La rilevanza pubblicistica della questione

---

[81] La democrazia è allora destinata a fallire? Qual è il suo fondamento? Le virtù politiche – contrariamente, purtroppo, a quanto narrato dal mito di Prometeo e dalla visione socratica – sono valori soggettivi, non appartenenti oggettivamente a tutti gli uomini. Da qui il carattere paradossale della democrazia, cfr.G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, *cit.*

[82] A. Cerroni, *La società della conoscenza*, in *La rivista del centro studi città della scienza*, 5 gennaio 2016, consultabile *online* su https://boa.unimib.it

[83] G. Fioriglio, *Contro la post-verità: il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia nello Stato costituzionale*, *cit.*, 8.

[84] *Ibidem*

[85] In questo senso, un intervento "soft" sarebbe quello costituito dai *nudges*, cui si è fatto cenno supra. Cfr. a tal proposito R.H. Thaler, C.R. Sunstein, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2022

La rete, secondo la narrazione "classica", è democratica. L'informazione viene distribuita in maniera egualitaria (anche se, lo si è visto, non è propriamente così[86]): quantomeno potenzialmente tutti possono accedervi. Per la conoscenza, invece, non può dirsi lo stesso. Anzi, essa è intrinsecamente "diseguale". Per conoscenza non si intende soltanto la lettura, il "recepimento" dell'informazione, bensì l'insieme degli strumenti culturali e critici su cui l'informazione recepita "atterra"[87].

Si registra pertanto in questo senso una «frattura [non solo concettuale, ma anche "fattuale"] tra democrazia o abbondanza della informazione[88] (resa possibile dai media e principalmente da *internet*) e aristocrazia della conoscenza»[89]. È in questa frattura che germinano le notizie false, tenendo presente che ciascuno è più "esposto" in qualche campo della conoscenza rispetto ad altri, non essendo ipotizzabile una conoscenza omnicomprensiva.

È (anche) su questo versante pertanto che bisogna riflettere. La previsione di campagne informative *ad hoc* volte all'educazione dei cittadini, volte ad aiutarli ad individuare e riconoscere i rischi derivanti dalla disinformazione, rischia di rispecchiare una visione paternalistica dello Stato, oltre a potersi rivelare non efficace[90]. Con riferimento al mercato dei servizi, ad esempio, le campagne di educazione finanziaria dirette ai consumatori non si stanno rivelando in grado di correggere i loro comportamenti economicamente svantaggiosi o irrazionali[91].

Più che con un'azione pedagogica o informativa da parte dello Stato, si ritiene che la problematica abbia radici più profonde, e interessi una questione più seria e radicata: quella dell'istruzione e della formazione di una cultura costituzionale. I padri costituenti hanno sancito in maniera chiara la rilevanza squisitamente pubblica di tale "sfera", affermando nell'art. 34 Cost. che «la scuola è aperta a tutti». Se è vero che per mezzo del medesimo articolo «il costituente ha inteso consentire a privati e ad enti di perseguire quella stessa finalità cui lo Stato indirizza attraverso l'istituzione di scuole statali di ogni ordine e grado: vale a dire l'istruzione, mediante il libero insegnamento dell'arte e della scienza»[92], è altrettanto vero che «nel mercato dell'istruzione […] la domanda dovrebbe poter essere completamente soddisfatta, in via di principio, da un'offerta […] d'istruzione pubblica», senza «impedire l'accesso a chiunque voglia farsi imprenditore»[93].

Se per i privati l'istruzione è una libertà, per i pubblici poteri è un obbligo. Si pensi alla scuola popolare contro l'analfabetismo (art. 4 d.l. C.p.S. 17 dicembre 1947, n. 1599), che è «scuola esclusivamente statale»:

---

86 V. *supra*, cap. I
87 M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 84
88 C.R. Sunstein, *Too much information. Understanding what you don't want to know*, MIT Press, Cambridge, 2020
89 M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 84
90 V. Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network, *cit.*, 209
91 Oxera, *Financial (il)literacy: do consumer education programmes work?*, in *Agenda*, 2008
92 Sentenza n. del 18 febbraio 1988, n. 180 della Corte costituzionale
93 G. Mura, *La scuola*, *cit.*, 107

quandanche la gestione di alcune attività formativa venga affidata ad enti o associazioni più prossimi all'ambiente popolare cui l'attività scolastica stessa è rivolta, la scuola popolare in sé «costituisce un mezzo di cui lo Stato si serve per il raggiungimento di fini di diffusione dell'istruzione, e i soggetti così utilizzati costituiscono soltanto organi o strumenti dei quali lo Stato si serve per il raggiungimento di fini di diffusione dell'istruzione, e i soggetti così utilizzati costituiscono soltanto organi o strumenti dei quali lo Stato, che tale scuola ha istituito e dirige, controlla e finanzia, si avvale per la migliore realizzazione dei fini medesimi»[94].

L'istruzione, specie a fasce sociali svantaggiate, non è economicamente redditizia, non risponde cioè al criterio della massimizzazione del profitto (forse, per certi versi, ne è l'antitesi). Non può chiedersi a soggetti privati di farsi carico di un tale "peso": essi di regola[95] agiscono – legittimamente! – sulla base del criterio di mercato, in accordo con la distinzione per "sfere" descritta da M. Walzer[96]. Oltre a ravvisarsi una questione problematica in tema di garanzia della neutralità delle prestazioni relative al godimento di diritti fondamentali[97], va' inoltre tenuto presente che, in accordo col principio di buon andamento ex art. 97 co. 2 Cost., lo svolgimento di attività che permettono la garanzia del diritto all'istruzione costituiscono una libertà per il settore privato, e un dovere per il pubblico. Beninteso, che ben venga che, soddisfatte determinate condizioni, soggetti privati cooperino co-responsabilmente alla fruizione di diritto fondamentali quale l'istruzione, ma devono farlo ispirandosi ai criteri e alle finalità dell'istruzione pubblica[98].

Va al contempo evidenziato come alla base di interventi o politiche[99] che tentano di influenzare (o comunque formare) la domanda di informazione vi sia la convinzione culturale, riconducibile a uno strenuo ottimismo di matrice illuministica, «che le persone siano interessate alla verità e siano quindi

---

94 B. Caravita, *Artt. 33-34*, in V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve*, *cit.*, 230, che si rifà alla sentenza del 1970, n. 63 della Corte costituzionale

95 Diverso è in parte il discorso per enti no profit e del Terzo Settore; si rinvia sul punto a

96 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*; v. *supra*, cap. III, par. 3

97 Sulle peculiarità che determinano la rilevanza costituzionalistica del Terzo Settore si rinvia, per tutti, a P. Addis, E. Ferioli, E. Vivaldi, *Il Terzo settore nella disciplina normativa italiana dall'unità ad oggi*, in E. Rossi, S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011; G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008;

98 A ciò si ricollega il fatto, fatto notare già da C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., *412*, che, anche con riferimento alla libertà di insegnamento, ex art. 33 Cost.: «non esistono né arte né scienza ufficiale o di Stato». Inoltre, l'art. 34 co. 1 Cost. stabilisce chiaramente che, con l'avvento della Costituzione repubblicana, la scuola cessa di essere un privilegio di pochi, per diventare un diritto di tutti: si tratta di un «diritto a godere dell'istruzione necessario, "malgrado" ogni possibile ostacolo di ordine economico o sociale con cui i singoli possano di fatto scontrarsi» (B. Caravita, *Artt. 33-34*, *cit.*, 231; U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Giuffré, Milano, 101). È la Repubblica – non di certo i privati! – a dover rimuovere questi ostacoli (art. 3 co. 2 Cost.). Nella medesima direzione sembra volgersi l'art. 34 co. 2, che «indica nella gratuità il modo tipico con il quale i pubblici poteri devono intervenire per assicurare, a livello di istruzione inferiore, l'effettività del diritto all'istruzione» (U. Pototschnig, *Istruzione*, *cit.*, 101)

99 Interventi prettamente pubblici sul tema riguardano anche altri nodi, v. *supra*, Introduzione, oltre a R. Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca e il pluralismo informativo*, in *MediaLaws*, 1/2017

disposte a pagare il prezzo della conoscenza»[100]. La conoscenza infatti è faticosa, richiede che si "paghi" un "prezzo": conoscere implica studio, impegno, approfondimento, impiego di tempo; e "conoscere" significa "conoscere la realtà", che è spesso molto più monotona, ordinaria, a volte anche deludente rispetto al riscontro emotivo entusiasmante e immediato su cui si basa la post-verità[101].

La legge, insomma, non può imporre un'informazione di qualità, né di per sé può imporre una formazione di qualità. Può però impiegare le risorse, concentrare gli sforzi economici e indirizzare le politiche perché ciò possa avvenire. In tal senso, va fatto notare che nel 2021 l'Italia ha speso soldi pubblici nel settore relativo all'istruzione (scuola e università) in misura pari al 4,1% del PIL, a fronte di una media europea del 4,9%. La spesa primaria al netto delle partite finanziarie nel settore istruzione era prossima ai 50 miliardi nel 2000, ai 56 miliardi nel 2007, è scesa poco sopra i 45 miliardi negli anni 2013/14 (l'andamento negativo è iniziato a partire dalla crisi economica del 2008), per assestarsi intorno ai 47 miliardi nel 2020[102]. Ventidue dei ventisette Stati europei hanno visto un aumento della spesa pubblica sull'istruzione dopo la pandemia da Covid-19; la media europea degli aumenti in percentuale rispetto agli anni precedenti è stata dal 2,1%, in Italia dello 0,7% (da 90 a 90,5 miliardi di euro nel 2020, pari al 4,3% del PIL, a fronte di una media UE del 5% nel medesimo anno[103]).

Riassumendo, gli approdi del ragionamento paiono essere essenzialmente due: *i)* che la questione della regolamentazione del fenomeno delle *fake news* consta di due "facce", quella dell'offerta e quella della domanda di informazione: se si interviene soltanto su una delle due, i risultati saranno insoddisfacenti; *ii)* un'analisi della questione nei termini di domanda e offerta mostra come la stessa abbia una costitutiva e ineludibile rilevanza pubblicistica.

4. Gli anticorpi (sufficienti?) della democrazia

La questione del falso, e dunque delle limitazioni della libertà di espressione, interroga le fondamenta stesse di una democrazia. In questo senso, sempre con riferimento al rapporto tra democrazia e conoscenza, una visione per certi versi pessimista del funzionamento di una società democratica accoglie

---

[100] M. Fumo, *Bufale elettroniche*, *cit.*, 91; secondo cui «varrebbe la pena di chiedersi se, ai tempi di *internet*, ai tempi della democrazia della comunicazione (ma, come si diceva, non certo della equivalenza delle idee) sia ancora attuale e condivisibile la posizione di Alexis de Tocqueville, il quale, a proposito della libertà di stampa, sosteneva che essa è preziosa, non tanto per i beni che produce, quanto per i mali che impedisce»

[101] *Ibidem*; rinviando a quando detto *supra*, cap. I, sul cd. "*clickbait*", sembrerebbe che anche diversi politici e testate giornalistiche abbiano ben compreso tale meccanismo…

[102] Dati del Report Conti Pubblici Territoriali, aprile 2023, consultabile online su https://www.agenziacoesione.gov.it, 92)

[103] La Francia ha speso nel medesimo anno il 5,5% del PIL, la Germania il 4,7%, secondo i dati forniti da Openpolis, consultabili online su https://www.openpolis.it, cfr. anche il Report della Fondazione "Con i bambini" del 3 gennaio 2023, consultabile online su https://www.conibambini.org

con favore la diminuzione della partecipazione politica[104]: l'apatia e il disimpegno sarebbero una condizione che garantisce l'efficienza delle democrazie[105], in quanto, se tale astensionismo riguarda determinati gruppi ed individui sprovvisti degli strumenti culturali necessari per partecipare consapevolmente al momento decisionale pubblico, sarebbero le decisioni stesse a giovarne in termini di efficienza e ragionevolezza. Il timore dei sostenitori di questa posizione – espressa, tra gli altri, dal filosofo americano J. Brennan – è che l'allargamento della base votante a persone incompetenti e ignoranti, non in grado di esprimere le proprie scelte sulla base di un discernimento fondato su elementi empirici affidabili in quanto privi delle nozioni basilari in ogni disciplina correlata alla politica[106], finisca per danneggiare irreparabilmente il funzionamento del gioco democratico. Posto che tali posizioni più che ritenersi di matrice democratica riflettono visioni aristocratiche o epistocratiche, in cui cioè il diritto di voto dovrebbe essere subordinato al superamento di specifici test di competenza e preparazione[107], può comunque cogliersi la provocazione, e porsi il conseguente interrogativo: una società democratica è in grado di mettere sé stessa nelle condizioni di definirsi in maniera libera e democratica?[108]

Per riprendere le posizioni di M. Walzer, «il significato dell'eguaglianza complessa nella sfera della politica *è* la condivisione non del potere, ma delle opportunità e delle occasioni di potere». Perché ciò si realizzi è necessario che «ogni cittadino *sia* un potenziale partecipante, un potenziale politico»[109]. Per dirsi tale, una democrazia deve essere in grado di garantire una tale potenzialità, «condizione necessaria perché i cittadini rispettino sé stessi»[110].

La conoscenza dunque non sarebbe da intendere come giustificazione alla base di un'attribuzione del "potere ai migliori", o ai "colti", quanto una condizione cui costantemente una società democratica deve tendere per rendere effettiva la sua stessa forma di Stato.

A ben vedere, anche in tema di conoscenza ci si trova di fronte a una "crisi" che precede quella derivante dalla disinformazione, la cd. "crisi del rappresentato"[111]: a più riprese l'elettore del XXI secolo è descritto come segnato da disillusione, sfiducia, mancanza di appartenenza e di legami duraturi[112], apatia verso il «progresso materiale e spirituale» della società[113]. Ci sarebbe dunque per certi versi una più profonda "crisi

---

104 J. Brennan, *Contro la democrazia*, Luiss University Press, 2018

105 Come sostenuto dal noto rapporto di M. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale (1975)*, Franco Angeli, Milano, 1977

106 J. Brennan, *Contro la democrazia*, *cit.*

107 J.S. Mill, *Considerazioni sul governo rappresentativo (1861)*, Editori riuniti, Roma, 2019

108 Si tratta di una delle applicazioni del teorema di Bockenforde, secondo cui lo Stato liberale vive di presupposti che esso stesso non può garantire; E.W. Bockenforde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006, 68

109 M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 310 (corsivo mio)

110 *Ibidem* (corsivo mio)

111 G. Matucci, *Informazione* online *e dovere di solidarietà*, *cit.*, 25

112 Descriveva il fenomeno in termini simili M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica, Atti del Convegno tenutosi in Milano, nei giorni 16-17 marzo 2000*, Giuffrè, Milano, 2001, 109 ss.

113 Art. 4 Cost.

dell'elettore" o del "cittadino" (o degli elettori e dei cittadini, al plurale, se si intendono le formazioni sociali come inestricabili rispetto al pieno sviluppo della persona umana) che precede la crisi dell'informazione. O più precisamente, le carenze quantomeno nell'ambito della "domanda" di informazione scaturirebbero da questioni ben più profondamente radicate nelle democrazie contemporanee.

Secondo il quadro descritto dai principi fondamentali della Costituzione, ciascuno dei cittadini è sia titolare di diritti da far valere nei confronti dei pubblici poteri, che al contempo parte attiva dell'attuazione del disegno prospettato dalla Costituzione, secondo cui la società deve progredire in senso egualitario e democratico. È così possibile reinterpretare la stessa libertà di informare illustrandone «la dimensione di situazione soggettiva individuale calata in un contesto relazionale, il cui equilibrio dipende dall'impegno personale del singolo alla sua salvaguardia»[114]. È pur vero che le istituzioni hanno un ruolo fondamentale in questo senso, ma la scommessa democratica si differenzia rispetto alle altre forme di Stato proprio perché riguarda tutti i consociati.

L'art. 2 Cost. è esplicito in questo senso: ai diritti fanno da contraltare i doveri[115]. La novità delle Costituzioni novecentesche sta proprio nel tenere insieme due modi di intendere la Carta costituzionale storicamente in contrapposizione: la «Costituzione come garanzia» della persona e dei suoi diritti inviolabili, e la «Costituzione come indirizzo»[116], che indica le finalità, un particolare modello di società verso cui dovrebbe tendere il vivere comune in una democrazia costituzionale[117]. Il carattere democratico dei diritti sta proprio nel loro "completamento" in senso solidaristico. In questo senso, l'uomo "costituzionale" è l'uomo situato "nella storia"[118], cioè pienamente inserito e coinvolto nel pluralismo e nella complessità della società umana, e non «l'individuo isolato, secondo una visione illuministica e antistorica della società», né una «entità astratta, […] solipsistica di contro alla sovranità dello Stato»[119].

Una (utopica?) riscoperta della dimensione solidaristica del cittadino fonderebbe il divieto di mentire non tanto sul diritto o sulla pretesa del singolo di essere ben informato, quanto sul dovere solidaristico

---

114 G. Matucci, *Informazione* online *e dovere di solidarietà*, *cit.*, 29

115 È tratto caratterizzante della nostra società, come espresso dalla Corte costituzionale, cfr. Corte cost. 18 maggio 1999, n. 172, in Giur. cost. 1999, 1697 ss.; sul punto E. Grosso, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1705 ss.

116 G. Matucci, *Informazione* online *e dovere di solidarietà*, *cit.*, 29

117 E lo fa in senso prescrittivo, senza distinzioni tra regole, principi e norme programmatiche. Sulla prescrittività dell'intero testo costituzionale, cfr. M. Fioravanti, *Il valore della Costituzione*, *cit.*, nonché Corte cost. sentenza del 1956, n. 1

118 Secondo l'accezione dei costituenti G. Dossetti, *La ricerca costituente*, Il Mulino, Bologna, 1994 e G. La Pira, *Architettura di uno Stato democratico*, Servire, Roma, 1948

119 S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.* 1996, 8; cfr, anche F. Giuffré, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, e *Id.*, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, 3 ss.; B. Pezzini, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Giuffré, Milano, 2005, 93

(giuridicamente sanzionabile?[120]) di impegnarsi a non mentire, ovvero di astenersi dall'interferire indebitamente sui processi di formazione della pubblica opinione diffondendo notizie inesistenti o infondate. Tale impegno consisterebbe anche nell'evitare di far passare come unica verità oggettiva accettabile la propria opinione, mantenendo, cioè, una "postura democratica", aperta al dubbio e riluttante nei confronti di ogni dogmatismo[121]; agirebbe, cioè, sia sul lato della produzione/offerta delle notizie (…), sia sul lato della loro domanda/ricezione (…), intercettando per certi versi anche il carattere di novità della disinformazione online della commistione tra "produttore" e "consumatore" di notizie, determinato anche dalla possibilità di "condividere" notizie o opinioni altrui, oltre che a "metterne in circolo" di proprie. Si tratterebbe, in ultima istanza, dell'impegno a rispettare sé stessi e gli altri, che, come si è detto, può intendersi come il fondamento ultimo della democrazia[122].

Nel contesto sociale ed economico attuale[123] appare abbastanza evidente che si registri una certa distanza dalla suddetta prospettiva solidaristica, che assume tratti quasi utopici o irraggiungibili. Tuttavia, più che una posizione disfattista o scoraggiata, emerge il fatto che, senza scadere in interventi paternalistici eteroimposti, il punto profondamente dirimente del problema risiede negli stessi presupposti della democrazia. Forse la scommessa dei costituenti – dell'"uomo libero che agisce nella storia" come fine a cui tendere, e insieme mezzo per raggiungere i fini costituzionali – è stata troppo ottimistica o pretenziosa? Per tentare di rispondere, va' ricordato che la scienza costituzionale, secondo la distinzione aristotelica, non è una scienza teoretica, che studia cioè la realtà per quella che è in sé stessa, ma una scienza pratica, cioè «un oggetto che viene a determinarsi come effetto del nostro stesso prenderci cura di lui»[124]. Secondo tale visione, la Costituzione non sarebbe qualcosa che esiste a prescindere dall'esistenza e dall'azione dell'uomo, bensì qualcosa che l'uomo contribuisce a formare e definire, impegnandosi o meno alla costruzione di una cultura costituzionale. In quest'ottica, porsi la precedente domanda è per certi versi inevitabile, tenendo presente che una Costituzione democratica non accetta in questo campo interventi impositivi o anche soltanto persuasivi. O meglio, con riferimento a chi esercita la libertà (attiva) di informazione tali interventi vanno realizzati e certe misure di contrasto vanno adottate – si è argomentato, ad esempio, a favore di un intervento circoscritto e "differenziato" nell'ambito della limitazione della libertà di informare[125] – ma senza l'illusione che da sole bastino a risolvere alla radice il paradosso che sta alle fondamenta di una società democratica (che interessa in misura rilevante chi l'informazione la riceve).

---

120 Il rischio sarebbe quello di ricadere nuovamente nel funzionalismo. Diversa è invece la prospettiva sul ruolo del diritto proposta da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992

121 G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Laterza, Roma-Bari, secondo cui per pluralismo va intesa la coesistenza di diverse concezioni di "vita giusta" che si mettono a confronto

122 G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia, cit.*,v. *supra*, par. 3

123 V. *supra*, par. I

124 G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, *cit.*, 73

125 V. *supra*, cap. III

Ragionare sugli oggetti, sulle limitazioni da porre all'attività umana, lungi dal voler condurre all'esimersi dal ragionare sui doveri e sul fondamento solidaristico della Costituzione, ne costituisce invece un invito. Utilizzando le espressioni suggerite da G. Zagrebelsky, non può esserci democrazia senza rispetto di sé, e dunque degli altri: questo è il fondamento ultimo della democrazia[126]. E, al contempo, solo agendo in maniera solidale l'uomo rispetta sé stesso; solo a quel punto infatti potrà realizzarsi, vivendo non da monade, ma da cittadino[127]. Traducendo il concetto nelle categorie walzeriane, potrebbe dirsi che «la politica democratica, una volta sconfitte tutte le dominanze ingiuste, è un invito costante […] a considerarsi cittadini capaci di scegliere delle destinazioni e di accettare dei rischi per sé e per altri, nonché di pattugliare i confini distributivi e di promuovere una società giusta»[128].

[126] G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, *cit.*
[127] Mettendo per certi versi in discussione gli studi di carattere economico-sociale sui bisogni che l'uomo deve soddisfare per giungere alla propria autorealizzazione, secondo la teoria di A. Maslow, *A theory of human motivation (1943)*, Martino Fine Books, Connetticut, 2013
[128] M. Walzer, *Sfere di giustizia*, *cit.*, 311

Bibliografia generale

- Abrusci, E.: "Disinformazione e diritti umani: lineamenti di un dialogo necessario", in Federalismi, 11/2020, 228 ss..
- Agrò, A.S.: "Art. 3 co. 1", in G. Branca (a cura di), Commentario alla Costituzione, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975
- Ainis, M. (a cura di): "Informazione potere libertà", Giappichelli, Torino, 2005.
- Alessandri, A.: "Osservazioni sulle notizie false, esagerate o tendenziose", in Rivista italiana di diritto e procedure penale, 1973.
- Algostino, A: "Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav, Jovene, Napoli, 2011.
- Algostino, A.: "La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?", in Costituzionalismo.it, 1/2017.
- Allcott, H., Gentzkow, M.: "Social media and fake news in the 2016 Election", in Journal of Economic Perspectives, 2/2017.
- Allegretti, U.: "Democrazia partecipativa", in Enciclopedia del diritto, Annali, IV, 2011
- Allegri, M.R.: "Ubi social, ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider", Franco Angeli, Milano, 2018
- Allegri, M.R.: "La responsabilità degli intermediari digitali nella proposta di regolamento europeo sui servizi digitali", in Ferri, G. (a cura di): "Diritto costituzionale e nuove tecnologie", Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2022.
- Allport, G.W., Postman, L.: "The psychology of rumor", New World Publisher, Oxford, 2022 (prima ed. 1947).
- Amato, G.: Il mercato nella Costituzione, in Atti del Convegno AIC – La Costituzione economica, Cedam, Padova, 1991

- Amoretti, F.: "Partecipazione politica e opinione pubblica online in tempo di crisi", in Iride, 1/2021
- Andreoli, E.: "Freedom of speech e comunicazione digitale: spunti di riflessione dall'esperienza costituzionale statunitense".
- Antonioni, S.: "Going social: la pubblicità nell'epoca dei social network".
- Ardeni, G.: "Le radici del populismo. Disuguaglianze e consenso elettorale in Italia", Laterza, Roma-Bari, 2020.
- Arena, A.I., "Sfera pubblica e democrazia (note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero in politica)", in Costituzionalismo.it, 2/2017
- Arendt, H.: "Politica e Menzogna", Sugarco, Milano, 1985.
- Arendt, H.: "Verità e Politica", Bollati Boringhieri, Torino, 1995.
- Azzariti, G.: Critica della democrazia identitaria, Laterza, Roma-Bari, 2005
- Azzariti, G.: "Internet e Costituzione", in Politica del diritto, 3/2011
- Azzariti G.: "Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?", Laterza, Roma-Bari, 2013
- Azzariti, G., "Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio", Laterza, Roma-Bari, 2021.
- Baldassarre, A.: "Diritti della persona e valori costituzionali", Giappichelli, Torino, 1997.
- Baldassarre, A.: "Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense", Bulzoni, Roma, 1974
- Balkin, J., "Free speech is a triangle", in Columbia Law Review, 2018, 2011
- Barak-Erez, D.: "A State Acton doctrine for an age of privatiztion", in Syracuse Law Review, 4/1994.
- Barbera, A.: "Art. 2", in G. Branca (a cura di), Commentario alla Costituzione, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.
- Barbera, A.: "La rappresentanza politica: un mito in declino?", in Quaderni costituzionali, 4/2008
- Barile, P.: "La libertà di manifestazione del pensiero", Giuffré, Milano, 1975.

- Barile, P.: “Libertà di manifestazione del pensiero (voce)”, in Enciclopedia del diritto, XXIV, 1974
- Barile, P.: "Diritti dell’uomo e libertà fondamentali", Il Mulino, Bologna, 1984.
- Barrotta, P.: "I demeriti del merito. Una critica liberale alla meritocrazia".
- Bassini, M., Vigevani, G.E.: "Primi appunti su fake news e dintorni", in Media Laws, 1/2017.
- Bassini, M.: "Libertà di espressione e social network, tra nuovi 'spazi pubblici' e 'poteri privati'. Spunti di comparazione".
- Bassini, M.: "Lo statuto costituzionale dei social network: nuovi attori e servizi pubblici?”, in Ferri, G. (a cura di): “Diritto costituzionale e nuove tecnologie”, Editoriale scientifica, Napoli, 2022
- Bassini, M.: “Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali”, Aracne, Canterano, 2019
- Bassini, M., Di Majo, L. (a cura di): “La prassi delle Istituzioni in pandemia”, Editoriale scientifica, Napoli, 2022
- Betzu, M.: “Regolare internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell’era digitale”, Giappichelli, Torino, 2012.
- Betzu, M.: “I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust”, in Diritto pubblico, 3/2021
- Betzu, M.: "I baroni del digitale", Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
- Betzu, M, Coinu, G, Demuro, G.: "Gobernanza de los macrodatos y democracia rappresentativa", in Rivista de Derecho Politico, 106/2019.
- Betzu, M., Demuro, G.: “I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa, in MediaLaws, 1/2020.
- Bianca, M.: “La filter bubble e il problema dell’identità digitale”, in MediaLaws, 2/2019.
- Biondi Dal Monte, F.: “Esiste ancora la “par condicio”? Contenuto e limiti nella legge n. 28/2000”, in Osservatorio AIC, 1/2018

- Bin, R.: "L'algoritmo e l'autonomia privata", in Biolaw Journal – Rivista di bio diritto, 4/2021
- Bin, R., Pitruzzella, G.: "Le fonti del diritto", Giappichelli, Torino, 2019
- Bin, R., Pitruzzella, G.: "Diritto costituzionale", Giappichelli, Torino, 2020
- Bisagni, B.: "Responsabilità del direttore di testata e giornalisti: è tempo di cambiare. Verso un'inevitabile riforma", in Cammino Diritto, 8/2019
- Bobbio, N.: "Democrazia e segreto", Einaudi, Torino, 2011.
- Bobbio, N.: "L'età dei diritti", Einaudi, Torino, 2012.
- Boggero, G.: "La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri", in Nomos, 5/2020
- Boccia Artieri, G., Bentivegna, S.: "Le teorie della comunicazione di massa e la sfida digitale".
- Bockenforde, E.W.: "La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione", Morcelliana, Brescia, 2006
- Boggero, G.: "La satira come libertà ad 'autonomia ridotta' nello Stato costituzionale dei doveri", Nomos. Le attualità del diritto, 1/2020
- Borrello, R.: "Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca ed il pluralismo informativo", in MediaLaws, 5/2019
- Boyle, J.: "Foucalt in cyberspace: surveillance, sovereignty and hardwired censors".
- Brennan, J.: "Contro la democrazia".
- Brigati, R.: "Il giusto a chi va. Filosofia del merito e meritocrazia".
- Branca, G. (a cura di): "Commentario della Costituzione", Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.
- Bucalo, M.E:, "La libertà di espressione in rete fra content moderation dei social network e regolazione dell'Unione Europea", in Diritti fondamentali, 3/2022
- Butturini, D.: "Le notizie false su internet e il ruolo delle piattaforme digitali", in G. Ferri (a cura di), Diritto costituzionale e nuove tecnologie, Edizioni scientifiche, Napoli, 2022.

- Califano, L.: "La libertà di manifestazione del pensiero… in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network", in Federalismi, 26/2021.
- Candido, A.: "Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle fake news", in Federalismi, 20/2020.
- Cardon, D.: "Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data", Mondadori, Milano, 2016
- Carelli, E.: "Giornali e giornalisti nella Rete", Apogeo, Milano, 2004.
- Caretti, P.: "Diritto dell'informazione e della comunicazione", Il Mulino, Bologna, 2013.
- Caretti, P.: "Pluralismo informativo e diritto comunitario", in Cartabia, M. (a cura di): "Diritti in azione", Il Mulino, Bologna, 2007
- Caruso, C.,: "La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale", in Forum di Quaderni Costituzionali, 21 ottobre 2013
- Caruso, C.: "Teoria e ideologia della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech", in Forum Costituzionale, 27 ottobre 2013, 18.
- Castells, M: "Comunicazione e potere", Egea Università Bocconi Editore, Milano, 2009.
- Cavino, M.: "Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica", in Federalismi, 11/2020
- Ceccherini, E., Rodriguez, S.: "Fake news e vaccini: le verità nascoste", in Federalismi, 11/2020.
- Celotto, A.: "Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto", in Analisi giuridica dell'economia, 1/2019.
- Cepernich, C.: "Le campagne elettorali al tempo della networked politics", Laterza, Roma-Bari, 2017.
- Chiola, C.: "L'informazione nella Costituzione", Cedam, Padova, 1973.
- Ciancio, A.: "Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione", Giappichelli, Torino, 2012.

- Ciarlo, P.: "Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete", in Rivista AIC, 2/2018.
- Colaianni, N.: "La libertà di culto al tempo del coronavirus", in Stato, chiese e pluralismo confessionale, 6/2020.
- Coase, R.: "The market of goods and the market of ideas", in The American Economic Review, 2/1974.
- Crisafulli, V.: "Problematica della libertà di informazione", su Il Politico, 1962.
- Crisafulli, V., Paladin, L., "Commentario breve alla Costituzione", Cedam, Padova, 1990.
- Croce, M., Piazza, T.: "Epistemologia delle fake news", in Sistemi Intelligenti, 3/2019.
- Cuniberti, M.: "Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche di mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo", in MediaLaws, 1/2017.
- Cuniberti, M.: "Potere e libertà nella rete", in MediaLaws, 3/2018.
- Cuniberti, M.: "Tecnologie digitali e libertà politiche", in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2/2015.
- Cuono, M.: "In principio era il mercato, poi venne la rete. Disintermediazione, spontaneità, legittimità", in Iride, 2/2015.
- D'Andrea, D.: "La libertà singolarista al di là del principio di realtà", in Iride, 3/2021.
- De Minico, G.: "Uguaglianza e accesso a internet", in formulcostituzionale.it, 6 marzo 2013.
- De Minico, G.: "Libertà in rete. Libertà dalla rete", Giappichelli, Torino, 2020.
- De Minico, G.: "Le fonti al tempo di internet: un personaggio in cerca di autore", in Osservatorio sulle fonti, 1/2022.
- De Rosa, G.: "L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale. La previsione di voto nelle presidenziali francesi 2017", in Comunicazione politica, 2/2018.
- De Rosa, G.: "Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà", in Laboratorio dell'ISPF, XVI, 2019.

- De Siervo, U.: “Stampa”, in Enciclopedia del diritto, XLIV, Giffré, Milano, 1990
- Di Ciommo, F.: commento a Cass. Sez. V n. 54946 del 17 aprile 2016.
- Di Fonso, N., Bordia, P.: "Rumor psychology: social and organizational approaches", American Psychological Association, Washington, 2006.
- Di Giovine, A.: "Libertà o potere", in Aa. Vv.: “Verso il diritto all’informazione”, Laterza, Roma-Bari, 1991
- Di Giovine, A.: “Democrazia elettronica. Alcune riflessioni”, in Diritto e società, 1995
- Di Giovine, A.: “I confini della libertà di manifestazione del pensiero”, Giuffré, Milano, 1988.
- Di Gregorio, A.: "La Russia e le elezioni europee", in Federalismi, 1/2019.
- Di Salvo, F.: "Leaks. Whisteblowing e backing nell’età senza segreti", Cortina, Milano, 2019.
- Dogliani, M.: “Introduzione al diritto costituzionale”, Il Mulino, Bologna, 1994.
- Dogliani, M.: “Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunter Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali”, in Costituzionalismo.it, 3/2009.
- Donati, F.: “L’art. 21 della Costituzione settanta anni dopo”, in MediaLaws, 1/2018.
- Donati, F.: “Unione europea, libertà e pluralismo dei mezzi di informazione”, in MediaLaws, 2/2022.
- Donati, G. “Fake news e libertà di informazione”, in MediaLaws, 2/2018.
- Durkheim, E.: “La divisione del lavoro sociale”, Il saggiatore, Milano, 2016
- D’Eramo, M.: "Scienziati o esperti? Come il Covid ha cambiato il rapporto tra scienza e società", Micromega, 13 aprile 2021.
- Esposito, C.: "La libertà di manifestazione del pensiero", in Esposito, C., “Diritto Costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi”, Giuffré, Milano, 1992 (1° ed. 1958)
- Ferrajoli, L: “La semantica della teoria del diritto”, in Scarpelli, U (a cura di): “La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali”, Edizioni di Comunità, Milano, 1983.

- Ferrajoli, L.: “Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. Tomo I, Teoria del diritto”, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- Ferrajoli, L.: "La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale", Laterza, Roma-Bari, 2021.
- Ferrarese, M.R.: “Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali”, in Diritto Pubblico, 3/2021
- Ferrari, F., Bassini, M.: "La disinformazione al tempo del Covid-19: profili costituzionali e ruolo dell’AGCOM", in L. Bartolucci, L. Di Majo (a cura di), Le prassi delle istituzioni in pandemia, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.
- Ferraris, M.: "Postverità e altri enigmi", Il Mulino, Bologna, 2018.
- Ferraris, M.: Spettri di Nietzsche. Un'avventura umana e intellettuale che anticipa le catastrofi del Novecento, Guanda, Parma, 2014
- Fioravanti, G.: "Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sull’attuazione della Costituzione repubblicana", Astrid, vol. II-III, 2018.
- Fioravanti, G.: "Il valore della Costituzione. L’espereinza della democrazia repubblicana, Laterza, Roma-Bari, 2011".
- Fioriglio, G.: "Contro la post-verità: il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia nello Stato costituzionale", in Nomos, 3/2016
- Fioriglio, G.: "Dittatura e censura dell’algoritmo. Neutralità, poteri e responsabilità dei motori di ricerca web automatici", in Atti del Convegno “Le comunicazioni elettroniche”, ANDIG, in Rivista elettronica di diritto, economia, management, 1/2015.
- Foà, S.: “Pubblici poteri e contrasto alle fake news. Verso l’effettività dei diritti aletici?”, in Federalismi, 11/2020
- Fois, S.: “Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero”, Giuffré, Milano, 1957
- Fois. S. “Libertà di diffusione del pensiero e monopolio televisivo”, in Giurisprudenza costituzionale, 1960

- Frosini, T.E.: “Il diritto costituzionale di accesso a internet”, in Rivista AIC, 1/2011.
- Frosini, T.E.: “Internet come ordinamento giuridico”, in Nisticò, M., Passaglia, P. (a cua di): Internet e costituzione, Giappochelli, Torino, 2014
- Frosini, T.E., Pollicino, O., Apa, E., Bassini, M. (a cura di)., “Diritti e libertà in internet”, Mondadori, Milano, 2017, 50 ss.
- Fumo, M.: “Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia”, in MediaLaws, 3/2019.
- Galgano, F.: "Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale", Il Mulino, Bologna, 1993.
- Galeotti, S.: "Il valore della solidarietà", in Diritto e Società, 1/1996.
- Gelfert, G.: "Fake news: a definition", Informal Logic, January 2018.
- Gerbaudo P.: “I partiti digitali. L’organizzazione politica nell’era delle piattaforme, Il Mulino, Bologna, 2020.
- Gerbaudo, P.: "Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato", Nottetempo edizioni, Milano, 2022.
- Giannone Codiglione, G.: "Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)", in Il diritto dell’informazione e dell’informatica, 2017
- Giusti, S., Piras, E.: “Democracy and fake news. Information, manipulation and post-truth politics”, Routledge, Londra, 2021
- Giuffré, F.: "La solidarietà nell’ordinamento costituzionale", Giuffré, Milano, 2002
- Goldman, E.: "Why Section 230 is better than the first Amendment," Notre Dame Law Review Reflection, 1/2019.
- Gobo, G., Serafini, L., Campo, E., Caserini, A.: "Covid-19 e fiducia negli scienziati. Uno studio pilota sui lettori di due giornali online", 2022.
- Gordon, J.: "John Stuart Mill and the 'Marketplace of Ideas'", in Social Theory and Practice, 2/1997

- Grossi, G. "L'opinione pubblica: teoria del campo demoscopico", Laterza, Roma-Bari, 2004
- Grosso, E.: "Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio", in Rivista AIC, 4/2015
- Grosso, E.: "Diritto e diritti di fronte alle sfide del principio di effettività", in Tra emergenza, eccezione e precauzione. Diritti e doveri di cittadinanza di fronte alla pandemia Covid-19, Collane@Unito, Torino, 2020.
- Grosso, E.: "Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima?", in Federalismi, 16/2020.
- Guarino, G.: "Tecnici e politici nello stato contemporaneo", parte degli Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia, Giuffré, 1962
- Guastini, R.: "Sostiene Baldassarre", in Rivista AIC, 2007
- Haberle, P.: "Diritto e verità", Einaudi, Torino, 2000.
- Habermas, J.: "Storia e critica dell'opinione pubblica", Laterza, Roma-Bari, 2002.
- Han, B.C., "Nello sciame. Visioni del digitale", Nottetempo, Milano, 2015.
- Hobbes, T.: "Il leviatano", La Nuova Italia, Firenze, 1976
- Iannotti della Valle, A., "Le regole di internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale", Editoriale Scientifica, Napoli, 2023
- Ibanez Colomo, P.: "The draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis", in Journal of European Competition Law & Practice, 7/2021
- Irti, N.: "L'ordine giuridico del mercato", Laterza, Roma-Bari, 1998.
- Irti, N.: "Nichiismo giuridico", Laterza, Roma-Bari, 2004.
- Irti, N.: "Il diritto nell'età della tecnica", Editoriale scientifica, Napoli, 2007.
- Jaster, R., Lanius, D.: "What is fake news ?", in Versus, 2/2018, 211; N.S. Mukerji, What is fake news?, in Ergo: an open access journal of philosophy, 5/2018, 923 ss.
- Jellinek, G.: "La dottrina generale dello Stato", Società Editrice Libraria, Milano, 1921

- Kelsen, H.: "Essenza e valore della democrazia", in "La Democrazia", Bologna, 1998.
- Knorr-Cetina, K.: "Epistemic Cultures: how the science make the knowledge", Harvard University Press, 1999.
- Kosseff, J.: "The twenty-six words that created the internet", Cornell University Press, New York, 2019
- Laclau, E.: "La ragione populista", Laterza, Roma-Bari, 2005.
- Lanchester, F.: "Voto (diritto di)", in Enciclopedia del Diritto, 46, Giuffré, Milano, 1989, 1112 ss.
- Lasswell, H: "Propaganda technique in the world war", Peter Smith, New York, 1938 (1° edizione 1927)
- Lavagna, C.: "Istituzioni di diritto pubblico", UTET, Torino, 1985
- Lehner, E.: "Fake news e democrazia", in MediaLaws, 1/2019, 93 ss.
- Lipari, N. "Libertà di informare o diritto a essere informati?", in Diritto delle radio e delle televisioni, 1978
- Lippmann, W.: "L'opinione pubblica", Donzelli, Roma, 2004
- Lombardi, F.: "La responsabilità del direttore di testata giornalistica cartacea".
- Losano, M.: "Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione Europea: modelli di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia", Jovene, Napoli, 2010.
- Losano, M.: "Bolsonaro mette il bavaglio agli insegnanti", in Micromega, 2/2019, 273-28.
- Losano, M.: "L'università del Brasile tra la costituzione del 1988 e il nuovo corso di Bolsonaro", in Diritto Pubblico, 2019, 211-241.
- Losano, M.: "La libertà d'insegnamento in Brasile e l'elezione del Presidente Bolsonaro", Mimesis, Milano, 2019.
- Loiodice, A.: "Informazione (diritto alla)", nell'Enciclopedia del diritto, 1975.

- Luciani, M.: "Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato", in Aa. Vv. (a cura di): "Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica", Giuffré, Milano, 2001
- Luciani, M.: "L'antisovrano e le crisi delle costituzioni", in La Rivista di diritto costituzionale, 1996
- Maestri, E.: "Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio", Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015.
- Magnani, C.: "libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica", in Costituzionalismo.it, 3/2018
- Magnani, C: Finché ci sono fake news c'è speranza, Libertà di espressione, democrazia, nuovi media, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021
- Mancini, P.: "Diseducare al pluralismo", in Problemi dell'informazione, 2/2020
- Manetti, M.: "La libertà di manifestazione del pensiero", in Nania, R., Ridola, P. (a cura di): "I diritti costituzionali", vol. II, Giappichelli, Torino, 2006
- Manetti, M.: "Regolare internet", in MediaLaws, 2/2020
- Manin, B., "Principi del governo rappresentativo", Il Mulino, Bologna, 2010
- Manin, B.: "La democrazia del pubblico è in pericolo?", in Comunicazione Politica, 3/2014
- Marsili, M.: "La rivoluzione digitale in rete. Come internet sta cambiando il modo di fare giornalismo".
- Marsocci, P., Papa, A.: "Lingua e linguaggio della comunicazione pubblica. Relazione al XX Seminario AIC, Messina-Taormina, 27-29 ottobre 2022", 2 (versione provvisoria)
- Martino, F.: "Genocidio armeno, scintille tra Turchia e Francia".
- Massa Pinto, I.: "Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia", in Costituzionalismo.it, 1/2016

- Matucci, G.: "Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news tra educazione e responsabilità", in Rivista AIC, 1/2018.
- Matteucci, N.: "Opinione pubblica (voce)", in "Enciclopedia del Diritto", XXX, 1980.
- Meloni, V.: "Il crepuscolo dei media: informazione, tecnologia e mercato", Laterza, Roma-Bari, 2017
- Melzi d'Eril, C.: "Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici", in MediaLaws, 1/2017, 60 ss.
- Melzi D'Eril, C., Vigevani, G. E.: "Potere informazioni diritti. Racconti di un decennio travagliato", Il sole 24 Ore, Milano, 2022.
- Mill, J.S.: "Considerazioni sul governo rappresentativo", Editori Riuniti, Roma, 2019
- Mill, J.S.: "Principi di economia politica", UTET, Torino, 2006 (prima ed. 1848)
- Mill, J.S.: "Saggio sulla libertà", Il Saggiatore, Milano, 2023
- Milton, J.: "Aeropagitica. Discorso per la libertà della stampa", Bompiani, Milano, 2002
- Montesquieu, C.: "Lo spirito delle leggi", Rizzoli, Milano, 1989.
- Monti, M.: "La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazone della censura nelle azioni dell'Unione Europea (Code of practice on disinformation)", in Federalismi, 11/2020
- Moore, M., Ramsay, G.: Report "UK media coverage of the 2016 EU referendum campaign".
- Mortati, C.: "Istituzioni di diritto pubblico", Cedam, Padova, 1976.
- Mortati, C.: "La libertà di stampa in regime democratico", in Cronache sociali, 14-15/1947.
- Mukerji, N.S.: "What is fake news?", Ergo: an open access journal of philosophy, 2018.
- Nicita, A.: "Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia".
- Norris, P.: "A virtuous circle. Political communications in postindustrial societies", Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

- O'Neil, C.: "Weapons of math destruction. How big data increases inequality and threatens democracy", Penguin, New York, 2016.
- Orofino, M.: "L'articolo 15 della Costituzione italiana: osservazioni sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni ai tempi del web 2.0", in Frosini, T.E., Pollicino, O., Apa, E., Bassini, M. (a cura di): "Diritti e libertà in internet", Mondadori Education, Firenze, 2017
- Orofino, M.: "Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria", su MediaLaws, n. 2/2019
- Orofino M.: "La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione", Giappichelli, Torino, 2014.
- Pace, A.: "Stampa, giornalismo, radiotelevisione", Cedam, Padova, 1983
- Pace A.: "Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co.1, del T.U. della radiotelevisione", in Diritto pubblico, 2/2007.
- Pace, A., Manetti M., "Art. 21", in Branca G., Pizzorusso, A. (a cura di), Commentario della Costituzione, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.
- Paladin, L.: "Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico in italiano", in Paladin, L. (a cura di): "La libertà di informazione", Giappichelli, Torino, 1979
- Paladin, L., "Libertà di pensiero e libertà di informazione", in Quaderni costituzionali, 1/1987
- Pallante, F.: "Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento", in Osservatorio AIC, 6/2021.
- Pallante, F.: "Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità", Giappichelli, Torino, 2018
- Papa, A., Bilancia P., Galliani D.: Le basi del diritto della cultura, Aracne, Roma, 2010.
- Papa, A.: "Espressione e diffusione del pensiero in internet", Giappichelli, Torino, 2009.
- Papa, A.: "Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica", in Federalismi, 2017.

- Papa, A.: “Il diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era digitale, Giappichelli, Torino, 2018.
- Papa, A.: “La complessa individuazione di un “equo” bilanciamento tra tutela della privacy e profilazione nella big data society”, in Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Consulta Online, 17 aprile 2020.
- Parisier, E., “Il Filtro. Quello che internet ci nasconde”, Il saggiatore, Milano, 2012
- Paruzzo, F.: "I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017
- Pasquale, F.: "The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information".
- Pasquino, G.: “Partiti, istituzioni, democrazie”, Il Mulino, Bologna, 2014.
- Passaglia, P.: “Internet nella Costituzione italiana: considerazione introduttive”, in Consulta Online, 2013
- Patterson, D.: “Diritto e verità”, Giuffré, Milano, 2010.
- Pazé, V.: “I non rappresentati. Esclusi, arrabbiati, disillusi”, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2024
- Perrone, R.: "Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso", Nomos: Le attualità del diritto, 2018.
- Pinelli, C.: “Postverità, verità, e libertà di manifestazione del pensiero”, in MediaLaws, 4/2019
- Pinelli, C.: “Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati”, in Economia Pubblica, 1/2023
- Pintore, A.: “Il diritto senza verità”, Giappichelli, Torino, 1996
- Pitruzzella, G., Pollicino, O., Quintarelli, S.: "Parole e potere. Libertà d’espressione, hate speech e fake news", Egea, Milano, 2017.
- Pitruzzella, G.: "La libertà di informazione nell’era di internet", in Pitruzzella, G., Pollicino, O., Quintarelli, S.: "Parole e potere. Libertà d’espressione, hate speech e fake news", Egea, Milano, 2017.

- Pizzetti, F.: "Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura", in MediaLaws, 1/2017, 48 ss..
- Pizzetti, F. (a cura di): "Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione", Giappichelli, Torino, 2018
- Poggi, A.: "Soft Law nell'ordinamento comunitario", Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Catania, 14-15 ottobre 2005.
- Pollicino, O.: "Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider", in Percorsi costituzionali, 1/2014
- Pollicino, O.: "L'autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale, in Federalismi, 19/2019
- Pollicino, O.: "La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet", in Pitruzzella, G., Pollicino, O., Quintarelli, S., "Parole e potere", Enea, Milano, 2017
- Pollicino, O.: "General report: freedom of speech and the regulation of fake news", Intersentia, Cambridge, 2023
- Popper, K.: "Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza", 2010.
- Popper, K.: "La società aperta e i suoi nemici", Armando Editore, Roma, 2018
- Quirico, D.: Iraq. 20 anni senza un perché e la menzogna democratica, su Volerelaluna.it, 23 marzo 2023.
- Rauch, J.: "La Costituzione della Conoscenza. In difesa della verità", Castelvecchi, Roma, 2022.
- Redazione Il Post: "Cose spiegate bene. Voltiamo decisamente pagina", Iperborea, Milano, 2023
- Rigotti, F.: L'era del singolo, Einaudi, Torino, 2021.
- Riva, G.: "Fake news. Vivere e sopravvivere in un mondo di post-verità", Il Mulino, Bologna, 2018.
- Rodotà, S.: "Tecnologie e diritti", Il Mulino, Bologna, 1995

- Rodotà, S.: "Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione", Laterza, Roma-Bari, 1997
- Rodotà, S.: "Intervista su privacy e libertà", Laterza, Roma-Bari, 2005
- Rodotà, S.: "Il diritto di avere diritti", Laterza, Roma-Bari, 2012
- Rodotà, S.: "Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli", Laterza, Roma-Bari, 2014
- Rossi, E.: "Le formazioni sociali nella Costituzione italiana", Cedam, Padova, 1989
- Sandel, M.: "Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato", Feltrinelli, Milano, 2012
- Sandel, M.: "The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?", Penguin, New York, 2020.
- Sartori, G.: "Opinione pubblica", in "Enciclopedia del Novecento", 1979
- Sartori, G.: "Democrazia", Treccani, Milano, 1982
- Sartori, G.: "Homo videns. Televisione e post-pensiero", Laterza, Roma-Bari, 2007
- Sartori, G.: "Teoria dei partiti e caso italiano", Sugarco, Milano, 2023
- Schmitt, C.: "L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni", in Le categorie del "politico", Il Mulino, Bologna, 1972
- Smith, A.: "Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni", Mondadori, Milano, 1977.
- Spadaro, A.: "Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico", Giuffré, Milano, 1994
- Stanley, B.: "The thin ideology of populism", in Journal of political ideologies, 1/2008, 95 ss.
- Stringa, P.: "Che cos'è la disintermediazione".
- Sunstein, C.R.: "#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media".
- Sunstein, C.R.: "Liars: Falsehood and free speech in an Age of deception", Oxford University Press, Oxford, 2021.

- Sunstein, C.R.: "Too much information. Understanding what you don't want to know", The Mit Press, Cambridge Massachusetts, London England, 2020.
- Teubner, G.: "Costituzionalismo della società transnazionale – relazione al XXVVIII Convegno annuale dell'AIC", in Osservatorio AIC, 4/2013.
- Thaler, H., Sunstein, C.R.: "Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità. L'edizione definitiva", Feltrinelli, Milano, 2022.
- Thompson, J.B.: "Mezzi di comunicazione e modernità", Il Mulino, Bologna, 1998
- Tipaldo, G.: "La società della pseudoscienza. Orientarsi tra buone e cattive spiegazioni", Il Mulino, Bologna, 2019
- Tonnies, F.: "Comunità e società", Laterza, Roma-Baro. 2011 (prima ed. 1887)
- Urbinati, N.: "Opinione pubblica e legittimità democratica", in Rassegna italiana di sociologia, 4/2010
- Urbinati, N.: "Io, il popolo", Il Mulino, Bologna, 2020
- Urbinati, N.: "L'ipocrisia virtuosa", Il Mulino, Bologna, 2023
- Valarian, H.: "Markets for information goods", University of California Press, Berkley, 1998
- Vattimo, G. "Addio alla verità", Meltemi, Roma, 2009
- Vigevani, G.E., Cuniberti, M.: La riforma del sistema radiotelevisivo. Aggiornamento a percorsi di diritto dell'informazione", Giappichelli, Torino, 2004
- Vigevani, G.E.: "Informazione e democrazia", in Cuniberti M., Lamarque E., Tonoletti B., Vigevani G.E., Viviani Schlein P.: "Percorsi di diritto dell'informazione", Giappichelli, Torino, 2011
- Vigevani, G.E., "Processo e informazione", Giuffré, Milano, 2012
- Vigevani G.E., "I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo", Torino, Giappichelli, 2018

- Vigevani, G.E.: “Sistema informativo e opinione pubblica nel tempo della pandemia”, in Quaderni Costituzionali, 4/2020
- Vigevani, G.E., Pollicino, O., Melzi d’Eril, C.: “Il diritto dell’informazione e dei media”, Giappichelli, Torino, 2022
- Vigevani, G.E., Melzi d’Eril, C.: “Potere informazione diritti”, Il Sole 24 ore, Milano, 2022
- Volokh, E.: "Treating social media platforms like common carrier? Symposium: free speech and social media platform regulation", in Journal of free speech law, 1/2021.
- Walzer, M.: “Sfere di giustizia”, Feltrinelli, Milano, 1987.
- Walzer, M.: “Il liberalismo come arte della separazione”, Einaudi, Torino, 2004
- Walzer, M.: “Pensare politicamente. Saggi teorici”, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- Zanon, N.: “Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di una “Autorità pubblica della verità”?, in MediaLaws, 1/2018
- Zagrebelsky, G.: “Il diritto mite”, Einaudi, Torino, 1992
- Zagrebelsky, G.: “Imparare democrazia”, Einaudi, Torino, 2005
- Zagrebelsky, G.: “La virtù del dubbio”, Laterza, Roma-Bari, 2007
- Zagrebelsky G., Marcenò, V., Pallante, F.: “Lineamenti di diritto costituzionale”, Mondadori, Milano, 2023