

La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*

Oreste Pollicino

Keywords: Internet, libertà di espressione, *fake news*, *hate speech*, *free speech*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il costituzionalismo europeo alla prova dell'*hate speech* e delle *fake news*. – 2.1. La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. – 2.2. La transizione dall'atomo al bit nella narrativa della Corte di Strasburgo. – 2.3. Il diritto dell'Unione europea. – 3. Il costituzionalismo statunitense di fronte alle *fake news* e all'*hate speech*. – 3.1. Rimodulare le tutele costituzionali? – 3.2. L'impatto delle nuove tecnologie sulla libertà di espressione negli Stati Uniti. – 4. Un nuovo paradigma per Internet? – 4.1. La rilevanza del falso nella giurisprudenza. – 4.2. Il ruolo degli *Internet service provider* e il problema della *collateral censorship*. – 4.3. Un *marketplace of ideas 2.0*? Una metafora da rivisitare

1. Introduzione

Da un punto di vista costituzionale, il tema del possibile contrasto alla diffusione di *fake news* e discorsi d'odio intercetta l'essenza del paradosso di Böckenförde, secondo il quale «lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire». È proprio sul modello di tutela prescelto della libertà di espressione, una delle cifre distintive dello stato liberale, che si gioca infatti la partita decisiva in quest'ambito.

La scelta di intervenire per depurare la rete dei discorsi d'odio e delle *fake news* sembrerebbe evocare infatti, secondo alcuni, l'adozione di una serie di limitazioni che costringono la libertà di parola entro limiti probabilmente più rigorosi rispetto a quelli codificati dalle costituzioni liberali: così, per evitare il propagarsi di odio e falsità online, e in nome della protezione di diritti costituzionalmente rilevanti, si potrebbe giungere a limitare in modo una libertà. Esattamente, per tornare al paradosso richiamato in apertura, a bene vedere, quel presupposto di cui lo Stato liberale non potrebbe farsi garante in maniera duratura nel tempo.

Basterebbero queste primissime osservazioni per rilevare come le ragioni che più recentemente sono comparse sulla scena del dibattito politico rispetto alla necessità di introdurre strumenti normativi per contrastare il propagarsi di *fake news* e discorsi d'odio, e i conseguenti effetti dannosi per l'opinione pubblica, tocchino direttamente le radici del costituzionalismo e coinvolgano in prima persona gli studiosi di diritto costituzionale.

Rendendo così necessario, per chiunque intenda addentrarsi, oltre la patina di un'analisi meramente superficiale, in questo dibattito, confrontarsi con lo statuto costituzionale della libertà di espressione. Un paradigma complesso e differente a seconda del sistema giuridico di riferimento, pur nella comune matrice liberale che contraddistingue Europa e Stati Uniti, che incorpora un maggiore o minore spazio, e dunque un diverso atteggiamento, per la circolazione di contenuti che non soddisfano un vero e proprio interesse informativo¹.

* Il presente contributo ripropone l'omonimo capitolo pubblicato sul volume a cura di G. Pitruzzella - O. Pollicino - S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017. Il contributo non è stato pertanto sottoposto a referaggio.

¹ Per una panoramica, cfr. M. Rosenfeld-A. Sajo, *Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies*, in S. Choudry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007.

Volendo semplificare, si potrebbe poi rappresentare una dicotomia che oppone, rispetto alla circolazione di idee e opinioni, l'opzione di una democrazia militante, impegnata nella strenua difesa di un sistema valoriale che l'esercizio degli stessi diritti costituzionalmente tutelati rischia di mettere a repentaglio², e il modello di una democrazia tollerante, dove l'idea di uno Stato etico o comunque di un maggior controllo sull'esercizio delle libertà da parte degli individui appare svanire.

Queste diverse sensibilità oggi sono sottoposte sempre più a confronto, alla luce dell'avvento di un mezzo come Internet che ha permesso di collegare utenti, e con loro idee, opinioni e manifestazioni di pensiero, in diverse parti del mondo. Sovente le discussioni che involgono attivisti della rete e organizzazioni non governative evocano o l'opzione di un autogoverno della rete (tendenzialmente recessiva, alla luce delle ormai dimostrate capacità per i poteri pubblici di interferire con il funzionamento di Internet) o quella di carte dei diritti sovranazionali, di difficile riconciliazione, però, con il pluralismo costituzionale che contraddistingue alcuni ambiti, primo su tutti la libertà di espressione.

Il confronto con il diverso paradigma di tutela della libertà di espressione costituisce così un momento indispensabile e necessario a cogliere le criticità connesse a ogni disegno che ambisca a una regolazione della materia dei discorsi d'odio e delle *fake news*. Soprattutto, questa lettura, che incrocia due variabili, quella geografica (Europa-Stati Uniti) e quella cronologica (era "pre-digitale" ed era "digitale") consente di apprezzare l'esistenza di possibili anticorpi nel sedime costituzionale di riferimento per ingaggiare una battaglia che al giorno d'oggi sembra, grazie alle potenzialità diffusive della rete, esporre a pericolo alcuni capisaldi delle democrazie costituzionali.

2. Il costituzionalismo europeo alla prova dell'*hate speech* e delle *fake news*

Sin dalle origini, con la nascita dello stato liberale e la garanzia delle libertà negative, rinsaldate all'interno delle carte fondamentali, il costituzionalismo europeo ha collocato in una posizione centrale la libertà di manifestazione del pensiero, facendone il caposaldo di ogni società democratica e la cifra distintiva di questo modello. La centralità della libertà di manifestazione del pensiero si deve non soltanto alla portata simbolica di questa libertà, assurta a cifra distintiva di ogni ordinamento democratico, ma anche al suo stretto collegamento con molti dei diritti e delle libertà che ricevono tutela costituzionale. La partecipazione politica, ad esempio, sia in forma attiva che in forma passiva, presuppone il possesso di un bagaglio informativo da parte del cittadino-elettore e, al contempo, postula che il cittadino-candidato non incontri ostacoli nell'esercizio della libertà di parola. Ma molte altre libertà si fondano sul riconoscimento della libertà di espressione nell'ambito di una società democratica: la libertà di ricerca, così tristemente turbata in alcune recenti esperienze (Turchia e Ungheria); la libertà di associazione, che presuppone un comune vincolo consociativo fondato sulla condivisione di un nucleo

² K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review*, 1937, 31, 417 ss.

valoriale; la libertà religiosa, che intravede nella libera adesione a visioni del trascendente un elemento portante.

La centralità occupata dalla libertà di manifestazione del pensiero non deve tuttavia indurre a ritenere che il campo di applicazione di questo diritto fondamentale non possa essere soggetto a limitazioni o a restrizioni dovute all'esigenza di prevenire abusi ovvero di bilanciarne l'esercizio con altri diritti, parimenti meritevoli di tutela costituzionale. Sin dalla prima solenne affermazione, che si ritrova nell'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la libertà di espressione conosce un carattere di cedevolezza intrinseco, che si evince dalla stessa sua formulazione: «La libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge».

Questa caratteristica non costituisce un tratto isolato ma rappresenta l'essenza del “dna” europeo sulla libertà di espressione. Un'essenza che ha trovato sublimazione perfetta e del tutto emblematica allorché, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa si sono muniti di uno strumento comune di protezione dei diritti umani, articolato su un duplice livello: da un lato, l'affermazione solenne di tale libertà; dall'altro, l'enunciazione di una serie di limitazioni che rispondono alle garanzie tipiche dello Stato liberale:

la previsione di un fondamento legislativo;

il rispetto del criterio di proporzionalità (necessità in una società democratica);

la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

A questo paradigma si modellano dunque gli Stati europei, che concepiscono per definizione la tutela della libertà di espressione come un diritto suscettibile di logiche di bilanciamento e dunque, talvolta, anche cedevole al manifestarsi di preminenti esigenze di tutela di diritti diversi. Così è per esempio in Italia dove, come è noto, l'art. 21 della Costituzione enuncia il limite esplicito del buon costume (concetto per sua natura e per lungimirante scelta dei padri costituenti permeabile all'evolversi dei tempi) e dove, come meno noto, esistono diverse norme nell'ordinamento giuridico (si pensi a quelle che puniscono la diffamazione) che incorporano dei limiti “impliciti” all'esercizio di questa libertà³.

Quali sono, nello specifico, gli strumenti di cui il costituzionalismo europeo dispone per regolare l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e, segnatamente, per contrastare la diffusione di *fake news* e di discorsi d'odio?

Esiste quantomeno un duplice livello di analisi al quale parametrare il grado di tolleranza (o, al contrario, di “intolleranza”) che il costituzionalismo europeo esibisce a questo proposito.

³ In tema, si veda C. Pinelli, “Postverità”, *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Rivista di diritto dei media*, 2017, 41 ss.

2.1. La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo esprime due “parametri” cruciali per comprendere il margine di protezione delle manifestazioni che concretano un esercizio della libertà di espressione.

Da un lato, la libertà di espressione è tutelata dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), già ricordato, che articola un paradigma secondo un rapporto di regola ed eccezione. Dopo l'affermazione solenne della libertà di parola, infatti, la norma indulge nel prevedere tre requisiti che ogni possibile limitazione della libertà in questione deve rispettare. Più precisamente le limitazioni devono essere previste da una legge, devono essere proporzionali (necessarie in una società democratica) e devono essere finalizzate al raggiungimento di uno degli obiettivi esplicitamente previsti dallo stesso secondo comma dell'art. 10.

Passando dall'analisi del parametro normativo di riferimento alle modalità in cui quest'ultimo vive nella giurisprudenza, deve sottolinearsi come l'attività di interpretazione svolta della Corte europea nell'applicare l'art. 10 restituisce degli esiti confortanti rispetto al margine di effettiva garanzia di questa libertà⁴.

Si deve, in particolar modo, riconoscere che il perimetro della protezione garantita a questo diritto è stato definito in modo ampio dalla Corte di Strasburgo, che ha segnato, sin dai casi *Handyside* e *Jersild*, alcuni importanti punti fermi.

In *Handyside*, una storica sentenza del 1976, la Corte ha chiarito che la tutela racchiusa nell'art. 10 non si applica soltanto alle “informazioni” o alle “idee” che sono accolte in modo favorevole tra i consociati o che sono percepite come inoffensive o comunque con indifferenza. L'ambito di copertura offerto da questa norma, infatti, si estende anche alle espressioni offensive, scioccanti o disturbanti rispetto allo Stato o a qualsiasi parte della popolazione. In un passaggio successivo la Corte europea ha enfatizzato come l'ampiezza di questo ambito di tutela risponda alle esigenze di pluralismo, tolleranza e apertura mentale senza le quali non sarebbe possibile configurare una società democratica. Questa sentenza, invero, allarga di molto i confini della libertà di espressione, affermando che anche quei contenuti che faticherebbero a ottenere approvazione presso la generalità dei consociati in quanto scioccanti od offensivi non possono essere privati, per ciò solo, delle garanzie che accompagnano la libertà di espressione. Non è dunque il livello di accettazione o di gradimento sociale di un contenuto a giustificare l'accesso alle garanzie della libertà di parola. Queste affermazioni sembrerebbero tuttavia accreditare l'assunto per cui tanto più variegato è il panorama delle idee e delle opinioni, quanto più il carattere democratico di una democrazia ne gioverà. Si deve tuttavia misurare questo assunto con la varietà della fisionomia delle *fake news*, che non portano con sé uno specifico pregio dal punto di vista informativo ma anzi realizzano effetti contrari alle finalità della libertà di espressione, diffondendo presso la collettività messaggi non veritieri. Il quesito che occorre porsi, dunque, è se

⁴ Cfr. J.F. Flauss, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in 84(3) *Indiana Law Journal* 809 (2009).

quelle notizie che sono del tutto prive di un'utilità sociale, e che non racchiudono alcun contributo all'informazione degli individui, in quanto false o tendenziose, meritino egualmente di circolare alla stregua di quei contenuti che, al contrario, soddisfano un interesse informativo secondo il parametro convenzionale.

In *Jersild*, uno dei primi casi di *hate speech*, la Corte di Strasburgo ha dimostrato sensibilità per il contesto peculiare entro il quale le espressioni offensive sono formulate, ritenendo che lo stato contraente coinvolto (la Danimarca) avesse violato l'art. 10 della CEDU nell'imporre una condanna a carico di un giornalista che aveva intervistato un gruppo di giovani appartenenti a frange politiche estremiste i quali, nel corso del colloquio radiofonico, avevano rilasciato dichiarazioni patentemente offensive e razziste. Dal panorama giurisprudenziale prima richiamato emergono chiare indicazioni in favore di una portata espansiva della libertà di manifestazione del pensiero, il cui perimetro sembrerebbe giungere ad abbracciare, nell'interpretazione della Corte europea, anche quelle espressioni che non offrono un significativo contributo allo sviluppo democratico e alla formazione dell'opinione pubblica e che presentano un contenuto raccapricciante e disturbante.

La Corte europea ha svolto importanti precisazioni, tuttavia, in relazione alle diverse fattispecie di negazionismo in cui le limitazioni di volta in volta applicate all'esercizio della libertà di parola sono state sottoposte al suo scrutinio. In questa direzione, lo strumentario della Corte di Strasburgo si è arricchito dell'art. 17 della Convenzione, che previene l'abuso di diritto, facendo proprio, almeno in questo frangente, un accento di democrazia militante⁵.

Quale differenza intercorre tra questi strumenti?

Mentre l'applicazione dell'art. 10 postula una logica di bilanciamento da parte della Corte di Strasburgo con alcuni interessi meritevoli di tutela, con cui l'esercizio della libertà di parola deve conciliarsi, il ricorso all'art. 17, che punisce l'abuso di un diritto sancito dalla Convenzione in funzione strumentale alla distruzione di altri diritti o libertà o alla limitazione degli stessi in modo più severo rispetto a quanto previsto dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo, a questo proposito, ha fatto ricorso in alcune occasioni all'art. 17 per escludere *ab origine* la possibilità di un bilanciamento. Tra gli altri, è quanto si è verificato nel caso *Garaudy v. France* (negazionismo), *Ivanov v. Russia* (odio razziale), *Norwood v. Regno Unito* (odio religioso).

In altri casi di *hate speech*, invece, la Corte si è soffermata sulle possibili lesioni dell'art. 10: *Perinçek v. Svizzera*, *Lehideux e Isorni v. Francia*, verificando il rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 10 CEDU.

Volendo cogliere alcune linee di tendenza generali si deve segnalare anzitutto una particolare attenzione da parte della Corte europea alla dimensione del dibattito pubblico e all'esistenza di un interesse generale, che legittimano e giustificano un grado di protezione più intenso rispetto a quelle manifestazioni di pensiero che rispondono esclusi-

⁵ Cfr. H. Cannie-D. Voohroohf, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in 29(1) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 54 (2011).

vamente all'etichetta di *commercial speech*. La tendenza palesata dalla Corte di Strasburgo si colloca nell'ottica di un ampliamento nella lettura di questi criteri e nella definizione dei contenuti che rientrano nel dibattito pubblico e rispondono a un interesse generale. Questa lettura si lega, del resto, all'indicazione contenuta nel par. 2 dell'art. 10 della CEDU, che subordina al rispetto della necessità in una "società democratica" la conformità convenzionale di eventuali misure restrittive adottate dai paesi contraenti. Particolari attenzioni sono state poi dedicate alla libertà di informazione, declinazione della *freedom of speech* che, tra tutte, più intensamente corrisponde all'essenza del *watch-dog* della democrazia di un sistema giuridico. La Corte di Strasburgo, in quest'ottica, ha manifestato una sensibilità peculiare rispetto all'impatto delle eventuali limitazioni previste dagli Stati contraenti, soffermandosi sui cosiddetti *chilling effects*, vale a dire sui possibili squilibri derivanti dall'adozione di misure che circoscrivono in maniera eccessiva l'esercizio legittimo di diritti tutelati dalle costituzioni e dagli stessi documenti convenzionali: su tutti, vale la pena menzionare gli sforzi profusi dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto all'applicazione di pene non proporzionate o eccessive a carico di giornalisti colpevoli di reati di diffamazione⁶. Vale la pena sottolineare fin d'ora l'importanza del riferimento che l'art. 10 della CEDU compie sia alla libertà di diffondere informazioni, sia a quella di riceverle; un profilo, quest'ultimo, non indifferente al confronto critico con il modello di protezione squisitamente statunitense. Se si tutela, infatti, il diritto a ricevere informazioni da parte dei cittadini, si sottende inevitabilmente un riferimento all'esigenza di una informazione non inquinata e correttamente orientata a una virtuosa formazione dell'opinione pubblica, il che depone verosimilmente a sostegno di una visione che identifichi un limite alla capacità espansiva del fenomeno delle *fake news*.

2.2. La transizione dall'atomo al bit nella narrativa della Corte di Strasburgo

Rispetto al quadro che si è descritto con riferimento alla protezione apprestata dalla Corte di Strasburgo alla protezione della libertà di espressione e di informazione nel mondo degli atomi, quale attitudine sembra invece emergere quando la stessa libertà è invece esercitata nel mondo dei bit?

Guardando alle decisioni in cui la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di ricorsi occasionati da presunte violazioni della libertà di espressione in Internet, si nota un'inclinazione a rimodulare quella portata espansiva che aveva contraddistinto la precedente giurisprudenza della Corte europea sulle applicazioni dell'art. 10 in ambiente analogico. Questa nuova modulazione dell'ambito e della portata della libertà di espressione in rete sembra radicarsi nel convincimento che l'utilizzo delle tecnologie digitali presenti un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi con cui

⁶ Si veda in proposito, *ex multis*, anche M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014.

L'esercizio della libertà di parola deve coniugarsi⁷. Beninteso: il carattere "relativo" e "cedevole" rispetto a operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non costituisce certo una novità, ma questo carattere appare accentuato nel campo della casistica che ha a che vedere con Internet. Questa lettura per così dire "restrittiva" conosce i suoi prodromi nella pronuncia *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina* del 2011, in cui la Corte ebbe modo di argomentare che:

«the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned».

A differenza della Corte suprema degli Stati Uniti che, come si vedrà, nella sentenza *ACLU v. Reno* del 1997 ha da subito messo in luce il potenziale per una espansione (definita "fenomenale") dello spazio di esercizio della libertà di pensiero, la Corte europea è parsa, in questa pronuncia, preoccupata soprattutto dalle criticità dell'uso del mezzo Internet e dei rischi connessi a una lesione più significativa di altri diritti fondamentali che potrebbero scontrarsi con la libertà di espressione e di informazione. Tutto questo quando, come si diceva, la partita si gioca non nel mondo degli atomi ma in quello dei bit. La differenza con l'approccio statunitense non è di poco momento, se si pensa che nella sentenza appena ricordata la Corte suprema aveva osservato che:

«È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prove contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura».

Le due corti sembrano animate da presunzioni di segno opposto: quella statunitense presume che una *content regulation* e dunque un controllo non sortisca maggiori benefici della libertà, quella europea, più sospettosa, ritiene verosimile che il mezzo generi pericolo per gli altri diritti e dunque assume la necessità, e quindi la legittimità di correttivi che possano limitare l'esercizio del *free speech*.

Occorre poi ricordare che, come evidenziato in precedenza, la Corte europea ha da sempre indicato nella libertà di espressione, e in particolare nella libertà di stampa,

⁷ Cfr. O. Pollicino-M. Bassini, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. Savin-J. Trzaskowski (eds.), *Research Handbook On EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss.

una sorta di cartina di tornasole (il “cane da guardia”) del livello di democrazia di un ordinamento. Sembra che anche questo portato consolidato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia stato rivisitato. Dapprima, nella sentenza *Stoll c. Svizzera* del 2007, la Corte è parsa convalidare l'imposizione di obblighi più stringenti in capo ai giornalisti nel caso di utilizzo di Internet rispetto alla carta stampata:

«the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism [...] These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance».

Inoltre, un indirizzo analogo trova conferma nella pronuncia *KU c. Finlandia* del 2008:

«Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context. Such framework was not, however, in place at the material time, with the result that Finland's positive obligation with respect to the applicant could not be discharged».

Non si deve, naturalmente, dimenticare che le decisioni della Corte europea riposano in larga parte sulla specificità delle singole situazioni che hanno occasionato, di volta in volta, i ricorsi. Questi elementi consentono di ridimensionare o comunque di ponderare correttamente la portata di pronunciamenti all'apparenza radicali. Tale discorso vale, per esempio, per il caso *Delfi c. Estonia*, una decisione della Grande Camera del 2015 che pure conferma la linea di tendenza descritta finora, incline a validare con maggior favore possibili limitazioni della libertà di espressione online (basti, tra tutti, questo inciso:

«defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online».

La Corte ha stabilito che porre a carico del gestore di un portale di informazione online il pagamento di una somma, pur esigua (nel caso di specie, 320 euro), a titolo

di risarcimento del danno subito da un soggetto in conseguenza di alcuni commenti diffamatori rimasti accessibili per circa sei settimane a corredo di un articolo pubblicato sul sito non costituisce una restrizione sproporzionata alla libertà di espressione, in ragione della necessità di un suo bilanciamento con la tutela da assicurare ad altri diritti della personalità (quali l'onore e reputazione) del soggetto diffamato. Va detto che la stessa vicenda sarebbe stata verosimilmente giudicata in altro modo dalla Corte di giustizia, il cui scrutinio però si sarebbe fondato su criteri diversi rispetto a quelli adottati da un giudice dei diritti fondamentali come la Corte di Strasburgo, appuntandosi all'opposto sul tema dell'eventuale responsabilità del gestore del portale online e dunque sull'applicazione della Direttiva 2000/31/CE. La sentenza in parola è senz'altro problematica e difficile da riconciliare con il diritto dell'Unione europea: al netto della necessità di adottare una prospettiva d'indagine non fuorviante (il *thema decidendum* qui era se l'imposizione di un risarcimento in forma pecuniaria, di entità ridotta, potesse configurare una violazione ingiustificata dell'art. 10 della CEDU, e non la compatibilità di tale opzione con la Direttiva 2000/31/CE), la sentenza apre uno spiraglio rispetto alla possibilità di imputare all'editore di un portale contenuti illeciti pubblicati da terzi al verificarsi di determinate circostanze.

Tali indicazioni emergono soprattutto se si confronta la portata della sentenza *Delfi* con quella, di alcuni mesi successiva, che ha visto la Corte di Strasburgo prendere nuovamente posizione su un caso analogo, seppure con esito differente, nella sentenza *MTE c. Ungheria*. La vicenda non presentava sostanziali differenze, in quanto il ricorso era diretto a provocare uno scrutinio sulla compatibilità con l'art. 10 della CEDU della condanna riportata dal gestore di un portale di informazione a causa dei commenti diffamatori riportati da terzi, in forma anonima, ossia tramite l'utilizzo di pseudonimi, in calce a una notizia pubblicata sul giornale. La Corte di Strasburgo è giunta, come precisato, a una pronuncia di segno opposto, nel senso della sussistenza di una violazione dell'art. 10, allontanandosi così dal suo precedente in *Delfi*. Secondo la Corte, i due casi si differenziano a causa della natura dei commenti offensivi e del loro diverso disvalore: in *Delfi*, infatti, i contenuti inseriti da terzi presentavano una particolare carica offensiva al punto di configurare una forma di *hate speech*, essendo connotati da toni incitanti alla violenza e all'odio razziale; tale connotazione, che per la Corte sembra provocare una maggiore attrazione di utenti, non si ritrova invece nel caso *MTE* ed è proprio la carenza di questo attributo di manifesta illiceità a giustificare un diverso atteggiamento nei confronti dell'*Internet service provider*. La Corte di Strasburgo ha così rivisitato il proprio orientamento: peraltro, nella fattispecie non era in questione, come nel caso *Delfi*, la ritardata rimozione di commenti (giacché questa era stata invero eseguita tempestivamente) bensì proprio la responsabilità del gestore della piattaforma per i commenti di natura offensiva pubblicati da terzi. In questo senso, sembra apprezzarsi il tentativo da parte della Corte di avvicinarsi, rispetto al caso *Delfi*, al diritto dell'Unione europea e ai principi sulla responsabilità degli *Internet service provider*.

La stessa attitudine da parte della Corte di Strasburgo ad un'attenuazione, in Internet, della portata espansiva della libertà di espressione si rintraccia anche in due recenti decisioni in cui si è trattato di bilanciare quest'ultima con le istanze di protezione del

diritto d'autore.

Anzitutto, nella decisione sul caso *Asby Donald c. Francia* (2013) era in discussione se la previsione di una sanzione pecuniaria in relazione alla pubblicazione in un sito Internet di alcune fotografie realizzate da alcuni fotografi professionisti in occasione di un evento, senza il consenso della casa di moda, integrasse o meno una violazione dell'art. 10 della CEDU. La risposta del giudice di Strasburgo è stata negativa, dal momento che l'interferenza sull'esercizio della libertà di espressione è stata ritenuta giustificata, anche alla luce della natura commerciale delle forme di espressione in discorso, per la cui disciplina gli Stati contraenti dispongono di un margine di apprezzamento più ampio rispetto ad altri ambiti.

Altro caso significativo è quello che ha tratto origine dalla condanna dei gestori del portale The Pirate Bay per violazione delle norme svedesi sulla tutela del diritto d'autore. Chiamata a pronunciarsi sul ricorso contro la condanna, la Corte ha rilevato che:

«since the Swedish authorities were under an obligation to protect the plaintiffs' property rights in accordance with the Copyright Act and the Convention, [...] there were weighty reasons for the restriction of the applicants' freedom of expression».

Questo atteggiamento della Corte di Strasburgo, senza trascendere o tradursi in un assenso rispetto a qualsiasi deriva censoria, non vuole però sminuire l'importanza di Internet come mezzo di informazione e la necessità, conseguente, di assicurare al pubblico il libero accesso alle diverse fonti anche tramite la rete.

Ne è riprova il caso *Cengiz c. Turchia* (2015), in cui la Corte europea ha espressamente riconosciuto il valore di YouTube come mezzo per ricevere e diffondere informazioni e idee, peraltro non sempre agevolmente reperibili tramite i media tradizionali, grazie soprattutto al contributo del giornalismo cosiddetto partecipativo, che proprio dalla disponibilità delle nuove tecnologie si alimenta. In tale decisione, la Corte ha ritenuto contrario alla Convenzione il blocco generalizzato dell'accesso a YouTube disposto da parte delle autorità nazionali. Secondo la Corte:

«YouTube was a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and there were no equivalents that could replace it».

In precedenza, la Turchia era già stata condannata nel caso *Ahmet Yildirim* per violazione dell'art. 10 della CEDU a causa dell'oscuramento del tutto sproporzionato di tutti i siti ospitati dalla piattaforma Google nell'ambito di un procedimento penale per il perseguimento di alcuni reati d'opinione consumati sul web. La misura, generalizzata e non già diretta a colpire in modo puntiforme e isolato i singoli siti interessati, era stata ritenuta priva del carattere di proporzionalità, avendo reso inaccessibili moltissimi siti Internet completamente estranei alla vicenda che contribuiscono a soddisfare esigenze dei consociati nell'esercizio del loro diritto a ricercare e ricevere informazioni.

2.3. Il diritto dell'Unione europea

Nel diritto dell'Unione europea rilevante è il parametro dato dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali, che definisce oggi un vero e proprio riferimento di respiro costituzionale, di pari rango ai trattati, vincolante per tutti gli atti di diritto derivato (ossia i regolamenti, le direttive e le decisioni) che le istituzioni europee possono adottare. Non solo: la presenza, che a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha natura vincolante, di un documento a tutela dei diritti fondamentali segna profondamente l'*identikit* dell'Europa, consentendole di dar corso, ancorché parzialmente, a un passo rimasto incompiuto a causa del fallimento del progetto di trattato costituzionale. E cioè dotandosi di una carta dei diritti la quale, oltre a vincolare l'attività di *law making* del legislatore, consente alla Corte di giustizia di sindacare gli atti del diritto dell'Unione che preesistevano alla Carta, per verificarne la compatibilità con i diritti fondamentali⁸. Va detto che il portato innovativo della Carta deve probabilmente circoscriversi al piano formale, in quanto, nel merito, le situazioni giuridiche che si ritrovano ora tutelate dalla Carta già ricevevano una protezione nella costruzione prima comunitaria e poi dell'Unione attraverso il filtro dei principi generali e delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Certo però che la scelta di codificare un vero e proprio *bill of rights* non può non avere delle implicazioni sistemiche.

L'Unione europea sconta infatti il limite di una genesi legata a ragioni economiche più che alla tutela dei diritti fondamentali, a differenza del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'ambito dei diritti fondamentali, dunque, ha per lungo tempo rappresentato uno spazio d'eccezione che la Corte di giustizia poteva riconoscere rispetto all'indisturbato svolgersi delle libertà economiche proclamate dai trattati. Di volta in volta, la Corte poteva essere chiamata a vagliare se le limitazioni a dette libertà previste dagli Stati membri in nome della tutela dei diritti fondamentali potessero essere giustificate o meno.

Di conseguenza, sono assai rare le decisioni della Corte di giustizia che si sono occupate più direttamente della protezione della libertà di espressione, più frequenti quelle, recenti, che involgono questo diritto in dinamiche di bilanciamento con altri diritti di "estrazione" o comunque matrice più economica, come il diritto d'autore e la protezione dei dati.

Sintomatico di questo atteggiamento da parte dei giudici di Lussemburgo è, tra gli altri, il caso *Omega*, nel quale la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di un provvedimento con cui, in Germania, era stata vietata la pratica di alcuni giochi, costituenti un'attività economica, in nome della tutela della dignità umana. Tali giochi implicavano, infatti, atti di omicidio simulato e di violenza, tali da minacciare la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico. Secondo la Corte di giustizia, un'attività economica può essere senz'altro vietata in conformità con il diritto dell'Unione europea laddove la finalità del provvedimento corrisponda alla tutela dell'ordine pubblico. Si coglie così lo spazio di tutela riservato ai diritti fondamentali

⁸ Si veda tra l'altro O. Pollicino, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in www.forumcostituzionale.it, 31 dicembre 2013.

(nella fattispecie al diritto che si colloca al vertice di questo sistema, ossia la dignità umana).

A fronte dell'evoluzione digitale, come si sottolineava, si sono però riscontrate alcune importanti pronunce che riguardano il rapporto tra la libertà di espressione e altri diritti, fra cui, in modo particolare, la protezione dei dati personali e il diritto d'autore. Di queste decisioni è importante dare conto, più che per il loro contributo specifico "nel merito" (invero ridotto, stante che nessuna decisione specifica si appunta sul tema della prevenzione delle *fake news*) per quello "di metodo", ossia per lo strumentario concettuale e procedurale che la Corte ha sviluppato nel vagliare le possibili restrizioni alla libertà di espressione in rete.

La narrativa giurisprudenziale relativa al bilanciamento della libertà di espressione con il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto d'autore restituisce un'indicazione "parametrica" sulla capacità di tenuta del paradigma della libertà di espressione nell'ambito della diffusione delle tecnologie digitali.

Dapprima, è utile comprendere il rapporto con la protezione dei dati personali. La sentenza *Lindqvist* del 2003 rappresenta la prima occasione in cui la Corte di giustizia si è dovuta confrontare con il nuovo scenario tecnologico. La vicenda aveva preso origine dalla pubblicazione da parte di una cittadina svedese di un sito Internet nel quale aveva indicato, senza il loro consenso, le generalità di alcuni parrocchiani insieme ad alcuni dettagli sulla loro vita privata e familiare. Queste attività le avevano procurato una condanna in sede penale, costituendo un trattamento illecito di dati. La Corte di giustizia veniva richiesta così di precisare se le limitazioni previste dalla direttiva sul trattamento di dati personali non fossero incompatibili con la tutela della libertà di espressione, con la quale la privacy degli individui dovrebbe bilanciarsi. Pur rimettendo comunque al giudice nazionale la valutazione sul punto in base alla disciplina interna, la Corte di giustizia ha escluso che la Direttiva 95/46 stabilisca delle restrizioni incompatibili con la libertà di espressione.

La pronuncia che racconta in modo più netto la ricerca di un presunto equilibrio tra libertà di espressione e tutela dei dati personali risale al 2014, quando la Corte di giustizia ha consegnato la sentenza *Google Spain*. La vicenda vedeva opposti, davanti all'Autorità per la protezione dei dati spagnola, l'PAEPD, il sig. Costeja González e Google. Il primo domandava che fosse ordinato al motore di ricerca di cancellare alcuni *link* diretti alle pagine web di una pubblicazione, *La Vanguardia*, che riportava i dettagli di un procedimento giudiziario da lui subito anni prima. Il secondo eccepiva che tale intervento fosse inesigibile da un motore di ricerca e che la richiesta andasse piuttosto indirizzata al gestore del sito sorgente.

La Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione offre sicuro fondamento al diritto alla deindicizzazione dei dati personali e ha altresì precisato che spetta ai gestori dei motori di ricerca condurre una valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio di tale diritto e alla compatibilità con la libertà di informazione.

A questa conclusione la Corte di giustizia è giunta seguendo un percorso snodato su più passaggi, il cui esito è la riconosciuta possibilità di applicare ai motori di ricerca gli stessi obblighi previsti per chi tratta "per conto proprio" dati personali (come, per

esempio, una testata giornalistica), fra cui quello di dar corso alla cancellazione di informazioni personali (nella fattispecie, di *link* a notizie riportate da siti terzi) quando le stesse non siano più esatte, aggiornate, pertinenti o rilevanti. La sentenza affida così al gestore del motore di ricerca il compito di decidere, caso per caso, se l'informazione meriti di restare in rete oppure debba destinarsi "all'oblio" (in realtà, più che di oblio sarebbe corretto parlare di "deindicizzazione", dato che la notizia viene rimossa esclusivamente dai risultati di ricerca, senza che sia inficiata la sua reperibilità sul web mediante accesso diretto al sito ospitante). E per la verità, tacendo altri aspetti critici, la pronuncia propone un bilanciamento tra diritto a essere informato e tutela della privacy geneticamente asimmetrico, in quanto la regola è la prevalenza del secondo sul primo e solo in via eccezionale è ammesso il contrario. Conferma di tale asimmetria si rintraccia nella disparità, nel *reasoning* della Corte, tra i moltissimi richiami agli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, dedicati alla tutela della privacy e dei dati personali, e l'assenza di qualsiasi riferimento all'art. 11 della stessa Carta che si occupa, come si è detto più volte, della tutela della libertà di espressione.

Le pronunce ora ricordate sembrano descrivere un paradigma della libertà di espressione in rete spesso "cedevole" rispetto alla tutela di altri interessi concorrenti. Tale impostazione non sembra del resto immune dalla caratterizzazione che si ritrova nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove è chiaramente prospettato che l'agitarsi entro un nuovo contesto tecnologico di questa libertà conduce a un moltiplicarsi delle ipotesi di pericolo e dunque di conflitto rispetto ad altri diritti. È dunque una libertà "cedevole" perché costituisce, nel mondo dei bit, un'arma più pericolosa rispetto a quanto non potesse essere nel mondo degli atomi.

Il secondo piano di analisi si incentra invece sul bilanciamento con il diritto d'autore. Sono diverse, infatti, le pronunce della Corte di giustizia che si sono concentrate su questo crinale, non certo agevole da percorrere alla luce delle molteplici tensioni che la digitalizzazione ha prodotto nel rendere disponibili opere protette per la libera fruizione da parte degli utenti.

Due sentenze, scaturite dall'identico caso, devono essere ricordate su tutte: nei casi *Sabam* e *Netlog*, la Corte di giustizia ha censurato il provvedimento delle autorità del Belgio che avevano imposto ai fornitori di servizi Internet l'adozione di un sistema di filtraggio a loro spese per determinare la presenza di contenuti illecitamente diffusi e bloccarne la condivisione. Le modalità con cui tale meccanismo era strutturato erano tali da configurare una vera e propria attività di sorveglianza in capo agli operatori, vietata peraltro dalla normativa europea in materia di *Internet service provider*. In aggiunta, le caratteristiche di questo sistema di filtraggio conducevano a un ingiustificata preminenza del diritto d'autore su altri diritti fondamentali, tra cui, oltre alla libertà di iniziativa economica e alla protezione dei dati personali, la libertà di espressione. È bene però precisare che nelle sentenze in parola la Corte di giustizia non si è espressa in modo del tutto contrario all'applicazione di sistemi di *screening* o di filtraggio, ritenendo che tali meccanismi debbano però rispettare un equilibrio tra i diritti fondamentali in gioco, secondo un approccio conforme al principio di proporzionalità. E, del resto, guardando al documento su cui la Corte di giustizia fonda il suo scrutinio sul rispetto

dei diritti fondamentali (la Carta dei diritti fondamentali) si evince che tale documento non incorpora una gerarchia assiologica, ma posiziona secondo una logica paritetica i diritti ivi elencati. Si tratta di un punto di non poco momento, giacché la libertà di espressione, nonostante il valore di pietra angolare del sistema democratico, si trova così a doversi bilanciare con i vari interessi di volta in volta rilevanti.

A ben vedere, nel caso delle *fake news*, soltanto in ipotesi determinate si assiste al contrasto con altri diritti tutelati dall'ordinamento giuridico. Piuttosto, occorre interrogarsi se affermazioni prive di fondamento e di riscontro nella realtà possano qualificarsi come parte dell'ambito di esercizio della libertà di espressione, e cioè se le medesime godano di una copertura "costituzionale" o meno. Da una considerazione unitaria dell'atteggiamento della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia sembra evincersi che la libertà di espressione possa senz'altro incontrare dei limiti, e dunque che la sua estensione non sia sconfinata. Il problema cruciale riguarda, però, la definizione di questo perimetro. Sebbene non giunga ad abbracciare lo spazio di tutela riconosciuto dal Primo Emendamento della Costituzione statunitense, come si dirà davvero ampio sia nel suo dato testuale che nell'interpretazione della Corte suprema, anche la concezione europea incorporata nei documenti convenzionali ed elaborata dalla giurisprudenza è ispirata a una matrice liberale. Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, segnatamente, il confine è segnato da quelle restrizioni che superino il test di "necessità in una società democratica" per il perseguimento di scopi determinati, che però comprendono una pluralità di obiettivi, tra loro assai diversi, che interessano sia la posizione di individui (la tutela della reputazione) sia interessi generali della collettività (la protezione della sicurezza nazionale). Di certo, nel contesto europeo, la soglia entro cui possono scattare le possibili limitazioni è assai più bassa, potendosi senz'altro operare delle legittime restrizioni alla libertà di espressione senza dover incorrere necessariamente in un *clear and present danger*.

Forse la cartina di tornasole che racconta il margine di tolleranza "interno" della libertà di espressione deriva dalla considerazione della giurisprudenza che si è esercitata sull'*hate speech*. Occorre nondimeno una precisazione fondamentale: al di là delle ipotesi in cui vi siano punti di contatto e di immedesimazione tra queste due categorie, *fake news* e *hate speech* presentano invero caratteristiche tendenzialmente diverse.

È ben possibile, senz'altro, che il disvalore intrinseco ad alcune notizie palesemente infondate giunga a caricare tali contenuti della medesima caratterizzazione dei discorsi d'odio: e, del resto, che cos'è la diffusione della cosiddetta "menzogna di Auschwitz", così come di qualsiasi teoria negazionista, non una colossale *fake news*?

E tuttavia non ogni *fake news* può assurgere al livello di *hate speech*, il che deriva dalla differente natura che la multiforme categoria delle notizie false può assumere.

Volendo concludere questa prima fotografia del panorama europeo, va detto che per quanto gli Stati membri dell'Unione europea, vincolati peraltro anche all'osservanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, presentino una tradizione costituzionale tendenzialmente omogenea rispetto all'ambito di tutela della libertà di espressione, è però assente una specifica legislazione sui contenuti, salvo limitate eccezioni che riguardano settori particolari, come quello dei servizi di media audiovisivi (dove,

in ogni caso, il diritto dell'Unione non entra nel merito della qualificazione dei contenuti e delle scelte di bilanciamento che riposano sulla discrezionalità degli Stati membri). Soltanto la Decisione 2008/913/GAI merita di essere segnalata, in quanto primo provvedimento focalizzato sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, la cui implementazione da parte degli Stati membri coinvolti ha tuttavia conosciuto modalità differenziate e non sempre coerenti tra loro⁹. Né le competenze attribuite dagli Stati membri all'Unione europea sembrano promettere l'adozione di provvedimenti che potrebbero interessare direttamente la materia delle *fake news*, sebbene non è da escludersi che l'atteggiamento delle istituzioni europee, che hanno già manifestato in diverse sedi la preoccupazione per il dilagare di questo fenomeno sia destinato a tradursi, in questa occasione, non tanto nell'adozione di atti di natura legislativa quanto piuttosto in iniziative di carattere politico. Al centro delle quali non potrebbero che collocarsi gli attori principali della divulgazione di notizie false sul web, ossia i gestori delle piattaforme *social* e dei motori di ricerca. Le proposte avanzate, tra le quali occorre menzionare la legge tedesca approvata lo scorso 30 giugno e in vigore dal 1 ottobre 2017, segnalano l'attenzione per il ruolo degli *Internet service provider*. Ancorché si tratti di un nodo cruciale per il funzionamento dell'ecosistema dell'informazione sul web, non si deve però dimenticare la necessità, in proposito, di evitare derive di iper-responsabilizzazione che trasformerebbero, fino a snaturarlo, il ruolo delle piattaforme e lo stesso regime giuridico loro applicabile, dal comprensibile e motivato spirito garantistico. Diversamente, le scelte operate anche dai singoli Stati membri potrebbero correre il rischio di snaturare la stessa *ratio* sottesa, su tutti, alla disciplina degli *Internet service provider*, racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE e ispirata all'obiettivo di non responsabilizzare in via preventiva e diretta le piattaforme per contenuti e attività illecite degli utenti, coinvolgendole semmai attivamente nel successivo processo di rimozione. Peraltro, in questo scenario, non devono dimenticarsi le iniziative sempre più nel senso di una co-regolamentazione, che vedono protagonisti proprio i gestori delle piattaforme online: in tal senso appare la riforma della direttiva sui servizi di media audiovisivi (Direttiva SMAV) che potrebbe introdurre specifici obblighi, seppur in via di co-regolamentazione, per la rimozione di contenuti nocivi ai minori e integranti *hate speech*.

Non si deve dimenticare, poi, che a risultati analoghi sembrano propendere anche le forme di autoregolamentazione che hanno trovato finora spazio a livello europeo, su tutte il codice di condotta adottato da Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube nell'estate del 2016.

Come si dirà nelle pagine conclusive in relazione alle possibili soluzioni e ai rimedi disponibili, occorre certamente uno sforzo di grande equilibrio nel disegnare i futuri scenari.

⁹ Sul punto cfr. anche L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2010.

3. Il costituzionalismo statunitense di fronte alle *fake news* e all'*hate speech*

Il paradigma costituzionale della libertà di espressione conosce una caratterizzazione del tutto peculiare nel contesto nordamericano, dove la tutela sacrale del diritto di parola ereditata dal Primo Emendamento costituisce una conferma dell'eccezionalismo di questo ordinamento:

«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».

Con questa formula, che inaugura il novero di previsioni contenute nel Bill of Rights (la carta dei diritti che “si fonde” con la Costituzione degli Stati Uniti) si volle munire la libertà di parola di una protezione rafforzata, pressoché assoluta. La formulazione di questa disposizione è ben chiara nel porre l'accento sul divieto per i poteri pubblici di interferire con l'esercizio della *freedom of speech*, in tutte le sue possibili declinazioni. È alla giurisprudenza della Corte suprema che si devono le più importanti elaborazioni sul Primo Emendamento, che riguardano sia la sua portata che i limiti rilevanti. Anche questo diritto fondamentale, come si vedrà, può conoscere, a dispetto della sua enunciazione in forma solenne, delle restrizioni, ancorché entro circostanze assai stringenti. Tale portata e tali limiti non sono però sempre stati univoci: come ricorda Cass Sunstein¹⁰, per un certo periodo la mera invocazione di atti contrari all'ordinamento o comunque di disobbedienza è stata considerata una condotta illecita in sé, estranea al perimetro di tutela della libertà di espressione. Questa impostazione di ferma condanna è stata in parte rivisitata a partire dalla *opinion* di Justice Hand nel caso *Masses Publishing v. Pattern* (1917). La Corte suprema, in questo periodo, aveva infatti elaborato uno standard che rendeva punibili, e dunque escludeva dall'ambito di garanzia del Primo Emendamento, tutte le manifestazioni di pensiero che presentassero una “tendenza” a realizzare forme di illegalità.

Cruciale, nell'economia dell'interpretazione costituzionale della libertà di espressione, è la dottrina del *clear and present danger*, elaborata da Justice Holmes, uno dei più importanti e influenti giudici della Corte suprema, a partire dal caso *Schenck v. United States* del 1919. Questa costruzione individua in modo più puntuale i limiti all'esercizio del *free speech*, senza però negare l'esigenza che ogni limitazione sia assoggettata a uno *strict scrutiny*, ossia a uno scrutinio che assicuri la necessità (ossia l'assenza di altre misure meno “invasive”) della restrizione al fine di perseguire un altro obiettivo legittimo “concorrente”.

Così Holmes:

«The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such

¹⁰ Per uno studio onnicomprensivo della *freedom of speech* nell'ordinamento statunitense, si veda C.R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1995.

a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that the United States Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right».

La formula impiegata da Holmes evoca per certi aspetti, pur ovviamente precedendola cronologicamente, la clausola contenuta nell'art. 17 della CEDU, che fa divieto dell'abuso di un diritto, vale a dire l'esercizio di un diritto in modo da distruggere i diritti o le libertà riconosciuti dalla Convenzione o da comportarne restrizioni più ampie rispetto a quelle legittimamente consentite. La dottrina del *clear and present danger*, che si farà sempre più largo nel corso del tempo nella giurisprudenza della Corte suprema, serba un significato ben più incisivo, in quanto delimita, *a contrario*, l'ambito entro il quale la libertà di parola può esplicarsi senza incorrere in limiti o compressioni di matrice statutale.

Non si tratta, quindi, di una erosione di questa libertà, ma al contrario – e forse paradossalmente – di un corroboramento del suo spazio di esercizio. L'ampiezza della tutela di questo diritto è tradotta da una efficace metafora, plasmata dal linguaggio economico, coniata dallo stesso Justice Holmes in un'altra celebre *dissenting opinion*, condivisa anche dal giudice Brandeis, nel caso *Abrams v United States* del 1919:

«Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care wholeheartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out».

Dunque, anche le opinioni e le idee più impopolari e scabrose devono godere di protezione, in quanto parte di un *marketplace of ideas*, un libero mercato delle idee, che costituisce il loro naturale terreno di gioco e al contempo il miglior test affinché tali idee, in base al proprio contenuto e alla propria autorevolezza, possano ottenere consenso o meno.

Nei decenni successivi, comunque, la Corte suprema ha continuato a distinguere tra le fattispecie di esercizio della libertà di parola che contribuiscono al progresso e alla discussione democratica e quelle che sono finalizzate a incentivare attività contrarie all'ordinamento. In parte, l'impostazione di Holmes e Brandeis è stata messa in discussione, laddove, per esempio, nel 1951 in *Dennis v. United States*, si è ritenuto che in caso di prospettazione di un danno o nocumento grave nella sua entità, il pericolo non dovesse necessariamente presentare i caratteri di immediatezza e chiarezza.

Ma il vero punto di svolta, in questo contesto, è stato segnato da una pronuncia in uno dei casi più controversi nella narrazione della Corte suprema sulla libertà di espressione, *Brandenburg v. Ohio*, e in particolare in una vicenda di *hate speech* che vedeva protagonista un esponente del Ku Klux Klan il quale aveva minacciato azioni di rivendicazione nel caso in cui gli organi dello Stato avessero adottato azioni, a suo dire, volte alla soppressione della razza caucasica. La Corte suprema ha ritenuto che il diritto alla libertà di espressione non consenta allo stato di interferire o di vietare la difesa o l'apologia dell'uso della violenza o di condotte contrarie all'ordinamento, a meno che tale atto di *advocacy* sia finalizzata a incitare o produrre un'azione imminente di natura illecita e sia idonea con elevato grado a provocarla. In questo modo, la Corte ha stabilito un margine di tutela particolarmente ampio in favore delle forme di dissenso di natura politica, richiedendo che tre diversi criteri siano rispettati da ogni atto volto a regolare l'esercizio della libertà di parola:

in primo luogo, occorre che l'individuo intenda promuovere non soltanto una generica condotta illecita ma una condotta illecita "imminente" (elemento temporale);

in secondo luogo, la condotta illecita che il parlante intende stimolare deve verificarsi secondo un elevato grado di probabilità (elemento probabilistico);

da ultimo, deve essere intenzione del parlante provocare tale condotta (elemento finalistico-psicologico).

Come ha evidenziato Sunstein, questo test compromette diversi elementi sia della posizione di Justice Hand sia di quella di Justice Holmes e Justice Brandeis, e si risolve nella definizione di uno standard di tutela ancora più avanzato.

3.1. Rimodulare le tutele costituzionali?

Se quello così delineatosi lungo il percorso giurisprudenziale ora descritto è un paradigma della libertà di espressione maggiormente permissivo rispetto a quello consolidatosi nell'interpretazione delle corti europee, occorre interrogarsi su quale applicazione abbia ricevuto nell'ambito di Internet.

Il problema si è posto, innanzitutto, all'attenzione della dottrina. Se *prima facie* non emergono particolari obiezioni all'assimilazione tra le categorie del mondo degli atomi e il mondo dei bit, è divenuta evidente l'esigenza di adoperare cautela al riguardo. Infatti, la stessa manifestazione del pensiero potrebbe provocare effetti di diversa natura ed entità a seconda della categoria di uditorio che essa è idonea a intercettare. Sunstein, al riguardo, segnala come un discorso "incendiario" che inciti alla commissione di condotte illecite potrebbe essere ascoltato potenzialmente da una moltitudine di individui, senza generare però un particolare rischio o un pericolo imminente. Quale dovrebbe essere la risposta dell'ordinamento se però soltanto uno o pochi degli ascoltatori fossero provocati a commettere atti di violenza illegali e imminenti? È ammissibile cioè che un divieto di incitamento di condotte criminali possa trovare spazio sui mezzi di comunicazione solo quando sia dato immaginare che uno o un ridotto numero di ascoltatori agiscano di conseguenza? Il test di *Brandenburg v. Ohio* è stato dettato dalla Corte supre-

ma in riferimento a un caso in cui soltanto un numero relativamente esiguo di individui poteva essere attinto dal messaggio di incitazione alla violenza. Ma cosa succede a traslare, ad applicare questo messaggio nel contesto di Internet? Secondo Sunstein, vi è ragione di credere che questo standard possa cambiare quando la diffusione interessi una moltitudine di individui e che dunque il diritto possa intervenire per reprimere quantomeno le forme più aggressive, incitanti per esempio all'omicidio. Dunque, i requisiti stringenti definiti dalla Corte suprema potrebbero subire un allentamento nel caso in cui vi sia un rischio maggiore legato alla particolare diffusività del mezzo.

La reazione giurisprudenziale che si è osservata in conseguenza dell'avvento di Internet appare però di altro segno rispetto a queste riflessioni, come si documenterà diffusamente oltre.

Le riflessioni di Lawrence Lessig, invece, si sono concentrate sulle differenze tra il mondo degli atomi e il mondo dei bit¹¹. La regolazione dell'accesso a contenuti nella realtà materiale, non digitale, si risolve in attività di *zoning*, vale a dire nell'applicazione a determinati soggetti di discriminazioni all'accesso a luoghi, contenuti o attività che possono riposare su variabili diverse¹². Lessig esemplifica questa attività di *zoning* facendo riferimento, per esempio, all'accesso a contenuti per adulti, come materiali pornografici. Nella realtà non virtuale, è senz'altro possibile discriminare gli individui in base all'età rispetto all'accesso a luoghi in cui, per esempio, avvengano spettacoli o siano venduti materiali riservati ad adulti. Si assiste in questo modo alla definizione di un filtro che permette di discriminare l'accesso ai contenuti fra soggetti diversi.

La realtà virtuale, invece, secondo Lessig, presentava alle origini un'opposta caratterizzazione, espressione massima della pulsione libertaria sottesa all'avvento di Internet: l'assenza, o quantomeno la pretesa all'assenza, di ogni meccanismo o logica di discriminazione tra gli utenti nell'accesso ai contenuti nel cyberspazio.

La percezione diffusa dell'impotenza degli Stati di predicare le rispettive sovranità sulle attività destinate a prendere corpo in rete, aveva fornito alimento e sostegno a questa idea. Nel corso del tempo, però, con l'evoluzione di Internet e delle sue caratteristiche, sono divenuti evidenti i limiti connessi a una pretesa libertaria assolutizzante ed è emerso che gli stati ben possono replicare logiche di controllo e, dunque, di *zoning* dello *speech* anche rispetto a Internet.

Occorre tuttavia comprendere come il diritto costituzionale si debba atteggiare nei confronti di un fenomeno che presenta importanti tratti differenziali rispetto alla realtà materiale e, soprattutto, come la *regulation*, ossia l'imposizione di norme che traducono il tentativo di *zoning* di Internet, di stabilire cioè delle restrizioni all'accesso, anche discriminando tra gli utenti, possa conciliarsi con la dimensione libertaria che, ancorché superata nella sua portata estremizzante e, per molti versi, retorica, continua ad ammantare le attività che prendono corpo nel web.

Secondo Lessig, il vero divario è tra una rete in cui la regolazione mediante *zoning* è facilitata, e una in cui invece non lo è. La questione centrale, in altri termini, è se gli

¹¹ Si veda soprattutto L. Lessig, *Reading the Constitution in Cyberspace*, in 45(3) *Emory Law Journal* 1 (1996).

¹² Più diffusamente, cfr. L. Lessig-P. Resnick, *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model*, in *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication* No. 1999-06 12/1999.

stati possiedono la legittimazione a “domesticare”, a farne cioè territorio soggetto alle proprie logiche di *zoning*. Il punto critico non è, quindi, secondo Lessig, se il Primo Emendamento vieti questo meccanismo di *zoning*, ma se il cyberspazio dovrebbe essere libero e immune da questi tentativi di filtro propri della realtà materiale.

Sempre Lessig evoca l'esistenza di diverse categorie di restrizioni, dividendo tra le restrizioni che derivano dalle norme (fra cui le regole “centralizzate” poste in essere da organi dotati di potestà di imperio e le norme sociali) e quelle che derivano dalla tecnologia (che non possono essere evitate, essendo immanenti). È il *code*, il codice, proprio della tecnologia la fonte di queste ultime limitazioni¹³.

Lessig osserva che tanto il cyberspazio quanto il mondo reale sono sottoposti sia ai limiti derivanti da norme giuridiche e sociali sia a quelli connessi alla tecnologia e al codice. Vi è nondimeno una sostanziale differenza: le restrizioni derivanti dal *code* nel cyberspazio sono definite dagli uomini, essendo incorporate nel software che consente la creazione e l'esistenza stessa del cyberspazio, mentre quelle che discendono dalla tecnologia nel mondo “reale” non sono il prodotto dell'attività umana. Evocativamente, Lessig ricorda che mentre le leggi di natura non sono disponibili all'uomo, in quanto prodotto “divino”, l'uomo occupa esattamente la stessa posizione di entità “creatrice” rispetto al cyberspazio.

Per esempio, rispetto alla violazione del diritto d'autore, Lessig propone un parallelismo tra la complessità e i costi delle misure che nella realtà non virtuale possono consentire un efficace ma comunque imperfetto contrasto a un *infringement* e quelli che possono essere implementati, nel cyberspazio, ricorrendo al *code* (per esempio attraverso misure tecnologiche di protezione). In questa direzione sembra cogliersi, in una riflessione che risale agli albori di Internet, il ruolo che l'algoritmo al giorno d'oggi può rappresentare come strumento funzionale anche ad assicurare tutela a diritti e interessi giuridicamente rilevanti, e non soltanto nel diffondere e veicolare informazioni destituite di fondamento, rendendole virali, allo scopo di condizionare l'opinione pubblica. Ma qual è, più in generale, l'atteggiamento del diritto costituzionale rispetto all'opera di riposizionamento dei diritti nel nuovo contesto digitale, nella traduzione all'interno del cyberspazio?

Sotto questo profilo sembrano delinearsi principalmente due indirizzi.

Da un lato, i sostenitori di un *restraint*, ossia di un approccio che, di fronte alle innumerevoli questioni sollevate dall'avvento delle nuove tecnologie, ritiene che le corti debbano informarsi, nell'approcciare le tecnologie, a un atteggiamento di deferenza nei confronti degli organismi che vantano una legittimazione democratica e della loro azione. Sull'opposto versante si collocano, invece, coloro che predicano e sostengono un attivismo da parte dei giudici in questo contesto, per far fronte efficacemente alle problematiche che il cyberspazio ha generato e per mettere al riparo i diritti e le libertà sia da un controllo statale sia dalle insidie di un oligopolio privato.

Lo stesso atteggiamento di diffidenza rispetto alle pulsioni degli “attivisti” viene manifestato da Lessig, che ritiene che una pressione sugli organismi di rappresentanza democratica possa essere svolta dalle corti soltanto quando dispongano una chiara le-

¹³ L. Lessig, *Code 2.0*, New York, 2006.

gittimazione in tal senso (derivante o dal testo delle disposizioni interessate o dalla tradizione in materia). Egli propone tuttavia una via intermedia, che non esponga le corti al pericolo di contrasto con gli organismi rappresentativi munendole di un ruolo attivo che potrebbe far emergere una connotazione politica ma che, al contempo, valorizzi la loro prossimità e sensibilità alle situazioni che reclamano tutela, consentendo loro di operare una vera e propria “traduzione” quando siano in presenza di circostanze che denunciano un legame con la tradizione e una *ratio* comune ai fenomeni del mondo “reale” e alle norme vigenti.

3.2. L’impatto delle nuove tecnologie sulla libertà di espressione negli Stati Uniti

È sullo sfondo di queste riflessioni che si sono collocate le prime decisioni della Corte suprema destinate a fare applicazione nel contesto digitale delle garanzie relative alla libertà di espressione. Decisioni che anziché porre un freno alla portata espansiva hanno confermato un indirizzo in senso ampliativo della portata di questo diritto.

Così, se l’Europa, e in particolare la giurisprudenza delle sue corti, si caratterizza per una dimensione di marcata ostilità rispetto all’estensione della libertà di espressione nel mondo dei bit, gli Stati Uniti si contraddistinguono all’opposto come il paese campione della libertà di manifestazione del pensiero anche nel nuovo ecosistema digitale.

Questo atteggiamento trova emersione nell’approccio adottato dalla Corte suprema incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in questa materia l’inedita dimensione libertaria del fenomeno Internet. Da subito, agli occhi della Corte suprema statunitense, Internet offre coordinate e spazi nuovi per l’esercizio della libertà di parola, ai quali occorre guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in *Reno v. ACLU*, di mutuare dalla celebre *dissenting opinion* di Justice Holmes l’utilizzo della metafora del *free marketplace of ideas*, la cui perdurante rilevanza, come si dirà oltre, potrebbe essere messa in discussione alla luce dei cambiamenti che hanno interessato Internet nel corso dei suoi primi anni di vita.

La sentenza, che risale al 1997, reagisce al primo tentativo del governo statunitense di limitare l’accesso a contenuti vietati ai minori in Internet, a fronte delle preoccupazioni legate all’impossibilità di replicare, in rete, come ben descritto da Lessig, quelle dinamiche di *zoning* e di *age verification* che prendono corpo nel mondo degli atomi, impedendo ai minori di ottenere la disponibilità di materiali vietati. A questo scopo nel 1996 fu approvato il Communication Decency Act (CDA), che mirava a colpire, in particolare, contenuti definiti come “indecenti” e “manifestamente offensivi”. La Corte suprema, tuttavia, ne dichiarò l’incostituzionalità per contrasto con il Primo Emendamento, in quanto le restrizioni previste dal CDA risultavano troppo vaghe e indeterminate, non rispettose dello *strict scrutiny* cui ogni limitazione della libertà di parola dovrebbe essere soggetta secondo l’approccio della Corte suprema: in altri termini, la compressione della *free speech* non era contenuta entro i margini di stretta necessità per il raggiungimento dell’obiettivo perseguito, ossia la tutela dei minori. La Corte suprema svolge,

nel suo ragionamento, alcuni interessanti passaggi sul rapporto tra i media tradizionali e Internet:

«Radio and television, unlike the Internet, have, as a matter of history [...] received the most limited First Amendment protection, [...] in large part because warnings could not adequately protect the listener from unexpected program content. [...] [On the Internet], the risk of encountering indecent material by accident is remote because a series of affirmative steps is required to access specific material».

La Corte suprema accoglie la metafora del libero mercato delle idee, anzi la esalta individuando in Internet un terreno elettivo peculiare dove questo libero scambio conosce una eccezionale espansione. Di conseguenza:

«As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship».

Dopo la pronuncia della Corte suprema in *Reno v. ACLU*, altri tentativi si sono susseguiti da parte delle autorità statunitensi per regolare la circolazione di contenuti ritenuti dannosi per i minori. Nessuno di questi tentativi è però uscito indenne dallo scrutinio della Corte suprema. Al 1998 risale il Child Online Protection Act, che recepiva alcune indicazioni della sentenza *Reno*. Secondo la Corte suprema, però, la definizione di “materiali nocivi per i minori”, fondata su un generico rinvio agli standard della comunità di riferimento, non si conformava ai criteri necessari a circoscrivere le limitazioni su base legittima della libertà di espressione.

Analoga sorte ha caratterizzato il terzo e ultimo capitolo della battaglia tra governo statunitense e Corte suprema per bandire da Internet i contenuti osceni dannosi per i minori, che aveva a oggetto il Child Pornography Prevention Act: anche in questo caso, secondo la Corte suprema, le restrizioni introdotte per vietare la diffusione di immagini di minori illustrati nel compimento di condotte sessuali o di ogni forma evocativa di atti sessuali risultavano eccessive e prive del necessario carattere di proporzionalità. Si trattava, secondo la Corte suprema, di norme la cui portata attingeva un ambito ben più ampio di quello che il legislatore avrebbe potuto legittimamente incidere per il raggiungimento dell’obiettivo di tutela dei minori.

Queste pronunce sono indicative di una chiara attitudine a salvaguardare l’esercizio della *free speech* tramite un mezzo ritenuto in grado di assicurare una straordinaria espansione del suo ambito di esercizio. La Corte suprema, in altri termini, non si è premurata di ricalibrare la propria sensibilità sul punto “al ribasso”, ossia dando risalto alle possibili implicazioni critiche dell’utilizzo di Internet, ma al contrario ha confermato la propria visione liberale, addirittura riconoscendo i margini per un accrescimento della libertà di parola alla luce delle caratteristiche di un mezzo del tutto inedito. È emblematico che i tre *strike* della Corte suprema siano caduti su norme previste a tutela di un interesse particolarmente sensibile, quale la protezione dei minori, tale da legittimare normal-

mente più di altri limitazioni particolarmente invasive della libertà di espressione. Si coglie così un atteggiamento tendenzialmente opposto a quello che ha contraddistinto le corti europee, che anziché cavalcare Internet come volano della libertà di manifestazione del pensiero, ne hanno percepito e soppesato soprattutto la portata critica per l'esercizio di diritti concorrenti.

4. Un nuovo paradigma per Internet?

A fronte di questa panoramica sul paradigma costituzionale a tutela della libertà di espressione negli Stati Uniti e in Europa occorre domandarsi se esistano dei margini per sostenere che “qualcosa è cambiato”, specialmente nell’approccio delle corti a Internet, inteso come veicolo per la diffusione di idee, pensieri e opinioni, così da verificare l’opportunità di introdurre meccanismi di filtraggio, se non di contrasto, delle *fake news*.

Non si tratta di una riflessione secondaria in quanto le coordinate che consentivano di decifrare, nel mondo reale, il perimetro della sovranità degli stati vengono oggi messe fortemente in discussione, a fronte dell’erompere di una tecnologia che abbatte gli steccati normativi e attraversa i confini, rendendo talvolta vani i tentativi di ciascuno stato di imporre regole giuridiche rispondenti alla propria peculiare sensibilità. La tutela della libertà di manifestazione del pensiero, come si è visto nei precedenti paragrafi, rappresenta uno dei più importanti ed emblematici terreni di scontro tra Europa e Stati Uniti. I rispettivi paradigmi della libertà di espressione, infatti, sono assai differenti tra loro e sottendono un diverso grado di protezione. Il web, tuttavia, espone a un più frequente e probabile confronto queste differenti sensibilità, la cui intersezione non era certo impossibile in passato (si pensi alla diffusione di un periodico in uno stato diverso da quello di edizione, e alla relativa capacità di attingere la reputazione altrui anche al di fuori della giurisdizione di riferimento), bensì semplicemente meno frequente e agevole. Il web consente a un utente localizzato, per ipotesi, negli Stati Uniti di pubblicare contenuti che, pur non debordando dal perimetro di tutela garantito dallo stato di provenienza, potrebbero nondimeno risultare offensivi e illeciti secondo l’ordinamento di un altro Stato, per esempio europeo, in cui quel medesimo contenuto diventa visibile. Non è casuale che si discuta, a proposito, di *forum-shopping*, ossia della possibilità di pubblicare determinati contenuti nel paese il cui ordinamento garantisca il livello di tutela più ampio. Internet rischia di alimentare un corto circuito in cui sarebbe impossibile decifrare lo standard di tutela applicabile ai vari fenomeni che prendono corpo in rete, determinando uno scenario in cui la discrezionalità dei giudici costituirebbe l’ago della bilancia per risolvere i conflitti costituzionali di volta in volta destinati a emergere. Un caso emblematico delle difficoltà cui può dare luogo questa ontologica diversità nel paradigma di tutela quando essa sia calata nel contesto di Internet è offerto dalla vicenda *Yahoo! Licra*¹⁴.

¹⁴ Per un commento, si veda su tutti J.R. Reidenberg, *Yahoo and Democracy on the Internet*, in 42 *Jurimetrics* 261 (2001-2002).

Il caso ha tratto origine dalla pubblicazione di un sito Internet che ospitava aste di cimeli nazisti, ospitato da Yahoo! e gestito da terzi negli Stati Uniti. Alcune organizzazioni antidiscriminatorie, fra cui la LICRA (Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme), agivano in giudizio per ottenere l'oscuramento del sito in Francia, considerando che tale attività era espressamente vietata dal Codice penale francese. Il Tribunale di Parigi, nel maggio del 2000, ordinava a Yahoo! di adottare le misure tecniche necessarie a impedire l'accesso al sito dal territorio francese. Yahoo! aveva fortemente contestato le richieste delle organizzazioni attrici in giudizio e manifestava altresì l'intenzione di non adeguarsi all'ingiunzione del tribunale francese, ritenendosi immune dalla sua giurisdizione. Tra i vari argomenti formulati dalle difese di Yahoo!, si osservava come i server che ospitavano il sito fossero localizzati nel territorio statunitense e che il sito avesse come *target*, principalmente, ancorché non esclusivamente, i cittadini degli Stati Uniti, paese nel quale l'attività di vendita di cimeli nazisti non è vietata, ma risulta invece protetta dal Primo Emendamento.

Un'altra obiezione sollevata dai legali di Yahoo! si appuntava sulla difficoltà di circoscrivere l'accesso al sito ai soli visitatori residenti in un determinato stato in cui l'attività di vendita di vestigia naziste non fosse vietata. Un controllo che in realtà già a quei tempi poteva forse risultare costoso, ma non certo impossibile. Ma la critica più forte alla richiesta di oscurare il sito Internet si legava al rifiuto di estendere a un sito operato da un *provider* statunitense l'applicazione di una concezione "relativa" della libertà di espressione, in contrasto con la visione "assolutista" incorporata dal Primo Emendamento. Ad avviso di Yahoo! questa decisione avrebbe ingiustificatamente attribuito prevalenza alla concezione europea, secondo uno standard di tutela al ribasso della libertà di espressione, rendendo quest'ultimo il margine di tutela applicabile a livello globale.

La vicenda ha conosciuto ulteriori strascichi processuali, e ha visto Yahoo! agire davanti alle corti statunitensi per contestare la decisione del Tribunale di Parigi, mettendo in discussione che un giudice "straniero" avesse titolo a imporre il rispetto di una concezione della libertà di espressione contrastante con il Primo Emendamento. Mentre la Corte distrettuale aveva riconosciuto le ragioni di Yahoo!, ritenendo che la decisione del giudice francese, essendo in contrasto con il Primo Emendamento, fosse semplicemente inapplicabile e non suscettibile, quindi, di *enforcement*, la Corte d'appello, adita dalle organizzazioni attrici in giudizio in Francia, ha rovesciato successivamente il verdetto.

La vicenda porta alla luce almeno due tratti di rilevante criticità: per un verso, segnala il conflitto latente nelle concezioni della libertà di espressione di cui i paradigmi costituzionali di Europa e Stati Uniti (a voler tacere di altri paesi) sono portatori; per altro, rivela come – nell'assenza di uno standard "comune" per Internet o di convenzioni internazionali che stabiliscano quale livello di protezione applicare allo *speech* online – la determinazione sia rimessa, di fatto, alla discrezionalità delle corti che, se certamente presentano maggiore "prossimità" rispetto alle questioni di volta in volta sollevate, rischiano d'altro canto di accentrare su di sé un potere quasi normativo e di ingenerare incertezza sulle conseguenze giuridiche delle condotte che gli individui possono tenere

su Internet nell'esercizio della libertà di parola.

Il caso appena ricordato propone la narrazione di uno scontro frontale, di una frattura probabilmente irriducibile tra il sentire proprio statunitense e quello europeo in materia di libertà di espressione. Su questo terreno, il divario si è ulteriormente ampliato per effetto dall'avvento delle nuove tecnologie dell'informazione che, come visto, hanno provocato reazioni di segno opposto nell'interpretazione delle garanzie costituzionali da parte delle corti: un atteggiamento più sospettoso da parte delle corti europee, inclini a validare restrizioni della *free speech* necessarie alla tutela di altri diritti; uno di maggior favore e ulteriormente "accrescitivo" da parte della Corte suprema degli Stati Uniti.

Questa divergenza di vedute è stata al centro delle attenzioni di commentatori e attivisti, le cui riflessioni si sono collocate tendenzialmente verso due poli opposti. Da un lato, il riconoscimento dell'impossibilità di stabilire su Internet uno standard di protezione uniforme della libertà di espressione, sfociato talvolta nell'ideazione di forme di autoregolazione della rete che postulerebbero l'abbandono del predicato della statualità delle norme applicabili sul web. Dall'altro, il tentativo di elaborare strumenti come gli Internet *bill of rights* che, pur preservando le irripetibili peculiarità di ciascuna costituzione, eleverebbero a livello sovranazionale il dibattito sull'esigenza di una tutela *ad hoc* per la libertà di espressione in Internet, risolvendosi però, in larga parte, in strumenti di *soft law*, privi di valore precettivo.

Al di là del dibattito ora ricordato, assai partecipato, questo scontro non può non ripercuotersi sulla ricerca di soluzioni uniformi e condivise rispetto all'obiettivo comune a diversi legislatori in questo particolare frangente storico, ossia la prevenzione e la repressione delle *fake news* e dei discorsi d'odio.

Va detto che questo tema si presta senz'altro ad alcune osservazioni preliminari, non solo di respiro giuridico, che esulano dall'ambito della presente trattazione, ma che devono certamente essere tenute in considerazione rispetto alla prospettiva *de jure condendo* su cui ci si intende concentrare.

Primo fra tutti si pone il tema della identificazione della verità e, prima ancora, dei criteri necessari a definirla e a separare la verità da ciò che invece si deve catalogare come *fake*.

Un altro tema centrale riguarda l'opportunità di sottoporre a restrizioni i contenuti destinati alla circolazione sul web e di introdurre meccanismi di delimitazione dei contenuti sul web: si tratta di un'opzione politica, che un legislatore, come sembrerebbe possa accadere, stando alle cronache, in Germania, può abbracciare oppure di una scelta necessitata dall'esistenza di una gerarchia di interessi che reclamano tutela?

Il presente capitolo intende tuttavia rispondere a una questione diversa che, prima ancora di provocare una riflessione nel merito delle eventuali scelte di politica legislativa, interroga sulla "fattibilità costituzionale" di un disegno volto alla repressione del fenomeno delle *fake news* muovendo dalla constatazione dei suoi effetti detrimentalmente per i consociati entro una moltitudine di situazioni e contesti.

Esistono, in altri termini, nelle costituzioni degli Stati Uniti e dei paesi europei (nonché nelle carte sovranazionali dei diritti, tra cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) gli anticorpi che consentono di reagire a un fenomeno che, pur presentandosi formalmente sotto le mentite spoglie di una forma di esercizio della libertà di espressione, attenta nella sostanza a una moltitudine di interessi? È un problema contiguo e non a caso accomunato al contrasto dell'*hate speech*, i discorsi d'odio che pur integrando una forma di espressione, interrogano perennemente sulla loro effettiva riconducibilità al paradigma della libertà di espressione.

E non è casuale che, dalla prospettiva di chi si occupa di speculazione scientifica, gli esiti cui si perviene dalla disamina dei sistemi costituzionali dei paesi europei e degli Stati Uniti rispetto alla possibilità di intervenire sulle *fake news* restituiscano indicazioni univoche rispetto all'orientamento che questi stati presentano in tema di *hate speech*.

4.1. La rilevanza del falso nella giurisprudenza

Gli Stati Uniti, infatti, offrendo una protezione costituzionale molto più vasta alla libertà di espressione, sembrano presentare maggiori ostacoli per un intervento che colpisca la diffusione delle *fake news*. In questo contesto risulta ancora predominante la metafora del *free marketplace of ideas*, che equipara lo scambio dialettico a un libero mercato in cui le *fake news*, in quanto notizie di “cattiva qualità”, non vere o parzialmente vere, semplicemente “falliscono”. Il test di validità delle notizie, in questo ambito, corrisponde infatti alla capacità di una notizia di ricevere approvazione da parte del pubblico.

Del resto, seguendo i canoni della giurisprudenza della Corte suprema sul Primo Emendamento, un intervento del legislatore finalizzato a depurare il web delle notizie *fake* non supererebbe probabilmente, salvo in rari casi, lo *strict scrutiny* richiesto dalla giurisprudenza.

Il caso più recente che fornisce indicazioni particolarmente puntuali sui limiti alla punibilità del falso negli Stati Uniti coincide con la sentenza *United States v. Alvarez*. Il procedimento, giunto all'attenzione della Corte suprema, era scaturito dalla falsa dichiarazione da parte del ricorrente di aver ricevuto una Medal of Honor e dalla successiva incriminazione in base al The Stolen Valor Act, una legge che sanzionava chiunque si attribuisse falsamente il possesso di medaglie o altre decorazioni militari. La Corte suprema era chiamata, nella fattispecie, a giudicare la conformità della incriminazione in oggetto con il Primo Emendamento.

Il giudizio ha costituito l'occasione per la Corte suprema per recuperare la propria elaborazione in ordine ai limiti alla libertà di espressione costituzionalmente ammissibili. La Corte ha ricordato in primo luogo che il Primo Emendamento impedisce al governo di restringere la libertà di parola in ragione del messaggio, delle idee, del tema o del contenuto; di conseguenza, ogni limitazione basata sul contenuto dello *speech* si presume illegittima finché il governo non dimostri la sua conformità a Costituzione. La Corte suprema ha evidenziato, inoltre, come le uniche restrizioni consentite siano state confinate a categorie storiche e tradizionali di espressione, tra cui l'incitamento a

commettere condotte illecite, la diffamazione, gli atti osceni. Al di fuori di queste categorie, invece, non esiste un'eccezione di carattere generale che permetta di escludere determinate espressioni dalle garanzie del Primo Emendamento.

In tutti questi casi, appartenenti alla tradizione della giurisprudenza statunitense in materia di libertà di espressione, la falsità delle affermazioni di volta in volta interessate, pur non essendo irrilevante, non è mai risultata decisiva, come invece appare nel caso del *The Stolen Valor Act*, che puniva esclusivamente il falso in sé, e null'altro. Il semplice falso, per la Corte suprema, non è infatti sufficiente a escludere dall'alveo del Primo Emendamento l'uso di determinate espressioni. Questa caratterizzazione per cui il falso non è mai rilevante in quanto tale si ritrova, per esempio, nell'ambito della diffamazione, fattispecie che punisce l'uso di affermazioni non veritiere soltanto nel caso in cui sia sorretto dalle categorie mentali del dolo o della colpa, che coincidono alla consapevolezza circa la falsità o alla negligente trascuratezza di misure idonee a rivelare la falsità delle notizie. Proprio con riguardo a questo esempio, la Corte suprema sottolinea che l'esistenza di requisiti ulteriori al mero falso serve a garantire maggiore libertà di parola, non a restringerla (*more speech, not less*).

La Corte non nega, poi, che talune categorie di *speech* sono risultate storicamente sguarnite di protezione costituzionale. In ogni caso, prima che una determinata categoria di espressioni possa essere sottratta alla regola che vieta restrizioni della libertà di parola fondate sul contenuto, e dunque la relativa fattispecie incriminatrice giudicata conforme al Primo Emendamento, occorrerà che sussistano solide ragioni per ritenere che una restrizione apparentemente "nuova" si collega in realtà alla tradizione della giurisprudenza della Corte suprema.

La Corte suprema, dopo aver ricordato questi capisaldi fondamentali, si è poi concentrata sullo specifico atto oggetto di applicazione nei gradi di giudizio precedenti. Il *The Stolen Valor Act* non rispetta i requisiti per essere conforme alla Costituzione: non solo esso colpisce il falso in sé, ma lo punisce senza attribuire alcun rilievo alla finalità del falso e all'eventuale perseguimento di un indebito vantaggio o profitto. Aggiunge l'*opinion* della Corte che ammettere la possibilità di criminalizzare questa condotta consentirebbe alle autorità nazionali di enunciare una serie di temi sui quali le false dichiarazioni diventano punibili. Attribuire un simile potere al governo significherebbe aprire a inedite opzioni censorie che metterebbero a repentaglio lo stesso valore della libertà di parola come pietra miliare della democrazia liberale. L'incriminazione è stata così dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema, data anche l'assenza di un collegamento causale tra la limitazione alla libertà di parola e l'interesse dello Stato a tutelare l'integrità del sistema di onori militari. Conclude la Corte suprema che «*The remedy for speech that is false is speech that is true*»; questa la migliore risposta, che sembra evocare la teoria di John Stuart Mill¹⁵ che reclamava «più informazione» nel suo *Saggio sulla libertà*. Secondo Mill:

«Anche se l'opinione repressa è un errore, può contenere, e molto spesso contiene, una parte di verità; e poiché l'opinione generale o prevalente su qualsiasi questione è

¹⁵ J.S. Mill, *On Liberty*, London, 1859.

raramente, o mai, l'intera verità, è soltanto mediante lo scontro tra opinioni opposte che il resto della verità ha una probabilità di emergere».

Una posizione non dissimile, risalendo nella giurisprudenza fino alla sentenza *Whitney v. California* del 1927, era stata espressa da Justice Brandeis nella sua *opinion*:

«If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence».

Tornando al caso *Alvarez*, il passaggio più forte nella chiusura dell'*opinion* di Justice Kennedy si ricollega alla nozione di *marketplace*: il Primo Emendamento, infatti, consente di replicare alle affermazioni che non si gradiscono o condividono. La libertà di parola e di pensiero non è frutto di “beneficenza” da parte dello Stato ma parte dei diritti inalienabili dell'individuo. E la riduzione della libertà di parola da parte del governo, tramite l'introduzione di fattispecie che incriminano lo *speech*, non contribuisce a rendere evidente e a isolare il falso, ma al contrario rende tutto ciò più difficile. Ancora Kennedy sottolinea, poi, che soltanto una società debole necessita di una protezione o di un intervento dei poteri pubblici per tutelare o preservare la verità: *«truth needs neither handcuffs nor a badge for its vindication».*

Il principio dell'irrelevanza della mera falsità in quanto tale era già stato validato dalla Corte suprema, per esempio nel caso *Gertz v. Robert Welch* del 1974 relativo al reato di diffamazione. In quella occasione la Corte suprema ebbe a stabilire che ciascuno Stato è libero di prevedere uno specifico standard di responsabilità in materia, purché nel rispetto del requisito minimo della colpa. Così, secondo la Corte suprema, applicare una *strict liability* per il reato di diffamazione sarebbe contrario al Primo Emendamento. In questo modo, come sottolineato dalla *concurring opinion* di Justice Breyer nel caso *Alvarez*, si riduce il timore che un individuo in buona fede possa accidentalmente incorrere in responsabilità.

Un preciso standard, quello dell'*actual malice*, era stato indicato in precedenza dalla Corte suprema nel 1964, nel caso *New York Times v. Sullivan*, come condizione essenziale affinché l'esercizio del diritto di cronaca giornalistica potesse configurare una fattispecie di diffamazione nei confronti delle cosiddette *public figures* e dunque fondamento di un risarcimento del danno. Lo stesso principio relativo alle *public figures* è stato confermato, nello stesso anno, in ambito penale, nella causa *Garrison v. Louisiana*. Gli Stati Uniti, insomma, appaiono aver radicato una tradizione costituzionale rispetto all'esercizio della libertà di parola ostile alla rilevanza giuridica del falso in quanto tale.

4.2. Il ruolo degli *Internet service provider* e il problema della *collateral censorship*

Non si deve poi trascurare un effetto inevitabile di qualsiasi ipotetica iniziativa del legislatore in questa direzione: la rimozione di una notizia dal web implica con ogni probabilità un intervento sui motori di ricerca o sulle piattaforme di condivisione *social*, chiamando in causa dunque, oltre ai “fabbricatori” di *fake news* anche coloro che, ancorché involontariamente, contribuiscono alla loro diffusione su *input* degli utenti. Il discorso sulla responsabilità delle piattaforme digitali, e dei *social network* in particolare, per la divulgazione di notizie false (come del resto di discorsi d’odio) dovrebbe essere tenuto distinto e separato da quello relativo al possibile coinvolgimento degli stessi operatori laddove si tratti di rimuovere contenuti. Nondimeno, è pur vero che sempre più frequentemente si assiste, per un verso, a tentativi della giurisprudenza di esaltare la natura “attiva” di questi operatori (concepiti dalla normativa vigente come meri intermediari passivi), anche sulla base dei possibili introiti derivanti dallo sfruttamento indiretto di contenuti, al fine di attribuire loro responsabilità in relazione ai contenuti diffusi dagli utenti; per altro verso, gli stessi legislatori paiono orientati, in alcuni casi, a individuare forme di *vicarious liability*, sanzionando direttamente gli operatori nel caso di mancata rimozione (o di rimozione non tempestiva) di contenuti.

Il coinvolgimento, diretto ovvero indiretto, degli *Internet service provider* solleva però più di un problema, specialmente (anche se non esclusivamente) nel contesto nordamericano: ogni forma di responsabilizzazione degli intermediari, soprattutto ove concerna forme di filtraggio dei contenuti, è guardata con particolare sospetto, potendo dar luogo a forme di *collateral censorship*, vale a dire di censura privata, come bene ha argomentato Jack Balkin¹⁶. Un pericolo, questo, dal quale anche le corti europee per vero vorrebbero “scudare” gli operatori Internet. Del resto gli stessi giudici Tsotsoria e Sajò hanno segnalato questo pericolo in una magistrale *dissenting opinion* consegnata nel caso *Delfi*. Se, infatti, il presupposto su cui si fonda il funzionamento delle piattaforme di condivisione di contenuti è la carenza di una responsabilità diretta per gli illeciti commessi da terzi (per esempio in relazione alla pubblicazione di commenti diffamatori), imporre una selezione dei contenuti e una sostanziale opera di filtraggio sotto la minaccia di una sanzione (ancorché in forma di un’eventuale risarcimento per mancata rimozione) 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. In questo modo ciascuno degli operatori del web 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.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, questo scenario solleva un problema nella misura in cui grava soggetti privati, orientati verso finalità di *business*, del compito di assicurare il bilanciamento tra interessi di diverso segno, generalmente affidato alle autorità giurisdizionali. Si ripropone, in questo frangente, un problema analogo a quello occasionato dalla sentenza *Google Spain*, che ha concentrato in capo ai gestori dei motori di ricerca il potere di riconciliare l’esigenza di tutela dei dati personali con le ragioni della libertà di informazione.

¹⁶ J.M Balkin, *Free speech and Hostile Environments*, in 99(8) *Columbia Law Review* 2295 (1999).

Rispetto a questo ulteriore profilo, la sensibilità squisitamente statunitense in tema di *free speech* appare di ostacolo a un assetto nel quale il margine di effettività della libertà in questione venga a dipendere dal ruolo esercitato da operatori privati. Il costituzionalismo europeo, invece, sembrerebbe opporre meno resistenze: non solo perché la giurisprudenza della Corte di giustizia è parsa avallare l'idea che questi soggetti esercitino funzioni di bilanciamento, ma anche perché diverse esperienze vedono corroborarsi, specialmente nel campo della tutela del diritto d'autore, sistemi di *notice and takedown* in cui i *provider* occupano una posizione nevralgica.

Vi è poi sullo sfondo una diversa matrice storica che contribuisce certamente a creare un terreno fertile per il radicamento di meccanismi di filtraggio o di selezione nel contesto europeo, laddove lo osteggia nell'ambito statunitense. La libertà di espressione conosce nell'ordinamento statunitense l'esaltazione massima della sua dimensione negativa, essendo incentrata sull'esigenza di prevenire ogni ordine di ostacolo e interferenza nel rapporto con i pubblici poteri. Non è casuale che il Primo Emendamento esordisca con una formula che vieta espressamente al *Government* di intervenire in materia di libertà di espressione e che sia stata la giurisprudenza della Corte suprema a individuare, seppur secondo criteri restrittivi, l'area di eccezione entro la quale è possibile per i poteri pubblici interferire con l'esercizio della libertà di parola.

4.3. Un *marketplace of ideas 2.0*? Una metafora da rivisitare

Da questo paradigma si differenzia il modello europeo. E non solo perché, come si è visto, la libertà di espressione ha un ambito di estensione più limitato e il profilo passivo del diritto ad essere informato ha una valenza più significativa rispetto al modello statunitense. Ai nostri fini è utile fare emergere un'altra differenza. A differenza dell'appena descritto codice genetico del Primo Emendamento che si concentra molto sulla non interferenza dei pubblici poteri, il costituzionalismo europeo affronta con maggiore tolleranza la possibilità di un intervento regolatorio statuale che possa limitare la libertà di espressione. La partita si gioca in questo caso sulla entità di tale limitazione, e in fin dei conti, guardando alla stella cometa rappresentata dal secondo comma dell'art. 10 della Convenzione, alla proporzionalità della limitazione stessa. Di qui si rinnova l'impressione che, in assenza di un vincolo forte, in parte anche ideologico, per i pubblici poteri, il terreno europeo si presenti come maggiormente fertile rispetto all'implementazione di forme di prevenzione o prevenzione rispetto alle *fake news* e ai discorsi d'odio, anche in forme che prevedano il coinvolgimento attivo, seppure non esente da profili critici, dei fornitori di servizi Internet.

Questa eterogeneità di approccio si traduce in una differente articolazione del contenuto della stessa libertà di espressione: mentre il timore della Corte suprema statunitense è stato quello di respingere ogni tentativo dei poteri pubblici di insinuare un'interferenza con la libertà di espressione, in Europa l'elaborazione (anche) giurisprudenziale ha permesso di delineare un contenuto complesso per la *freedom of speech*, che comprende

una moltitudine di declinazioni. Così, se il Primo Emendamento si limita a stabilire un divieto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le Costituzioni degli Stati europei riconoscono, per esempio, la libertà di informazione quale parte qualificata della libertà di parola; e declinano tale libertà in tre diversi profili: quello attivo (libertà di informare, ossia diffondere informazioni), quello passivo (libertà di ricevere informazioni) e quello mediano (libertà di ricercare informazioni). Nulla di tutto ciò si ritrova all'interno del contesto statunitense, ed è del tutto evidente come l'esistenza di un'esplicita o comunque consolidata copertura costituzionale per la libertà di essere informati deponga in favore di meccanismi che consentano di "depurare" il *mare magnum* del web da contenuti incapaci di esprimere un contributo informativo perché del tutto falsi o infondati o perché non qualificati o verificati. Se, infatti, sottesa al costituzionalismo europeo vi è la funzionalizzazione della libertà di espressione al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati, e dunque, indirettamente, alla formazione dell'opinione pubblica e al funzionamento della democrazia, il riconoscimento di un diritto a essere informati si traduce nella previsione di un diritto a una *corretta* informazione. Proprio questo riconoscimento, talvolta esplicito talvolta implicito, consente di ritenere esistenti nel costituzionalismo europeo gli anticorpi per contrastare il diffondersi di una cattiva informazione, *fake news* in testa.

Ma anche prescindendo dalla matrice storica che è stata ora ricordata, esistono probabilmente altre solide ragioni a supporto della possibilità di introdurre meccanismi di controllo sui contenuti pubblicati dagli utenti nell'ambito del contrasto alle *fake news* o ai discorsi d'odio. Molto spesso, infatti, si evoca, per porre la rete al riparo da queste ipotetiche forme di controllo, la metafora del libero mercato delle idee. Un'elaborazione che risale, come visto, alla paternità di Justice Holmes ed affonda le sue radici in un'epoca che precedeva, e di molto, lo sviluppo di Internet e delle nuove tecnologie digitali. Oggi questa metafora sembra ottenere credito anche di fronte al nuovo orizzonte tecnologico, come testimonia la giurisprudenza "espansiva" della Corte suprema, incline a riconoscere alla libertà di espressione su Internet addirittura un ambito di applicazione più vasto di quello che contraddistingue il "mondo degli atomi". Ebbene, questa metafora sembra conoscere un processo di esportazione dagli Stati Uniti verso l'Europa, divenendo oggetto di adesione da parte dei commentatori che ritengono che questa impostazione, di maggiore respiro liberale, sia la più consona alle caratteristiche di Internet. In dottrina, questa metafora sembra addirittura farsi volano della sensibilità statunitense sul tema della libera espressione nel contesto europeo. Se così fosse, anche in Europa diverrebbe di difficile percorribilità ogni meccanismo di filtraggio volto a contrastare la diffusione di *fake news* o di discorsi d'odio. Eppure la validità di questa metafora, a lungo ricorrente nel linguaggio di commentatori e corti, deve probabilmente essere rivisitata. Come si è osservato anche in altra sede¹⁷, tale metafora deve anzitutto conciliarsi con la concezione della libertà di espressione propria del costituzionalismo europeo, che come già ricordato offre copertura anche alla libertà di informazione e al diritto a ricevere informazioni. Poiché le costituzioni tutelano l'informazione come bene giuridico destinato a soddisfare una precisa finalità, così

¹⁷ O. Pollicino, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *Italian Journal of Public Law* 1 (2017).

escludendo dal proprio perimetro ciò che non costituisce *corretta* informazione, la metafora del *free marketplace* sembra destinata a incontrare un rigetto se trapiantata entro questo schema. Al contrario, ove i riferimenti alla libertà di informazione dei cittadini non fossero così chiaramente scolpiti nelle costituzioni ed emersi nell'interpretazione offerta dalle corti, questa visione mercantilistica delle idee in libera concorrenza fra loro potrebbe farsi largo anche in Europa.

Oltre a ciò, si deve riconoscere che la stessa metafora del *marketplace* presenta dei limiti, al di là del contesto territoriale e costituzionale di riferimento, in relazione a Internet. D'altronde, tale metafora ha le sue origini nel 1919, nella famosa *dissenting opinion* di Justice Holmes ed è stata ripresa dalla Corte suprema nel 1997, in occasione della già ricordata pronuncia *Reno v. ACLU*, per adattarla a Internet.

Entrambi i momenti corrispondono a due frangenti del tutto peculiari: l'elaborazione di Holmes trasuda lo spirito della dottrina del *laissez faire* quando, nel pieno dell'epoca capitalista, si riteneva di poter estendere una logica "aperta" di mercato all'ambito del confronto dialettico tra idee; nel 1997, invece, la Corte suprema mutua l'impostazione di Holmes a fronte di un mezzo radicalmente inedito, che appare dischiudere un nuovo libero mercato delle idee. Occorre però porre attenzione a un dettaglio: la metafora di Holmes postulava un *free marketplace of ideas*, e dunque un mercato delle idee che fosse *libero* e caratterizzato, al pari dell'ambito economico, di una sua capacità autocorrettiva. Solo in assenza di condizionamenti su questo mercato, il libero confronto che ivi prende corpo può assolvere alla sua funzione di test della validità delle idee e opinioni. E tale era, effettivamente, Internet agli albori, quando in alcun modo era condizionato da posizioni dominanti, oligopolistiche o addirittura monopolistiche. Entro questo scenario, la metafora avrebbe senz'altro potuto avere senso. Oggi, invece, essa appare del tutto fuori contesto: il mercato delle idee, su Internet, è tutt'altro che "libero", come è ben noto alle istituzioni, europee e statunitensi, che ai mercati digitali guardano con sempre maggiore attenzione. E allora, se il terreno di gioco della partita delle *fake news* e dei discorsi d'odio non è più un libero mercato, applicare quello stesso test, che affidava allo spontaneo e libero confronto dialettico l'individuazione del consenso e l'emarginazione delle opinioni meno autorevoli, non è più una buona idea.

Detto che la metafora del *marketplace* è divenuta inappagante, forse anche negli Stati Uniti, esistono altri profili che mettono in luce l'opportunità di un controllo sulla circolazione delle *fake news*, sulle cui modalità si dirà più diffusamente oltre.

Dapprima occorre collegare il concetto di pluralismo con il tema della scarsità delle risorse. L'esigenza di regolazione del pluralismo, infatti, si fa più pressante nei mercati contraddistinti dalla scarsità delle risorse: è su questo terreno, infatti, che chi occupa una posizione dominante o comunque oligopolistica può influenzare e condizionare con effetti distorsivi il funzionamento del mercato. L'esperienza del sistema radiotelevisivo italiano documenta e fotografa esattamente questa relazione. Al venir meno del carattere di scarsità di una risorsa lo scenario muta: così il tema del pluralismo, al giorno d'oggi, non appare sollevare eguali criticità come accadeva invece in passato. Nel sistema dell'informazione, l'avvento di Internet permette a piccoli e grandi operatori di emergere entro un quadro di mercato tendenzialmente frammentato e variegato. Si

potrebbe così immaginare che la presenza di regole funzionali ad assicurare il contrasto delle *fake news* perderebbe di senso in questo nuovo ecosistema, in cui la metafora del *marketplace* sembrerebbe, all'apparenza, perfettamente calzante. Eppure, anche a fronte dell'avvento di Internet persiste un carattere di scarsità, che non riguarda più le risorse frequenziali bensì una risorsa forse ancora più preziosa: l'attenzione dell'utente. Non si può ritenere, dunque, confidando su una semplice astrazione, che all'aumentare della disponibilità di siti Internet si sia automaticamente moltiplicata anche la fruizione delle risorse informative da parte degli utenti. L'attenzione dei lettori è rimasta tendenzialmente invariata, sicché, se il costituzionalismo europeo ha a cuore l'obiettivo di tutelare la corretta informazione degli individui, i legislatori non dovranno cadere in inganno e ritenere che la mera sovrabbondanza di media sia sufficiente per soddisfare quell'obiettivo.

A questo elemento, tutt'altro che trascurabile, si collegano le illuminanti riflessioni di Cass Sunstein, il quale ha teorizzato l'esistenza di logiche di polarizzazione tra gli individui nell'accesso all'informazione, che condurrebbe a una sorta di pregiudizio di conferma. Questo scenario conduce a una vera e propria radicalizzazione dello scontro dialettico anziché a una sua, benché ipotetica, riconciliazione¹⁸. Secondo Sunstein, infatti, in presenza di costanti flussi informativi (le "cascate informative"), l'utente manifesta un preorientamento che tenderà a confermare, mantenendo fede all'adesione al suo gruppo di opinione originario. Statisticamente, secondo Sunstein, il mutamento di posizione all'esito del confronto del pubblico con le cascate informative rappresenta una circostanza assai rara e difficile da verificarsi. La presenza di un elemento di *bias*, così, rappresenta un fattore immanente che si alimenta anche attraverso la diffusione delle notizie *fake*. Lo stesso Sunstein documenta un processo di tendenziale "resistenza" degli individui che aderiscono a un preciso pensiero rispetto alla dimostrazione dell'infondatezza di determinate notizie. Tale fattore riesce, anzi, a radicalizzare ancora di più lo scontro.

Se Sunstein¹⁹ non considera questo scenario sufficiente a revocare del tutto in dubbio la funzionalità della metafora del *free marketplace of ideas*, è vero però che, nell'ottica del costituzionalismo europeo, esso solleva più di un dubbio e induce a ritenere forse doveroso, soprattutto richiamandosi alla scarsità dell'attenzione da parte degli utenti e all'esigenza costituzionale di una loro corretta informazione, un intervento dei pubblici poteri, quale che ne sia la forma, volta a reprimere la circolazione delle false notizie.

Del resto già Milton, nel suo *Aeropagitica*²⁰, si scagliò contro la censura della stampa, evocando il concetto di verità e paragonando la conoscenza all'acqua e la verità a una fontana zampillante. Ciò che occorre evitare, in questo paradigma, è quanto può bloccare il libero flusso di idee che conduce al progresso verso la verità. La censura, per Milton, potrebbe così incidere su quel processo di avvicinamento alla verità impedendo o restringendo l'emergere di nuove idee. La verità, secondo Milton, prevale in un

¹⁸ Cfr. C.R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017.

¹⁹ Si veda anche, in proposito, C.R. Sunstein, *On Rumors*, Princeton, 2014.

²⁰ J. Milton, *Aeropagitica; A speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England*, Londra, 1644.

contesto di idee libero e aperto. Ecco perché tali idee non possono essere sottoposte a limitazioni prima che possano “competere” nella lotta con i dogmi. Ma l’esperienza di Milton è emblematica: egli accettò infatti, nonostante questa strenua opposizione, il ruolo di censore in base alla legge che tanto aveva contestato²¹. Questo passaggio segnala la connessione tra la fede nella ricerca della verità e la possibilità di pratica delle sanzioni quando, all’esito degli opportuni accertamenti, sia possibile distinguere il vero dal falso, che dunque non gode di protezione. La libertà di espressione si alimenta così di una concezione basata sulla nozione di verità: libero flusso e aperto incontro sono le parole chiave di questo paradigma, che tuttavia non è assurdo a vero e proprio modello della libertà di parola.

²¹ Si veda S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago-London, 2001.