

Libertà d'espressione e sfera pubblica nell'emergenza: crisi del costituzionalismo?

di
Carlo Magnani*

SOMMARIO: 1. Emergenza o eccezione? Comunque, crisi. - 2. La libertà di espressione: un diritto già in emergenza? - 3. La lotta alla disinformazione nella Unione europea. - 4. Tornare alla verità? - 5. Opinione pubblica e informazione: pluralismo o "etica militante"? - 6. Nuovi poteri privati e libertà di informazione: quale modello? - 7. La libertà d'espressione e i nuovi orizzonti del costituzionalismo.

1. Emergenza o eccezione? Comunque, crisi.

A quasi tre anni di distanza dalla dichiarazione dello stato di emergenza per la pandemia da coronavirus Covid-19, a cui sono seguiti un numero cospicuo di provvedimenti amministrativi e atti di fonte primaria¹, è forse possibile osservare e valutare con maggiore distacco l'impatto che tale regolazione ha avuto sulla prestazione complessiva dei diritti fondamentali. Anche se è impossibile assumere la posizione del saggio che, ben saldo sulla terra ferma, vede sull'orizzonte marino consumarsi la tragedia di un naufragio², questo atteggiamento lucreziano dovrebbe

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

¹ Si veda, tra la copiosa letteratura: A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto e ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, 4/2021; P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistemico*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2021; C.A. CIARALLI, *Protagonismo governativo e alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo di emergenza?*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022; S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2022.

² LUCREZIO, *De rerum natura, Proemio, Libro II (vv.1-61)*, in *La natura delle cose*, a cura di G. Milanese, Milano, 1992.

essere motivo di ispirazione per il giurista o per lo studioso di scienze sociali in relazione agli atti (e ai fatti) della crisi sanitaria.

Da un punto di vista generale, sembra condivisibile la posizione³ di chi ha invitato a distinguere attentamente due concetti che in dottrina sono stati spesso e volentieri confusi, finendo per impiegare l'uno intendendo in verità l'altro e viceversa. Si tratta delle categorie dommatiche di "eccezione" ed "emergenza", che corrispondono a due logiche del tutto distinte. Se nel diritto penale i due concetti tendono a sovrapporsi, nel diritto pubblico non è affatto così. Dal punto di vista teorico, per il costituzionalismo moderno, la questione non può non avere come punto di riferimento il celebre scritto schmittiano in cui si sancisce che «sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione»⁴: che infatti è stato più volte citato in tanti commenti e contributi. Nella analisi che compie il giurista tedesco è già ben presente la distinzione tra stato di necessità, o di emergenza, e stato di eccezione⁵. Nello stato di emergenza si ha una sospensione formalizzata dell'ordinamento, si apre cioè uno spazio tipizzato di deroga alla norma e di sospensione legittima e legale della legislazione⁶. Il tutto avviene entro l'ordine giuridico in vigore e in maniera del tutto controllata e prevedibile, mediante soggetti e procedure prestabilite, che adempiono la funzione peculiare di ripristinare l'ordinamento. Nella logica dell'eccezione, invece, la sospensione ordinamentale non è mansionata al recupero della normatività incidentalmente sospesa, non è cioè servente rispetto alla normalità perduta. Lo stato d'eccezione si scioglie solo con l'avvento di una nuova normatività che non può essere quella precedente: tramite lo stato di alterazione della situazione di fatto e di quella giuridica si giunge ad un nuovo ordinamento. In questo senso è sovrano chi decide sullo stato d'eccezione.

Il periodo della pandemia sembrerebbe pertanto poter esser iscritto alla voce stato di emergenza più che a quella di stato di eccezione. La correttezza dommatica di

³ M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2/2022; nonché G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in G. De Minico, M. Villone, a cura di, *Stato di diritto emergenza tecnologia, ConsultaOnline – Collana di studi*, 2020, pp. 21 ss.

⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, 1972, p. 33.

⁵ G. PRETEROSSO, *La crisi della democrazia*, Roma-Bari, p. 81.

⁶ *Ibidem*.

tale ricostruzione teorica, tuttavia, deve essere accompagnata da alcune avvertenze. Il rischio, infatti, è che tale passaggio venga declinato nel senso del “tutto bene”⁷, spegnendo così ogni istanza critica e di discussione – non solo pubblica, come spesso è avvenuto – ma anche scientifica.

La sussunzione della pandemia da Covid-19 sotto l’ombrello dello stato di emergenza può rappresentare una efficace risposta *a posteriori* a tutti coloro che – a onore del vero, non sono stati tanti sia nella categoria dei giuristi che in altre sfere intellettuali – hanno impiegato toni particolarmente critici⁸ verso la politica sanitaria e la normazione adottate dalle istituzioni nazionali e sovranazionali. Le preoccupazioni sullo svuotamento reale delle libertà fondamentali costituzionalmente garantite hanno fatto perno – va riconosciuto – più sulla categoria dello stato d’eccezione che non sull’emergenza⁹. Quindi il discorso sarebbe ormai chiuso? Non proprio. Appare ancora più che mai utile indagare se i vari disallineamenti costituzionali¹⁰ che sono stati oggettivamente prodotti dalla normazione d’emergenza siano davvero un capitolo del passato oppure non presentino invece una qualche attualità; specialmente alla luce di quegli orientamenti che intendono il costituzionalismo come istanza critica perennemente interrogante nei confronti della fenomenologia del potere e attenta alla dialettica tra norma e mutamento sociale¹¹.

2. La libertà di espressione: un diritto già in emergenza?

⁷ Come avverte M. LUCIANI, *Salus*, Modena, 2022, p. 55.

⁸ Si segnala tra i più critici, G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L’epidemia come politica*, Macerata, 2021. Si vedano anche, AA.VV., *Pass costituzionale*, a cura di, G. Preterossi, Roma, 2021; A. ZHOK, *Lo stato di emergenza. Riflessioni critiche sulla pandemia*, Milano, 2022; M. CACCIARI, *Sulle “ragioni” dell’emergenza*, in M. BIZZARRI, *Covid-19. Un’epidemia da decodificare tra realtà e disinformazione*, Milano, 2022.

⁹ G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L’epidemia come politica*, cit., p. 18, ove si sostiene che «lo stato di eccezione, a cui i governi ci hanno abituati da tempo, è veramente diventato la condizione normale».

¹⁰ V. BALDINI, *La gestione dell’emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021.

¹¹ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006; nonché, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; ID., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021.

Data questa breve premessa metodologica, si cercherà di riflettere sull'impatto che l'emergenza sanitaria ha avuto sulla libertà di espressione e, di riflesso, su quell'insieme vasto che costituisce la cosiddetta sfera pubblica¹².

La copiosissima letteratura giuspubblicistica sulla (e nella) emergenza sanitaria non ha dedicato una rilevante attenzione alla libertà di espressione, forse in ragione del fatto che tra le libertà fondamentali interessate dai provvedimenti limitativi, in fine dei conti, essa non ha subito particolari restrizioni¹³. Infatti, i provvedimenti emergenziali che hanno dettato nuove regole per l'esercizio concreto di varie libertà costituzionali, civili¹⁴ e sociali¹⁵, modificandone significativamente le modalità di godimento, non hanno avuto una analoga incidenza sulla libertà di manifestazione del pensiero. Fortunatamente, anche in relazione della grande diffusione delle tecnologie digitali che prevedono l'utilizzo individuale e a distanza, il sistema dei media, tanto per il giornalismo professionale che per la diffusione della semplice opinione del *quisque de populo*, non è stato assoggettato a nuove discipline. Anzi, si è persino parlato di una libertà troppo ampia¹⁶.

Il punto è che il bilancio sullo statuto della libertà di manifestazione del pensiero nella emergenza sanitaria risulta condizionato da fattori che sostanzialmente precedono la fase della pandemia. Se è vero che non si sono sostanzialmente

¹² Si veda il classico, W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica*, Roma, 1999; N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, in *Enc. del Diritto*, vol. XXX, 1980. Per un'analisi giuridica e costituzionale, A.I. ARENA, *Sfera pubblica e democrazia (Note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero)*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017.

¹³ G.E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica nel tempo della pandemia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020; nonché C. MAGNANI, *Emergenza sanitaria e libertà di informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.

¹⁴ M. D'AMICO, *Emergenza sanitaria e diritti dimenticati*, in G. De Minico, M. Villone, a cura di, *Stato di diritto emergenza tecnologia*, cit., pp. 80 ss. Parla di crisi del «nucleo duro» della Costituzione, quello dei diritti, A. RUGGERI, *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Ivi*, pp. 196 ss. Nonché, F. MARCONI, *Crisi Covid 19 e limitazione della libertà di movimento, del diritto di riunione e di manifestazione in Francia, Spagna e Germania alla luce della giurisprudenza recente*, in *Amministrazione in cammino*, 2020. Si veda anche, su luci e ombre della direttiva del Ministero dell'Interno sulle manifestazioni di piazza, C. CARUSO, *L'ordine pubblico ideale redivivo? Manifestazioni di piazza, Covid-19 e «direttiva Lamorgese»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, pp. 152-154.

¹⁵ P. BILANCIA, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. De Minico, M. Villone, a cura di, *Stato di diritto emergenza tecnologia*, cit., pp. 69 ss.

¹⁶ Secondo S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, Napoli, 2021, p. 13, la fase attuale sarebbe addirittura caratterizzata da un «eccesso di libertà informativa».

registrati interventi regolatori speciali per il sistema dell'informazione, lo si deve al fatto che già da alcuni anni il complesso dei media risulta amministrato secondo politiche che possono essere ricondotte a logiche di emergenza. In special modo, dopo il 2016, si è accentuato, tanto nelle politiche pubbliche¹⁷ che in dottrina¹⁸, un orientamento che mira a distinguere concettualmente la libertà di parola nei (e dei) media tradizionali da quella della (e nella) rete Internet, con speciale attenzione verso le piattaforme sociali. Il disallineamento (del tutto evidente, del resto) rispetto al modello costituzionale sinora adottato per inquadrare la libertà di manifestazione del pensiero è sovente dichiarato esplicitamente quale premessa teorica e/o obiettivo normativo ultimo. La metafora del *free market placement of ideas*, che affonda le proprie radici nella prima modernità¹⁹ e che per tutto il Novecento ha costituito l'architrave assiologico della libertà di espressione tra le due sponde dell'Atlantico, viene ora considerata oltrepassata²⁰ o inadeguata²¹ a comprendere i nuovi modelli di comunicazione sociale. Di fronte alla oggettivamente complessa fenomenologia della informazione e del discorso pubblico sulle piattaforme sociali

¹⁷ Per un esame dei principali profili delle politiche nazionale e sovranazionali in materia di contrasto alla disinformazione online, si veda l'analitico contributo di, S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, cit. Si veda anche, M.E. BUCALO, *La libertà di espressione in rete fra content moderation dei social network e regolazione dell'Unione Europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022.

¹⁸ La letteratura è ampia, si indicano solo, G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; M. MONTI, a cura di, *La disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, in *Federalismi.it*, 11/2020, numero monografico.

¹⁹ La formula risale alla celebre *dissenting opinion* del giudice Justice Oliver Holmes, della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Abrams v. United States* del 1919, ora in O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzianti*, Milano, 1975, p. 105. Per una valorizzazione dei vantaggi derivanti dalla «più ampia e libera più libera circolazione delle idee» si veda la ricostruzione teorica e storica di, A. PACE, M. MANETTI, Art. 21. *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, pp. 20-26.

²⁰ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit., p. 49, ove afferma che «la metafora di Holmes postulava un mercato delle idee che fosse libero [...] essa appare del tutto fuori contesto: il mercato delle idee, su Internet, è tutt'altro che "libero", come ben è noto alle istituzioni».

²¹ A. NICITA, *Il mercato delle verità*, Bologna, 2021, p. 11, sostiene che «le regole che abbiamo disegnato per governare il vecchio mercato delle idee ci paiono oggi inadeguate, se non addirittura dannose se applicate al mercato delle verità. Pensare che il pluralismo delle idee coincida con la pluralità i fonti informative potrebbe generare nuovi equivoci e nuove illusioni». Anche C. SUNSTEIN, *Voci, gossip e false dicerie*, Milano, 2009, pp. 16-18 e pp. 76-79, si mostra scettico verso il principio del libero mercato delle idee, che non sarebbe idoneo a garantire la democrazia nell'epoca delle dicerie e dei gossip.

e sulla Rete, la risposta privilegiata sembra quella di introdurre deroghe alla tradizione costituzionale moderna in favore di una disciplina tipica per i nuovi media digitali. La medesima giurisprudenza casistica della Corte EDU, con la sua attitudine tendenzialmente «"sospettosa"» verso il mezzo Internet, contrariamente ai toni «"entusiastici"» usati oltre Oceano, sembra incoraggiare tali esiti²². Disinformazione, *fake news*, discorsi d'odio, costituirebbero delle vere e proprie emergenze a cui rispondere con regole nuove, nel nome di un inedito bilanciamento tra il diritto dell'individuo alla libertà di parola e la tutela di altri diritti individuali (come la privacy, la reputazione o l'astratto diritto a "non essere disinformati") o, soprattutto, di interessi collettivi (democrazia, sicurezza nazionale, la "buona informazione").

Non si può, quindi, parlare della inaugurazione di un nuovo corso elaborato nella fase della pandemia per il diritto della informazione, come avvenuto ad esempio per il diritto alla salute²³, semplicemente perché vari prodromi di un clima emergenziale erano già presenti da qualche tempo. A livello sovranazionale eurounitario quanto a quello nazionale, sono state messe in atto politiche per i media che non hanno fatto altro che adattare il modello elaborato nel lustro precedente, per difendere la democrazia²⁴ e contro la disinformazione²⁵, alla nuova realtà del coronavirus.

²² Sul punto si veda, la precisa ricostruzione di M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, pp. 163 ss., che mostra le differenze di approccio giuridico tra gli Stati Uniti e il continente europeo, concentrandosi specialmente sugli indirizzi giurisprudenziali. Si veda anche, O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit., pp. 20 ss.

²³ C. IANNELLO, *L'"interpretatio abrogans" dell'art. 32 della Costituzione*, Napoli, 2022.

²⁴ Commissione europea, *Sul piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 final, del 3 dicembre 2020.

²⁵ Commissione europea, si veda in primo luogo, la pagina web di sintesi, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>. Inoltre, la Comunicazione della Commissione europea, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM(2018) 236 final, del 26 aprile 2018; il *Report of the independent High Level Expert Group on fake news and online disinformation (chairman Madeleine de Cock Buning), A multi-dimensional approach to disinformation*, del 12 marzo 2018. Da questa attività sono scaturiti, la Joint Communication, *Action Plan against Disinformation*, JOIN(2018) 36 final, del 5 dicembre 2018; la Relazione della Commissione sull'attuazione della comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo", COM(2018) 794 final, del 5 dicembre 2018.

3. La lotta alla disinformazione nella Unione europea.

Il termine “infodemia”²⁶ è stato sovente impiegato nella pubblicistica per contrassegnare il magmatico e straripante flusso di informazioni che hanno accompagnato prima l’insorgere della pandemia e poi il consolidarsi dello stato di emergenza. L’atteggiamento delle istituzioni nei confronti di questo scenario mediale, del tutto prevedibile nel contesto della società della connessione globale, è stato quello di adottare strategie per il contenimento delle informazioni non supportate da evidenze scientifiche.

Le modalità e le linee di intervento, a livello europeo ed anche nazionale²⁷, erano già sostanzialmente predisposte, si è reso necessario solo un adeguamento al nuovo momento. Con un importante e sollecito documento²⁸ le istituzioni eurounitarie si impegnano sin dai primi mesi della emergenza sanitaria a contrastare i processi di disinformazione, a loro dire, in atto. Muovendo dalla constatazione che si è in presenza di una «“infodemia” senza precedenti», l’atto di indirizzo riconduce subito il contrasto alla disinformazione sanitaria alle politiche già operative nella Unione, almeno dal 2018, in linea «con i nostri valori democratici», per tutelare lo spazio pubblico informativo europeo. Viene così richiamato il *Codice per le buone pratiche sulla disinformazione* mentre si indicano le nuove emergenze che risulterebbero dal contesto pandemico. Il sistema informativo risulterebbe segnato da: diffusione di notizie false o fuorvianti di tipo scientifico, anche se non illegali; teorie del complotto che minano la coesione sociale; istigazione all’odio; frodi ai danni dei consumatori; criminalità informatica; ingerenza esterna di soggetti o

²⁶ Il concetto è stato impiegato e precisato anche dall’OMS, sancendo che: «costituisce infodemia un eccesso di informazioni su un problema che rende difficile individuare una soluzione. Durante un’emergenza sanitaria può contribuire alla diffusione di informazioni false, fuorvianti e non confermate. L’infodemia può ostacolare l’efficacia della risposta della sanità pubblica e generare confusione e sfiducia tra le persone». Cfr. https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200305-sitrep-45-covid-19.pdf?sfvrsn=ed2ba78b_4.

²⁷ C. MAGNANI, *Emergenza sanitaria e libertà di informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, cit.

²⁸ Commissione europea, Alto Rappresentante dell’Unione per gli Affari esteri e la Politica di sicurezza, *Contrastare la disinformazione sulla Covid-19 – Guardare ai fatti*, JOIN(2020) 8 final, del 10 giugno 2020.

Paesi terzi come Russia e Cina, con intenti destabilizzatori²⁹. In perfetta coerenza con le politiche sulla disinformazione si ribadisce che occorre distinguere, in primo luogo, tra contenuti illeciti veri e propri (quindi perseguibili dagli ordinamenti statali) e quelli che sono invece legali³⁰, perché la disinformazione riguarda soprattutto questi ultimi, ove si annidano i pericoli per la vita sociale. Una volta isolati i contenuti ritenuti dannosi occorre poi stabilire se vi sia intenzionalità nel processo di distorsione della informazione o se siano presenti finalità di lucro: in questi casi vi sarebbe allora disinformazione tendenziosa.

Proviamo a svolgere alcune considerazioni. La disinformazione non pare facilmente individuabile.

Essa va innanzitutto distinta da altre modalità informative che le somigliano come la malinformazione o la misinformazione³¹, dalle quali la distingue proprio la consapevolezza di diffondere un contenuto che si sa non essere veritiero. Ma per giungere a questa determinazione, secondo il percorso indicato proprio dalla Commissione Ue, occorre vagliare due elementi che presentano una connotazione fortemente soggettiva. In primo luogo, si deve valutare come potenzialmente dannosa l'informazione in circolazione, cosa che presuppone a sua volta l'individuazione di beni giuridici da proteggere dalle eventuali condotte comunicative. In secondo luogo, occorre dimostrare che informazioni comunque lecite, anche se all'apparenza non del tutto veritiere, oltre a risultare una potenziale minaccia per la comunità sono state diffuse con la precisa intenzione di causare proprio la situazione di pericolo o il danno. Inoltre, analizzando proprio i beni

²⁹ *Ivi*, *Introduzione* e § 1.

³⁰ *Ivi*, § 1, ove, si precisa che «occorre innanzitutto separare i contenuti illegali veri e propri da quelli dannosi ma non illegali. Bisogna poi appurare se sussiste l'intento di ingannare o arrecare un pregiudizio pubblico o se vi è uno scopo di lucro: qualora fosse assente, ad esempio quando un cittadino condivide in buona fede una notizia non veritiera con amici e familiari, si parla di diffusione di informazioni false; se invece l'intento sussiste, come precisato nella comunicazione della Commissione di aprile 2018 siamo in presenza di disinformazione tendenziosa». I riferimenti sono al piano d'azione contro la disinformazione del 2018 (JOIN(2018) 36 final del 5 dicembre 2018, cit.) che fonda la strategia contenuta nella comunicazione della Commissione *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM(2018) 236 final, cit.

³¹ Sul punto, anche, A. NICITA, *Il mercato delle verità*, cit., pp. 58-60; S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, cit., p. 23 e ss.; C. VALDITARA, *Fake news: regolamentazione e rimedi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2021, pp. 262 ss.

generali da proteggere, non si può non evidenziarne il carattere eterogeneo e generico, nel quale confluiscono questioni e interessi di varia natura, come la tutela del consumatore o la sicurezza nazionale contro ingerenze esterne. Anche qui i margini per l'interpretazione sembrano abbastanza ampi, muovendosi sempre nell'insidioso terreno di confine tra contenuti illeciti (si pensi alla criminalità informatica) e quelli invece legali. Infine, elemento che purtroppo può apparire sovente dato per scontato, giova sottolineare che l'universo mediatico a cui si fa riferimento è ovviamente solo ed esclusivamente quello dei media di Internet e in special modo l'ambiente informativo delle piattaforme digitali. Trova quindi conferma anche per l'emergenza sanitaria da Covid-19 l'asimmetria che è a fondamento di tutte le politiche della Ue in materia, e cioè che le distonie informative in grado di perturbare la democrazia europea sembrano riguardare esclusivamente i media digitali³².

La categoria di disinformazione viene così aggiornata per l'emergenza sanitaria in sostanziale continuità rispetto alla fase pre-pandemica, riproducendo anche i precedenti elementi di ambiguità. Anche la strategia di attacco alla disinformazione riprende il modello di co-regolamentazione, integrato da ambiti di autoregolazione³³, che prevede il costante e decisivo coinvolgimento delle piattaforme digitali³⁴. L'esperienza del *Codice di buone pratiche sulla disinformazione* è il fulcro istituzionale e concettuale attorno a cui ruota il contrasto ai disordini informativi

³² Segnala molto bene l'asimmetria, B. PONTI, *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilevati critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al CoViD-19 sul web e sui social network»*, in *BioLaw Journal*, Special-Issue, 1/2020. La rileva anche, G.E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica nel tempo della pandemia*, cit.

³³ La letteratura è piuttosto ampia, si indicano: M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., pp. 295 ss.; G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it*, 11/2019; M.E. BUCALO, *La libertà di espressione in rete fra content moderation dei social network e regolazione dell'Unione Europea*, cit.; M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2019.

³⁴ Commissione europea, Alto Rappresentante dell'Unione per gli Affari esteri e la Politica di sicurezza, *Contrastare la disinformazione sulla Covid-19 – Guardare ai fatti*, JOIN(2020) 8 final, cit., § 5. «La cooperazione con i social media è un fattore determinante tanto ai fini di una valutazione globale della sfida quanto ai fini di una risposta efficace all'infodemia. Dall'inizio della crisi la Commissione insiste sulla necessità che le piattaforme online garantiscano la piena attuazione degli impegni assunti nell'ambito del codice di buone pratiche».

anche nella fase della emergenza sanitaria. Anzi, proprio la pandemia costituisce occasione di riflessione in seno alla Commissione su possibili rafforzamenti della strategia di lotta. In un documento di circa un anno dopo, la Commissione osserva come il «programma di monitoraggio non si è limitato a fornire una panoramica approfondita delle azioni intraprese per contrastare la disinformazione sulla Covid-19 in base agli impegni previsti dal codice, ma ha anche rappresentato una prova di resistenza per il codice»³⁵, facendo però emergere alcune lacune nel quadro complessivo³⁶. Le varie problematiche affiorate portano i Commissari a concludere che gli «impegni previsti dall'attuale codice di buone pratiche non sono abbastanza efficaci nel fornire una risposta globale ai fenomeni di disinformazione», tanto che per rendere dinamico il Codice è necessario che i firmatari si impegnino ad individuare un meccanismo che possa apportarvi aggiornamenti periodici. La via che viene indicata è quella dell'ampliamento dell'ambito di applicazione del Codice.

In ragione dell'esperienza maturata nell'emergenza sanitaria, la Commissione deduce che esiste un nemico ulteriore da combattere oltre alla disinformazione, cioè la «cattiva informazione». Infatti, «l'infodemia [...] ha dimostrato che anche la cattiva informazione (informazioni false o fuorvianti diffuse senza intenzione fraudolenta) può arrecare un pregiudizio pubblico considerevole se diventa virale»³⁷. La nozione di «cattiva informazione» era già stata impiegata in precedenza nei documenti³⁸ con cui la Commissione aveva inaugurato la lotta alla

³⁵ Commissione europea, Comunicazione, *Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, COM(2021) 262, del 26 maggio 2021, § 2.

³⁶ *Ibidem*. Si indicano in modo particolare, la qualità delle segnalazioni, gli indicatori di prestazione, la valutazione indipendente, la mancanza di una copertura sufficiente per la verifica dei fatti, la monetizzazione della disinformazione attraverso le inserzioni pubblicitarie.

³⁷ *Ivi*, § 3.2.

³⁸ Commissione europea, COM(2020) 790 final, cit. § 4. Il piano d'azione per la democrazia europea definiva la cattiva informazione come: «la cattiva informazione è costituita da contenuti falsi o fuorvianti, condivisi senza intenzione fraudolenta, anche se gli effetti possono comunque essere dannosi, ad esempio quando le persone condividono informazioni false con amici e familiari in buona fede».

disinformazione³⁹, venendo però risparmiata dalla soggezione alle misure del Codice in virtù della assenza di qualunque forma di intenzionalità malevola. Ora, dopo il Covid-19, si compie un salto di qualità, infatti, si invitano i sottoscrittori del Codice di buone pratiche a «impegnarsi ad attuare politiche adeguate e adottare misure proporzionate per limitare i rischi derivanti dalla cattiva informazione qualora vi sia il rischio di un pregiudizio pubblico considerevole»; anche se, si riconosce, «a seconda della loro natura, non tutti gli impegni previsti dal codice si applicherebbero alla cattiva informazione»⁴⁰. A questo punto pare essere maturato un mutamento concettuale nella nozione di disinformazione – che aggiunge ulteriore ambiguità ad un concetto che ne era già ben venato⁴¹ – che la Commissione medesima non può fare a meno di segnalare. La categoria della disinformazione – si precisa – può essere pertanto intesa in senso generale, includendo però al suo interno alcune fattispecie distinte: la disinformazione in senso stretto, la cattiva informazione, le operazioni di influenza delle informazioni e le ingerenze straniere⁴². Lo spazio in cui cercare si allarga, in maniera poco omogenea e coerente, restando inoltre sempre aperta la delicata questione che vede il concetto di disinformazione idoneo a includere anche i contenuti non illegali ma dannosi⁴³.

³⁹ *Ibidem*. Il piano d'azione per la democrazia europea definisce la disinformazione come: «la disinformazione è un contenuto falso o fuorviante, diffuso con l'intento di ingannare o ottenere un guadagno economico o politico e che può provocare danni pubblici».

⁴⁰ Commissione europea, Comunicazione, *Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, cit., § 3.2.

⁴¹ Si veda, B. PONTI, *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilevi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al CoViD-19 sul web e sui social network»*, cit.

⁴² Commissione europea, Comunicazione, *Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, cit., § 3.2. A questa classificazione la Commissione era giunta già con la Comunicazione sulla democrazia del dicembre 2020, cfr. Commissione europea, COM(2020) 790 final, cit. § 4. Si veda anche, G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di diritto europeo*, 1/2021, p. 61.

⁴³ Commissione europea, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM(2018) 236 final, cit., § 2.1 ove si definisce la disinformazione: «Per disinformazione si intende un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico. Il pregiudizio pubblico include minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della

L'emergenza sanitaria ha quindi favorito un processo di chiarificazione categoriale che era implicito negli atti inaugurali della strategia di contrasto alla disinformazione, favorendo anche l'adozione di una nuova versione del Codice di buone pratiche, il cosiddetto Codice "Rafforzato"⁴⁴, che rappresenta la nuova frontiera della battaglia contro i disordini informativi nella Unione europea.

4. Tornare alla verità?

Dal punto di vista della teoria del diritto, la libertà di manifestazione del pensiero è un macro-diritto⁴⁵ che racchiude in sé plurime posizioni giuridiche, che svolgono sovente una funzione strumentale rispetto ad altri diritti fondamentali: basti pensare alle libertà culturali, che non avrebbero efficacia senza la libertà di espressione. Dal punto di vista della teoria dello Stato costituzionale democratico, la libertà di parola è una pietra «angolare dell'ordinamento democratico»⁴⁶, senza

sicurezza dell'UE. La disinformazione non include gli errori di segnalazione, la satira e la parodia, o notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte. La presente comunicazione non pregiudica le norme giuridiche applicabili a livello nazionale o dell'Unione relative a tali temi, *compresa la disinformazione che presenta contenuto illegale* (corsivo nostro). La presente comunicazione non pregiudica gli approcci e le azioni in corso in materia di contenuti illegali, compresi quelli relativi ai contenuti terroristici online e alla pedopornografia». Sembra rientrare in tale novero anche la diffusione intenzionale di contenuti non illegali ma dannosi, che la Comunicazione, *Contrastare la disinformazione sulla Covid-19 – Guardare ai fatti*, JOIN(2020) 8 final, cit., § 1, qualifica come «disinformazione tendenziosa». Tale approccio, secondo S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, cit., pp. 108-115, crea ambiguità nella nozione di disinformazione, denotando un approccio dell'Unione europea «troppo prudente» nel distinguere tra contenuti intenzionali dannosi ma non illegali e contenuti parimenti volontari dannosi e illegali: per l'Autrice l'intenzionalità dovrebbe determinare sempre l'illegalità.

⁴⁴ Commissione europea, *The strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*. Si veda, per un primo commento, O. POLLICINO, *Sulla disinformazione arriva un nuovo Codice Ue*, in *Ilsole24ore*, 16 giugno 2022; ID., *Codice contro la disinformazione: il peccato originale, e, Il nuovo Codice europeo contro la disinformazione*, in *LaVoce.info*, 7 e 8 settembre 2022. Parla di «autoregolazione eterodiretta», M. MONTI, *Lo strengthened Code of Practice on Disinformation: un'altra pietra della nuova fortezza digitale europea?*, in *Medialaws*, 2/2022.

⁴⁵ Si veda, G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, a cura di, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 220-253; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, pp. 25 ss.

⁴⁶ Corte costituzionale, sent. n. 84 del 1969. La giurisprudenza costituzionale sul punto è assai consolidata, come ribadito e precisato nella pronuncia n. 349 del 1990, e poi in quella del n. 29 del 1996, che specifica come «L'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime, infatti, una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico».

la quale è impossibile, logicamente oltre che storicamente, anche solo immaginare l'attuazione del principio democratico.

Il figurino costituzionale italiano della libertà di espressione è, come è noto, oscillato tra l'interpretazione "individualista" e quella "funzionalista"⁴⁷; forse con una prevalenza della seconda opzione da parte degli studiosi ed anche della giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁸. Per quanto diversi siano, entrambi i modelli presentano elementi comuni che convergono nella determinazione del contenuto essenziale della libertà garantita dall'art. 21 Cost. Tra questi, senza dubbio, merita una menzione la questione della "funzione di verità". Tanto la ricostruzione funzionale⁴⁹ che quella individualista⁵⁰ hanno respinto l'idea che la libertà di espressione debba corrispondere a contenuti di verità o comunque verificabili⁵¹. Il relativismo e lo scetticismo costituiscono del resto una premessa teorica dello Stato democratico, rinvenibile ad esempio tanto in Kelsen che in Schmitt⁵². L'affermazione secondo la quale lo Stato democratico costituzionale non

⁴⁷ Sulle due letture dell'art. 21 Cost., si veda, tra gli altri, M.R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento italiano*, Torino, 2019, pp. 13 ss.

⁴⁸ G. BOGNETTI, *La problematica della libertà costituzionale d'espressione. (Per una storia autentica dell'art. 21 e della evoluzione dei suoi significati e per una teoria consapevolmente "politica" di quella libertà). Appunti a margine di un'opera di A. Pace e di M. Manetti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁹ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, pp. 13-18. Concetto ribadito anche in P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1994, p. 229, ove si sostiene che neppure «la diffusione di notizie false può essere considerata illecita in sé e per sé».

⁵⁰ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, pp. 36-37. In una analoga posizione Alessandro Pace, nel solco della visione individualista, adotta la distinzione tra espressione del pensiero «subiettivamente falso» e «falso oggettivo», giungendo alla conclusione che la delimitazione dell'ambito di garanzia dell'Art. 21 Cost. comprende solo il pensiero originale. Si veda anche, A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 88 ss.

⁵¹ S. QUINTARELLI, *Perché sto con Trump contro Twitter*, in *Agenda digitale* (29 maggio 2020), adombra un diritto a mentire sostenendo che «La libertà di espressione finisce per confinare con la libertà di mentire».

⁵² La letteratura sul punto è copiosa, si citano solo due testi dei due grandi giuristi: H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1970, pp. 111 ss., pp. 253 ss e pp. 330 ss.; e, C. SCHMITT, *Parlamentarismo e democrazia*, Lungro di Cosenza, 1999, p. 24. Si veda anche il noto libro più volte ripreso sul tema di, H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 1995, pp. 40 ss., che opera però una basilare distinzione tra verità razionale e verità di fatto. Il profilo scettico della democrazia costituzionale è stato, tra gli altri, ribadito anche da E. DENNINGER, *Presupposti di ordine civile per una democrazia parlamentare funzionante, oggi*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020.

può garantire i presupposti della sua esistenza⁵³ certifica irrimediabilmente proprio questo aspetto, al contempo nichilistico ed eccedente⁵⁴, della modernità giuridica. Anche la Costituzione italiana risente pienamente di questo fondamento spirituale, e configura infatti un modello di libertà politiche e culturali assolutamente aperto e laico, plurale e libero da ipoteche assiologiche⁵⁵. La vicenda storica della Repubblica si è di fatto svolta nel segno di tale pluralismo, consentendo anche in momenti drammatici il confronto libero tra opzioni ideologiche e politiche contrapposte, tutte ammesse nella sfera pubblica democratica con pari dignità e legittimità etica. Persino durante le fasi di più alta tensione politica e sociale (le prime elezioni libere nel quadro della nascente “guerra fredda”, il terrorismo e la violenza politica nel decennio dei Settanta, i processi per corruzione alla classe politica) non si è mai giunti ad invocare il rispetto della verità (o verificabilità) dei fatti come presupposto della libertà di parola e di propaganda, squalificando come menzogneri e indegni i punti di vista alternativi.

L’approccio è invece sensibilmente cambiato da quando è iniziata la lotta alle *fake news* che circolerebbero sulle piattaforme sociali digitali o sulla Rete più in generale. La data spartiacque è il 2016 quando tre comizi elettorali segnano tre vittorie non attese, e men che meno auspicate, dalle classi dirigenti occidentali (referendum Brexit, elezione Trump e, nel nostro ambito nazionale, referendum costituzionale)⁵⁶. Da questo momento, “le magnifiche sorti e progressive” della comunicazione via Internet iniziano a essere offuscate da nubi che si addensano all’orizzonte. Si diffonde una logica di tipo emergenziale o facilmente declinabile come tale, percorsa da venature moralistiche.

⁵³ E.W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, 2006, p. 68.

⁵⁴ G. PRETEROSSO, *La promessa democratica moderna. Tra nichilismo e spoliticizzazione*, in *Sociologia del diritto*, 1/2013, p. 175, afferma che «la democrazia possa permettersi di non essere un “regime della verità” – o meglio di essere un regime della non verità, della relativizzazione delle pretese assolutistiche insite in ogni “posizione” di verità – se mantiene vive le sue risorse di legittimazione pre-giuridiche».

⁵⁵ G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4/2014.

⁵⁶ A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in *Medialaws*, 3/2018, pp. 90-109, ove: «Fino al 2016, il tema delle *fake news* era di fatto assente dai media».

Dal punto di vista teorico si tratta di una fase interessante. Dopo il dominio del postmoderno nelle scienze sociali, che aveva decostruito le pretese di ogni funzione di verità come residuo di una epoca metafisica ormai superata⁵⁷, avanza con decisione l'idea che la comunicazione, quindi la cultura, debba invece tornare a fondarsi proprio sulla verità. L'epoca attuale, quella della comunicazione caotica e orizzontale via Internet, sarebbe contrassegnata dal trionfo della post-verità⁵⁸, e ciò, ben lungi dal segnare il trionfo della libertà ermeneutica come volevano i postmoderni, determinerebbe esiziali pericoli per la democrazia e la convivenza civile. Ma non solo. Ad aggravare la minaccia per le democrazie rappresentata dalle *fake news*, si deve aggiungere anche la coeva comparsa di alcuni soggetti politici destabilizzanti, cioè i movimenti sovranisti e/o populistici⁵⁹, i quali sarebbero i primi e più efficaci utilizzatori e produttori della stessa disinformazione online: secondo un meccanismo circolare.

Il ritorno alla verità come presidio della democrazia è il vero nocciolo culturale e teorico attorno a cui ruota la lotta alla disinformazione. Ignorando però che il rapporto tra democrazia, cioè potere, e verità non è affatto semplice e privo di contraddizioni e tensioni. C'è chi ha avuto il merito di formulare in maniera chiara ed esplicita l'auspicio che vengano addirittura introdotti dei veri e propri "diritti aletici"⁶⁰, per modellare il dibattito pubblico secondo nuovi paradigmi assiologici. Nella scienza giuridica, invece, la nuova centralità della funzione di verità non è affermata in modo tanto diretto, venendo metodologicamente filtrata attraverso i dispositivi tipici del diritto. Ma la vera e propria battaglia ingaggiata contro la disinformazione nell'ambiente digitale non si può comprendere senza questa premessa generale. Un giurista che ha avuto un ruolo importante è il

⁵⁷ G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009; J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano, 1981.

⁵⁸ M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017.

⁵⁹ Nella letteratura costituzionalistica, si vedano, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, pp. 375-401, che pone al centro la dinamica della informazione definendo il populismo «uno stile della comunicazione politica» (p. 376); AA. VV., *Questione giustizia, Populismo e diritto*, 1/2019, numero monografico; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018.

⁶⁰ F. D'AGOSTINI, *Diritti aletici*, in *Biblioteca della libertà*, 1/2017, pp. 8-41.

costituzionalista⁶¹ americano Cass Sunstein, uno dei primi che, muovendo dall'analisi del sistema della comunicazione sociale tramite Internet strutturata per bolle o echo-chamber⁶², è giunto alla conclusione che i principi classici del costituzionalismo che hanno sinora guidato la lettura della libertà di espressione – sintetizzabili nella dottrina del *free market placement of ideas* – debbano essere sottoposti a revisione quando si tratta delle regole per i nuovi mezzi di comunicazione digitale. Troppe le insidie nascoste nelle pieghe della Rete, tra rischi di manipolazione del cittadino mediante informazioni non veritiere e polarizzazione del consenso che chiude le comunità virtuali al dialogo, la democrazia corre il serio pericolo di venire snaturata⁶³. Ragione per cui, oggi, l'enunciazione della crisi e della inattualità della metafora del *free market placement of ideas* è divenuta una sorta di premessa, più o meno esplicita, di ogni analisi della libertà di parola sui media digitali; premessa da cui dedurre poi la necessità di un intervento regolatore del legislatore⁶⁴ o per rinsaldare le politiche di co-regolamentazione della Commissione europea⁶⁵.

5. Opinione pubblica e informazione: pluralismo o “etica militante”?

Il ritorno alla verità non ha solo prodotto una asimmetria tra vecchi media, poco o nulla interessati dalle strategie di contrasto alla disinformazione⁶⁶, e nuovi media digitali, individuati per le loro specifiche caratteristiche comunicative come

⁶¹ Per un profilo critico del giurista americano, si veda, A. MANGIA, *Lo strano caso del Professor Sunstein e Mister Nudge*, in AA.VV., *Tecnopolitica. Dal momento populista al governo dell'emergenza, La Fionda*, 1/2022, pp. 25 ss.

⁶² C. SUNSTEIN, *Voci, gossip e false dicerie*, cit.

⁶³ C. SUNSTEIN, *#Repubblic. La democrazia nell'epoca dei media*, Bologna, 2017; nonché C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 1/2022.

⁶⁴ M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio*, Milano, 2020.

⁶⁵ Si veda, da ultimo, M.E. BUCALO, *La libertà di espressione in rete fra content moderation dei social network e regolazione dell'Unione Europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022; V. DE SANTIS, *Esitazione vaccinale, fake news e disinformazione nella società digitale*, cit.; S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, cit.; L. LORELLO, *Il valore costituzionale della buona informazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022.

⁶⁶ Il nuovo Testo unico di servizi di media audiovisivi, il cosiddetto Tusma (decreto legislativo n. 208 dell'8 novembre 2021), indica tra i principi generali dei servizi audiovisivi (art. 4) il contrasto ai discorsi d'odio e alle strategie di disinformazione.

esclusivi veicoli della cattiva informazione. Si è ben presto creato un clima emergenziale anche nella opinione pubblica. Abbiamo avuto la prova della correttezza di quanto sosteneva un secolo fa Lippmann, cioè che le «immagini in base a cui agiscono gruppi di persone, o individui che agiscono in nome di gruppi, costituiscono l'Opinione Pubblica con le iniziali maiuscole. [...] le opinioni si cristallizzano in quella che si è soliti chiamare Opinione Pubblica, e [...] si form[an]o una Volontà Nazionale, una Mente Collettiva, un Fine Sociale o come si preferisce chiamarli»⁶⁷. Per la prima volta nella storia repubblicana si è avuto l'impressione che la sfera pubblica non fosse strutturata secondo canoni di libertà, mostrandosi gravata da un non-detto che ha spinto verso un sostanziale conformismo: prima di prendere la parola o la penna si è sentita la inedita pressione di un ambiente che pareva aver già deciso cosa potesse essere detto e cosa no⁶⁸. Si è realizzata così una evidente disarmonia rispetto al modello costituzionale di libertà culturale. Lo Stato di cultura⁶⁹ rinvenibile nell'ordito costituzionale non può essere infatti costretto nello spazio angusto della verità della scienza e della correttezza etico-morale delle opinioni. L'insieme delle disposizioni che costituiscono la trama essenziale delle libertà culturali, artt. 9, 21, e 33 Cost., non prefigurano un tipo di Stato impegnato nella promozione di una qualche politica culturale, ma disegnano un modello aperto⁷⁰ e persino scettico⁷¹, che non rinviene nemmeno nella funzione di verità, e tantomeno nella promozione di una determinata etica, alcun limite contenutistico alla libera ricerca culturale.

Dopo la prima fase della pandemia, complice anche il cambio di governo, il sistema dell'informazione tradizionale, cioè stampa e radiotelevisione, ha assunto un atteggiamento del tutto appiattito sulla comunicazione istituzionale proveniente dai soggetti dell'indirizzo politico e dagli esperti da questi accreditati, giungendo a

⁶⁷ W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica*, cit., pp. 56-57.

⁶⁸ L. RICOLFI, *A Voce Alta. Covid e tabù. L'informazione ai tempi della guerra contro il Covid*, in *Comunicazione politica*, 3/2021, pp. 463 ss.

⁶⁹ E. SPAGNA MUSSO, *Lo stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961; P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001.

⁷⁰ M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991; M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015.

⁷¹ G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, cit.

toni persino “militanti”. Se i canali digitali sono stati il veicolo di informazioni imprecise o dolosamente false provenienti dal basso, è altrettanto vero che comunque hanno assicurato la circolazione di punti di vista alternativi, garantendo un maggiore pluralismo. La sfera pubblica si è mostrata troppo dipendente da uno schema che muovendo dalla autorità scientifica avvalorata dalle istituzioni, filtrata poi dalla decisione politica, scendeva infine verso l’assolutismo della verità morale. Una simile rappresentazione ha diminuito lo spessore di quel profilo della libertà dell’informazione che è il diritto (assai ineffabile a dire il vero, e pertanto forse declinabile più correttamente in interesse generale) di essere informati⁷²; dalla cui derivazione ancora più astratta rappresentata dal “diritto a non essere disinformati” si cerca di desumere la legittimità della lotta alla disinformazione⁷³. L’attitudine conformista e moralista (messa al bando di talune opinioni e scelte individuali) riscontrata nei media tradizionali riguarda in maniera specifica e primaria il servizio pubblico radiotelevisivo più che gli editori privati, visto che esso è specialmente tenuto a garantire quella dimensione del pluralismo informativo che è il pluralismo interno⁷⁴.

6. Nuovi poteri privati e libertà di informazione: quale modello?

Il diritto dell’informazione nell’emergenza sanitaria, quindi, non si è differenziato quasi in nulla dal diritto dell’informazione precedente, che si presentava già ampiamente percorso da nervature emergenziali. Le politiche eurounitarie intraprese negli ultimi anni hanno sempre più rafforzato il controllo e la vigilanza sulle comunicazioni digitali per poter contrastare l’emergenza della

⁷² Per una ricostruzione sistematica della libertà di informazione critica con la configurazione di diritto ad essere informati, A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 345-358.

⁷³ A. NICITA, *Il mercato delle verità*, cit., p. 9; si veda anche, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011, p. 56, che teorizza un «un diritto negativo alla non disinformazione, consistente in una libertà negativa, cioè nell’immunità dalle disinformazioni e dalle manipolazioni delle notizie».

⁷⁴ Sul principio del pluralismo nel diritto dell’informazione la letteratura è vasta, si indica solo, P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era della convergenza tecnologica*, Bologna, 2019, pp. 92 ss. Si veda anche, A. PAPA, *La tutela del pluralismo informativo nell’ecosistema digitale*, in *De Iustitia*, 2019.

disinformazione o dell'*hate speech* online. Mettendo insieme vari tasselli, si ricava l'impressione che si stia procedendo ad una rilettura generale del significato della libertà di manifestazione del pensiero nello Stato costituzionale democratico; e che ciò avvenga soprattutto sul suolo europeo.

L'anti-sovrano⁷⁵, che si poteva già intuire agli esordi del globalismo, ha trovato ora la sua ineffabile forma economica nelle grandi compagnie del digitale⁷⁶. Provare oggi a definire lo statuto della libertà di espressione senza confrontarsi con questi grandi soggetti è praticamente impossibile. Il punto è come integrare tale immensa potenza sociale entro la grammatica del costituzionalismo. Quale è la natura giuridica delle piattaforme sociali? Non è questa la sede per rispondere a tale domanda. Ciò che rileva per il nostro discorso è invece il rapporto tra questi nuovi media sociali e la libertà costituzionale di parola. Il modello statunitense propende per una relazione orizzontale: la libertà di parola del I Emendamento non può essere fatta valere nei rapporti tra privati, tranne nel caso in cui uno di questi agisca come *public actor*. Così che tra cittadino e social ci si regola con le clausole contrattuali. Il modello europeo prevede una efficacia verticale della libertà costituzionale (*Drittwirkung*), ove essa si estende anche ai rapporti tra privati⁷⁷: in questo caso tra utente e gestore non dovrebbe valere solo il dispositivo contrattuale. La distanza tra queste due tipologie risulta però, da un certo punto di vista, ridimensionata nelle politiche adottate dalla Unione europea, le quali, utilizzando un modello misto co-regolatorio e auto-regolatorio, affidano alle piattaforme importanti funzioni regolatorie su cruciali aspetti della comunicazione sociale. L'efficacia verticale della Costituzione trova quindi deroga non su base contrattuale, ma grazie all'intervento pubblico che autorizza, in determinate e precise condizioni, la piattaforma ad intervenire sulla libertà di espressione dell'utente che ha violato le politiche aziendali o i codici sottoscritti tra la piattaforma medesima e il soggetto pubblico meta-regolatore. Anche in questo caso

⁷⁵ Il rimando è al quasi profetico saggio di, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996.

⁷⁶ Si veda, M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022; nonché, M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022.

⁷⁷ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

torna allora centrale il ruolo del soggetto privato, anche se con una importante differenza: il gestore del social è autorizzato ad intervenire da una regola, e da un connesso protocollo, a tutela interessi pubblici e non dalla sola autonomia negoziale (che permane come presupposto).

La strategia della Commissione europea per il contrasto alla disinformazione si iscrive entro questo percorso, che ha trovato ulteriore conferma nel *Digital Services Act*⁷⁸. Le grandi piattaforme non sono responsabili dei contenuti ma vengono responsabilizzate⁷⁹ mediante la previsione di obblighi procedurali miranti alla trasparenza e al monitoraggio delle attività intraprese per realizzare gli obiettivi indicati nella normativa. Se tale recente provvedimento ha la forma del Regolamento, non si può dire la medesima cosa per gli atti prodotti per il contrasto alla disinformazione, ove dominano provvedimenti di *soft law* e, a cascata, i codici sottoscritti dalle grandi piattaforme.

La rilettura della libertà di espressione entro lo spazio europeo è attraversata però anche altri profili di teoria costituzionale. Il protagonismo delle grandi compagnie di Internet si accompagna a processi evolutivi del costituzionalismo contemporaneo che si riflettono, in misura persino più rilevante, sulla tradizionale interpretazione costituzionale della libertà di parola.

7. La libertà d'espressione e i nuovi orizzonti del costituzionalismo.

Costituzionalismo societario, costituzionalismo dei valori multilivello, pangiuridicismo costituzionale e costituzionalismo digitale, costituiscono quattro lati di un quadrato all'interno del quale si compie oggi la lettura della Costituzione. Se c'è un elemento che li accomuna è la svalutazione, a livello dommatico, del testo costituzionale e, a livello teorico, della tradizione costituzionale che vede nella

⁷⁸ Parlamento europeo e Commissione europea, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, 2022/2065, del 19 ottobre 2022.

⁷⁹ P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. STANZIONE, a cura di, *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, pp. 11 ss.

Costituzione la forma del conflitto politico⁸⁰. La libertà di espressione, che ha come sostrato materiale il nuovo mondo digitale, si presenta all'interno di questo quadro come un interessante caso di revisionismo costituzionale⁸¹.

Il profilo del costituzionalismo societario⁸² è rappresentato dalla centralità che le grandi imprese private di Internet assumono nel modello di disciplina ispirato alla co-regolamentazione. Di fatto, l'esercizio di funzioni pubbliche di controllo è affidato loro in prima istanza, disallineando il rapporto di efficacia orizzontale che la Costituzione dovrebbe avere nei rapporti tra privati.

Il profilo del costituzionalismo multilivello dei valori⁸³, che legge la Costituzione come tavola di principi più che insieme di regole, interviene direttamente sulle ragioni ultime del contrasto alla disinformazione sulle piattaforme digitali. L'Unione europea è impegnata secondo un modello "militante"⁸⁴ ad affermare i valori, anche morali, che reputa fondanti. La libertà di espressione diventa quindi un luogo da presidiare: non solo lotta alla "cattiva informazione" ma anche vigilanza attiva sui contenuti (specialmente per l'istigazione all'odio e alla violenza verso talune categorie) nel nome della democrazia e dei "valori".

Il profilo del pangiuridicismo costituzionale, cioè «l'idea che la Costituzione e il diritto costituzionale si risolvano, essenzialmente, in ciò che il giudice costituzionale dice»⁸⁵ – strettamente connesso al costituzionalismo per valori

⁸⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2006.

⁸¹ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016.

⁸² Per il costituzionalismo societario, si indica solo, G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012; ID., *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2014.

⁸³ Si veda, tra gli altri, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 4/1999; recentemente, per una lettura del costituzionalismo novecentesco, M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma-Bari, 2020; G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005; A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2015. Il rimando va anche a C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Roma, 1987.

⁸⁴ A. GUAZZAROTTI, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nella UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2022.

⁸⁵ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, p. 176, «la percezione della dipendenza dei contenuti della nostra scienza dai precedenti della giurisprudenza ha reso sempre più diffuso e scontato riconoscere che il diritto costituzionale sia nient'altro che un ordine giuridico, la cui conoscenza sia possibile solo attraverso strumenti giuridico-formali».

multilivello⁸⁶ – contrassegna da qualche tempo l'interpretazione dell'art. 21 Cost. La giurisprudenza interna, di merito e di legittimità, ma anche costituzionale, pare ormai desumere il contenuto della libertà di informazione dalla giurisprudenza della Corte EDU. Tale crescente influenza (che ha avuto ad esempio nella disciplina del reato di diffamazione mediante attribuzione del fatto determinato una sua rilevante sintesi⁸⁷) è produttiva di una asimmetria con la Costituzione, visto che il modello "militante"⁸⁸ che ispira la Corte EDU mal si adatta con il profilo pluralista ed estremamente aperto che contrassegna l'art. 21 Cost. Del resto, la logica della CEDU, che oppone il cittadino al proprio Stato, non è quella costituzionale, in quanto prescinde del tutto dal valore politico integrativo della Costituzione⁸⁹.

Il costituzionalismo digitale⁹⁰, infine, nasce proprio sul terreno della società dell'informazione, e in esso precipitano sovente gli orientamenti teorici sopra citati, che vengono a sintesi. Astratti valori proclamati nelle Carte internazionali, sentenze di corti sovranazionali, pareri legali, atti di *soft law*, provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti: la materia del costituzionalismo digitale è costituita da un insieme di casistica creativa giurisprudenziale e *global administrative law*. Se

⁸⁶ Per una critica di tale approccio, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

⁸⁷ C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e CEDU nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021.

⁸⁸ C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017.

⁸⁹ Si veda, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2014, pp. 97-98, che nota come «quella prevista dalla CEDU è una giurisdizione dei diritti individuali *contro* lo Stato, nel senso polemico di essere *contro* l'idea di comunità politica. [...] In buona sostanza, la tutela multilivello dei diritti, non è uno strumento d'inclusione sociale (come i diritti di cittadinanza), perché nella dimensione *a-politica* dell'ordinamento multilivello, la garanzia dei diritti come pretese puramente soggettive, non è funzionale a implementare alcun processo di integrazione *politica*». Per una critica alla costituzionalizzazione della CEDU, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., pp. 101 ss.

⁹⁰ Secondo, E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2021, pp. 953 ss. «Questa nuova forma di costituzionalismo [...] mira ad ampliare, a completare e a rafforzare gli strumenti del costituzionalismo tradizionale e si sta oggi delineando come effetto diretto delle trasformazioni che la scienza e la tecnica». Si vedano anche, G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022; E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33, 2019, pp. 76-99; O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, 1/2021; O. POLLICINO, R. CONTI, F. DE STEFANO, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)?*, in *Giustizia insieme*, 2021.

in alcuni casi si prova a integrare le tradizioni costituzionali comuni entro il nuovo paradigma⁹¹, molto più spesso si registra un tratto comune delle teorie del costituzionalismo digitale (anche in sede di ricostruzione della nuova libertà di informazione) che è quello di «essere del tutto slegate dalle Costituzioni nazionali, che non vengono quasi mai prese in considerazione»⁹², preferendo invece una dimensione procedurale⁹³. Il costituzionalismo digitale si presenta pertanto come «un “costituzionalismo senza costituzioni”, soppiantate da un coacervo di atti normativi espressione di co-regolamentazione e da un diritto giurisprudenziale sovranazionale spesso dominato dall’occasionalismo»⁹⁴.

I provvedimenti eurounitari di *soft law* e di *hard law* che regolano la comunicazione digitale ed anche, molto più parzialmente, i media tradizionali sono una efficace sintesi di queste tendenze del costituzionalismo contemporaneo. Il recente *Digital Services Act* disegna un sistema procedurale molto stringente, imponendo alle grandi piattaforme obblighi di trasparenza nell’adozione di metodologie volte a contrastare la diffusione di contenuti illegali e di quelli qualificabili in senso lato come disinformazione. L’intervento amministrativo e co-regolatorio sembra dare luogo ad una competenza auto-regolatoria delle grandi *Big Tech* che, se pur formalmente non responsabili per l’attività degli utenti, risultano responsabilizzate all’attivazione di procedure (ad esempio quelle di *notice and take down*) che consentano il tempestivo intervento contro contenuti illeciti o non rispettosi dei codici sottoscritti. Il *DGA* crea a proposito uno schema di obblighi procedurali piuttosto dettagliati, ma per quanto riguarda i contenuti vietati non è altrettanto

⁹¹ E. CHELI, *Conclusioni*, cit.

⁹² Si veda la ricostruzione critica di, M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 98. Per una critica si veda anche M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, convegno *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021, in *Rivista Gruppo di Pisa*, per il quale il costituzionalismo digitale è un «azzardo, di dubbia utilità sul piano dell’inquadramento dommatico dei problemi» preferendo un «costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini».

⁹³ O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, cit., p. 7, precisa che «Se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale».

⁹⁴ M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 98.

chiaro, infatti, mentre definisce i “contenuti illegali”⁹⁵ si limita a menzionare la disinformazione rinviando agli atti di raccomandazione della Commissione e al Codice di buone pratiche⁹⁶.

Il rischio di una de-costituzionalizzazione della libertà di espressione, specialmente di quella che si esercita tramite i nuovi media digitali, a favore di una limitazione amministrativa e co-regolatoria governata direttamente dalle grandi corporation di Internet, è tutt’altro che remoto: si tratterebbe in fondo di forme di censura privata. L’approccio emergenziale tenuto durante la pandemia da Covid-19 ha solo confermato e consolidato uno stato di allarme che era già ben radicato nel diritto e nella politica europea. Forse frutto di una valutazione profondamente pessimistica della complessa fenomenologia della comunicazione via Web, che affonda magari le radici in pregiudizio o in una difficoltà culturale nei confronti della tecnica⁹⁷. Certamente i nuovi media rappresentano una opportunità e una sfida, propongono questioni giuridiche autonome e distinte da quelle dei vecchi media, da trattare quindi con regole specifiche. Tuttavia, prima di abdicare ai principi del costituzionalismo che sinora hanno guidato la libertà di informazione occorre molta prudenza. Mettere in discussione il principio del *free market placement of ideas*; estendere una già problematica funzione di verità come criterio generale di legittimità per la libertà di parola; introdurre limiti ai diritti individuali sulla base di politiche identitarie miranti a proteggere determinati valori generali; assegnare poteri di vigilanza e rimozione a soggetti privati: sono tutte azioni che rischiano di

⁹⁵ Parlamento europeo e Commissione europea, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, 2022/2065*, cit., art. 3, lettera h), ove si definisce «“contenuto illegale”: qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un’attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell’Unione o di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall’oggetto specifico di tale diritto».

⁹⁶ *Ivi*, Considerando nn. 104 e 106.

⁹⁷ M. FERRARIS, *Documedialeità*, Roma-Bari, 2021, pp. 22 ss., che invita a distinguere nel Web tra “docusfera” e “infosfera”, osservando come «a contare non è la sovrastruttura (l’informazione e la disinformazione) bensì la struttura, ossia la documedialeità, l’apparato tecnico, sociale ed economico che la rende possibile». Concentrarsi sull’infosfera e le sue patologie, significa impegnarsi «in una lotta perdente in partenza, cioè moralizzare l’infosfera, esortare alla parresia, insegnarci a diventare tutti veridici e poliglotti, fare appelli intrinsecamente circolari alla reputazione (chi veglia sulla reputazione dei reputatori?) e, quel che è ancor più improbo e mefistofelico, a conoscere tutti la verità: *eritis sicut deus scientes bonum et malum*».

realizzare un profondo revisionismo costituzionale della libertà di espressione. La medesima democrazia che l'Unione europea vuole tutelare dalla disinformazione necessita di un ambiente informativo libero e aperto. Insomma, l'emergenza non pare essere una buona consigliera, e se i nuovi media presentano delle insidie, non si possono non notare le varie asimmetrie costituzionali che risultano dalle politiche adottate e dagli indirizzi teorici che avanzano.

dirittifondamentali.it