JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto
storia del diritto

TESTI

CLASSICI

collana diretta da

Italo Birocchi, Marcello Clarich,
Aurelio Gentili, Fausto Giunta,
Mario Jori, Vito Velluzzi

La nozione di contenuto illecito online

Fattispecie e responsabilità penale nella prospettiva europea

a cura di
Kolis Summerer, Matteo L. Mattheudakis, Gian Marco Caletti

con la collaborazione di
Paolo Beccari

Edizioni ETS

www.edizioniets.com

Il volume è stato pubblicato con il finanziamento del Trust & Safety Research Award di Google.

© Copyright 2025
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

Distribuzione
Messaggerie Libri SPA
Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione
PDE PROMOZIONE SRL
via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN cartaceo 978-884677392-0

Il presente PDF con ISBN 978-884677393-7 è in licenza CC BY-NC

INDICE

Prefazione 9

Introduzione 11

Sezione 1. Profili giuridici dello spazio digitale: sicurezza, responsabilità e contenuti illeciti

Prime riflessioni a margine della legge n. 90/2024. Cybercrime e tutela penale della cybersecurity: un'occasione persa?
Roberto Flor 19

La responsabilità penale dell'*internet service provider* dopo il *Digital Services Act*
Sofia Braschi 27

La responsabilità delle piattaforme per i crimini online nell'ordinamento statunitense: il caso delle "piattaforme illecite"
Beatrice Panattoni 37

L'intelligenza artificiale nello "spazio digitale": profili penalistici e nuove sfide regolatorie
Olimpia Barresi 51

Come interpretare la nozione di «contenuto illegale» nel quadro del Regolamento sui Servizi Digitali? Riflessioni in un'ottica di diritto dell'Unione
Federico Ferri 67

Disinformazione ed ecosistemi digitali: dal paradigma punitivo alle istituzioni di libertà
Corrado Caruso 81

Disinformazione e manipolazione del consenso elettorale tra "potere punitivo" delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali degli utenti
Emanuele Birritteri 101

Sezione 2. Offese alla persona e contesti digitali: nuove prospettive

Parte 1. Contenuti sessuali illeciti e molestie digitali

Contenuto illecito online e pedo-pornografia. Ambiguità interpretative tra produzione abusiva, *sexting* e condotte diffusive
Malaika Bianchi 123

La propagazione illecita di materiale sessualmente esplicito. Quale tutela penale?
Monica Tortorelli 135

La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "*deepfake*" nella direttiva (UE) 2024/1385
Caterina Paonessa 155

Cyberstalking e cyberbullismo: le fattispecie "analogiche" di fronte alle esigenze di tutela "digitale"
Antonella Massaro 175

Le molestie sessuali nell'universo digitale. Riflessioni sulla dimensione "non fisica" della libertà sessuale
Matilde Botto 185

Parte 2. Discorsi offensivi nello spazio digitale: reputazione, hate speech *e disinformazione*

La repressione delle offese online alla reputazione: tra anomia di contesto e anomia normativa
Arianna Visconti 203

Il contrasto all'*online hate speech* nel contesto del *Digital Services Act*: fra *private enforcement*, meccanismi di compliance e tutela dei diritti fondamentali
Alessandra Galluccio 231

Il reato discriminatorio quale "illecito online": coordinate di diritto interno, comparato ed eurounitario
Andrea Perin 239

Punire la menzogna "politica" nello spazio virtuale? Il ruolo del diritto penale nel contrasto alla disinformazione e alla manipolazione del consenso elettorale
Anna Costantini 251

Sezione 3. Violenza online e protezione delle vittime: tra tutela e riparazione

La tutela "integrata" della vittima di violenza online nello spazio eurounitario
Marco Venturoli 271

Riparare l'illecito online: il ruolo della giustizia riparativa
Elena Mattevi 285

Elenco e qualifiche degli autori 297

DISINFORMAZIONE ED ECOSISTEMI DIGITALI: DAL PARADIGMA PUNITIVO ALLE ISTITUZIONI DI LIBERTÀ

Corrado Caruso

SOMMARIO: 1. In breve. – 2. I caratteri della sfera pubblica digitale: partecipazione, privatizzazione e frammentazione. – 3. La natura della disinformazione digitale – 4. La verità politica come bene costituzionale – 5. Ripensare il paradigma teorico: dalle libertà negative alle istituzioni di libertà – 6. Correggere la disinformazione: *game over* per il diritto penale? – 7. La lotta per la sovranità digitale europea – 8. Il *Digital Services Act* come paradigma – 9. Verso il discorso pubblico europeo.

1. *In breve*

L'ascesa della disinformazione digitale induce a interrogarsi sulla idoneità del diritto penale ad arginare questo fenomeno e, per il costituzionalista, a chiedersi se il suo compito possa limitarsi a *giustificare*, alla luce dei molteplici valori costituzionali di cui è costellato l'ordinamento, un intervento repressivo orientato al *contenuto* o al *punto di vista*.

Per rispondere a questa domanda è necessario anzitutto esplorare le relazioni comunicative che hanno luogo all'interno delle piattaforme digitali, le quali favoriscono un processo comunicativo emozionale che polarizza gli utenti, intrappolati nelle rispettive bolle (par. 2). Il fenomeno della disinformazione, inteso come costante processo volontario di alterazione della corrispondenza tra i fatti e la loro descrizione, trova nell'ecosistema digitale il proprio *habitat* naturale: l'obiettivo non è tanto convincere l'uditorio della bontà di una certa tesi, come nei tradizionali meccanismi di propaganda, quanto assumere il *potere* di determinare la verità (par. 3). Di fronte a queste tendenze, non è opportuno riconoscere un *diritto alla verità* dall'incerto contenuto capace, in una paradossale eterogenesi dei fini, di funzionalizzare la stessa libertà di espressione ai fini del regime politico, ma è invece necessario assumere la verità su fatti di interesse pubblico quale ideale prescrittivo, «bene politico» di rango costituzionale, precondizione della libera dialettica democratica (par. 4).

Simili tendenze sollecitano il costituzionalista a un cambio di approccio metodologico: non è possibile analizzare l'impatto della disinformazione attraverso le antiche lenti dogmatiche della libertà negativa, che esprime un divieto di interferenza dello Stato nella sfera individuale. È necessario invece prendere atto del ruolo che le piattaforme digitali svolgono nella conformazione della autonomia individuale e, di riflesso, della

sfera pubblica per evocare la necessaria configurazione delle libertà come *istituzioni*, spazi sociali che richiedono un obbligo positivo di regolazione al fine di salvaguardare il contenuto di valore positivizzato dalle fattispecie costituzionali. Le situazioni di libertà connesse all'art. 21 Cost. individuano le coordinate del *discorso pubblico*, uno spazio istituzionale ove hanno luogo interazioni comunicative che, attraverso il conflitto tra opposte visioni del mondo, legittimano sul piano sostanziale i meccanismi procedurali del circuito democratico-rappresentativo. Per svolgere le sue funzioni, il discorso pubblico non può però essere ridotto a un magma indistinto di pulsioni emotive né può venire meno un grado minimo di corrispondenza tra la realtà e le sue, pur ideologicamente diverse, narrazioni. Se questa corrispondenza venisse meno, sarebbe impossibile la stessa la reciproca precomprensione tra cittadini e, quindi, la stessa convivenza democratica (par. 5).

Non si tratta di verificare sino a che punto la singola notizia falsa possa essere ricompresa nella sfera di protezione offerta dall'art. 21 Cost. Il diritto penale è teleologicamente e strutturalmente inidoneo ad arginare questo fenomeno: non solo per le *eccedenze autoritarie* che i reati di opinione portano con sé, ma anche per la sostanziale *ineffettività* di tale risposta nei confronti dei problemi sollevati dalla sfera pubblica digitale (par. 6).

Si tratta, viceversa, di predisporre un'impalcatura istituzionale che protegga l'apertura dei canali di formazione della sfera pubblica dai processi di privatizzazione e *self-closed fragmentation* realizzati dalle grandi *corporations* del Web. Il recente attivismo regolatorio dell'Unione europea deve essere collocato in questa cornice teorica: lungi dal concretizzare un intervento *orientato al contenuto* o al *punto di vista*, e cioè alla selezione contenutistica dei messaggi digitali, la disciplina europea impone procedure e obblighi di trasparenza che incidono sul modello infrastrutturale adottato dalle piattaforme (par. 7). La regolazione sovranazionale ha posto le premesse per una *double-track regulation*, che lascia agli Stati membri la definizione dei contenuti illegali e all'Unione le misure di regolazione delle "infrastrutture" digitali. Questa *istituzionalizzazione procedurale* della sfera pubblica, realizzato soprattutto dal *Digital Services Act*, ha condotto a nuove situazioni soggettive connesse alle dinamiche di governo degli ecosistemi digitali, tra le quali meritano menzione il diritto a un intervento proporzionato nella rimozione dei contenuti emessi in rete o il diritto a non subire sistemi di raccomandazioni basati sul *targeting* (par. 8).

Nonostante si tratti di un primo passo di cui sarà necessario valutare l'efficacia, il saggio saluta con favore l'intervento sovranazionale, che persevera nella strategia di un *federalizing process* condotto attraverso i valori del costituzionalismo liberaldemocratico e volto a preservare il discorso pubblico europeo dalle minacce che provengono dall'attuale quadro geopolitico (par. 9).

2. *I caratteri della sfera pubblica digitale: partecipazione, privatizzazione e frammentazione*

L'avvento di Internet amplifica tendenze in parte note: nella seconda metà del '900, l'irrompere del fattore tecnologico e dalla diffusione del sistema radiotelevisivo comporta una privatizzazione della sfera pubblica. Le tecnostrutture private hanno sovvertito l'orizzontalità della comunicazione a favore di processi mediatici verticali e unidirezionali, valorizzando l'intrattenimento a detrimento della informazione con il fine di aumentare gli introiti pubblicitari[1].

Gli albori del Web sembrano rafforzare questo processo di disintermediazione e di privatizzazione della sfera pubblica in forme nuove, coerenti con le peculiarità del mezzo di diffusione. Il Web ha favorito la nascita di relazioni sociologiche collocate nella cornice dello scambio di informazioni attraverso apparati tecnologici, dando origine a un sistema di «autocomunicazione di massa»[2], che apparentemente sostituisce le modalità comunicative tradizionali, contraddistinte da verticalità e unidirezionalità della comunicazione. Nella società digitale, emerge un processo di *soggettivazione* che marginalizza i «mediatori dell'interesse generale»[3] e la selezione specializzata delle notizie e dei fatti di interesse generale a favore di un processo di frammentazione e atomizzazione[4].

Superata la prima fase di sviluppo della Rete, e con, essa, la credenza ottimistica che Internet avrebbe condotto a una sorta di *agorà* globale caratterizzata dall'eguale partecipazione alla sfera pubblica e dalla orizzontalità della informazione, il Web è andato sviluppandosi grazie alla intermediazione delle piattaforme digitali: la loro disintermediazione cela in realtà una re-intermediazione, attraverso le loro modalità di funzionamento tecnico, delle comunicazioni in rete.

I dati lasciati dall'utente tra le maglie dei fornitori di servizi servono a questo scopo: queste tracce, che per quantità e varietà sono catalogate sotto l'etichetta di *big data*, diventano oggetto di trattamenti automatizzati mediante algoritmi informatici in grado di precostituire l'ecosistema digitale entro cui si trova ad agire l'utente. Le piattaforme non si limitano, dunque, a registrare e a trasmettere ma *processano* dati e informazioni attraverso strumenti di intelligenza artificiale[5]: lungi, dunque, dall'offrire un servizio passivo di mera intermediazione, esse contribuiscono a ordinare, selezionare e a rendere visibili i contenuti inseriti o trasmessi dagli utenti.

[1] Sui mutamenti della sfera pubblica, per tutti, J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[2] M. CASTELLS, *Comunicazione e potere*, UBE, Milano, 2009, XXI.

[3] Così C. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 30.

[4] J. HABERMAS, *Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere*, in «Theory, Culture & Society», 39/4 (2022), pp. 153, 157.

[5] L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, OUP, New York, 2014, ix.

Nella seconda fase di sviluppo del Web, le piattaforme digitali, situate in posizione oligopolistica, delineano quindi le infrastrutture economiche, tecniche e giuridiche entro cui si colloca l'azione dell'utente in rete. Il funzionamento tecnico è finalizzato, infatti, alla massimizzazione del profitto di queste grandi *corporations* che accumulano capitali attraverso il trattamento dei dati personali. Le *big tech* incarnano due nuove forme di capitalismo tra loro complementari: il capitalismo informativo[6], retto sul plusvalore economico delle informazioni immesse dall'utente, e quello della sorveglianza, ove il plusvalore è dato non solo dal materiale informativo grezzo ma anche, e soprattutto, dai *behavioral data*, che consentono di prevedere e orientare, attraverso il *targeting*, le scelte dell'utente nell'ecosistema digitale[7]. Accanto agli aspetti tecnici ed economici vi è poi quello giuridico: nel caso dei *social media*, ad esempio, l'utente intrattiene con le piattaforme digitali un rapporto contrattuale, caratterizzato dallo scambio di dati in cambio del servizio di comunicazione. Al momento della registrazione, l'utente si impegna a rispettare le condizioni generali d'uso unilateralmente delineate dal prestatore del servizio. Tra queste, particolare rilievo assumono gli standard che attengono al contenuto dei messaggi pubblicati, dal contenuto non perfettamente sovrapponibile agli illeciti previsti dall'ordinamento e che assicurano grande discrezionalità alla piattaforma sia sulla scelta di intervenire sia sul tipo di "sanzione" da comminare[8].

Anche questa tendenza è però destinata ad essere superata nella nuova fase che sta vivendo la Rete. Se, nella seconda fase cui si accennava poc'anzi, c'è una distinzione soggettiva tra l'organizzazione finalizzata al profitto delle *corporations* del Web e l'impresario politico che immette un certo flusso comunicativo, nel senso che gli attori politici si servono delle piattaforme per costruire consenso attorno ad alcuni temi, questa separazione viene ora meno. Alcuni esempi (Trump con *Truth*, Musk con *X*) mostrano come le modalità tecniche di funzionamento della piattaforma siano ormai al servizio di una certa linea politica: l'impresario politico e i suoi collaboratori definiscono le scelte editoriali della *propria* piattaforma, servendosi della sua struttura per costruire le proprie cause e amplificare il consenso attorno ad esse.

[6] J. Cohen, *Between Truth and Power. The Legal Construction of Informational Capitalism*, OUP, New York, 2019, p. 6.

[7] Cfr. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, New York, 2019, p. 64 ss.

[8] Per talune recenti vicende giurisdizionali che, con opposti esiti, hanno interessato la rimozione di contenuti e profili di Forza Nuova e Casa Pound da parte di Facebook e Twitter sia consentito il rinvio a C. Caruso, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, in «Consulta Online» (2020).

3. *La natura della disinformazione digitale*

Il ruolo giocato dalle piattaforme aiuta a comprendere il fenomeno della disinformazione digitale, che è possibile esplorare senza interrogarsi sui limiti filosofici della teoria della corrispondenza tra descrizione e realtà dei fatti.

Le teorie postmoderne[9] hanno messo in discussione la rigida distinzione tra soggetto narrante e oggetto narrato e, dunque, la pretesa di una univoca lettura dei fatti. In base a questi approcci, quanto meno nelle varianti più radicali, non sarebbe possibile definire una verità oggettiva: esisterebbero solo *prospettive soggettive*, visioni del mondo tra loro alternative e influenzate dal contesto e dai valori del soggetto narrante[10].

Queste posizioni hanno certamente contribuito al retroterra culturale della cd. «post-verità», ma non è necessario contestare i loro assunti per comprendere e valutare le attuali strategie di disinformazione. Con questo termine non si fa riferimento alla errata o discutibile ricostruzione di un certo fatto ma a flussi di informazioni clamorosamente false che assumono una *parvenza di verità* grazie all'enorme capacità diffusiva delle piattaforme digitali. I *mass-media* influenzano i comportamenti, il clima sociale[11] e financo la stessa *percezione* della verità: l'avvento della società di massa segna una mutazione della menzogna politica, intesa come negazione della corrispondenza tra i fatti rilevanti per la *polis* e la loro descrizione. Se «[l]a menzogna politica tradizionale […] riguardava […] segreti – dati che non erano mai stati resi pubblici – o […] intenzioni» di future condotte, le menzogne politiche contemporanee o postmoderne «si occupano efficacemente di cose che non sono affatto dei segreti, ma sono conosciute praticamente da tutti»[12].

Queste premesse aiutano a inquadrare la disinformazione digitale. Secondo la definizione offerta dal Gruppo di esperti nominato dalla Commissione europea[13] e rilanciato da quest'ultima nella sua comunicazione sul contrasto delle false informazioni online[14], la disinformazione consiste nella diffusione di una serie di notizie «rivelat[e]si fals[e] o fuorviant[i] concepit[e], presentat[e] e diffus[e] a scopo di lucro per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che [possono] arrecare un pregiudizio pubblico. Il pregiudizio pubblico include minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE».

Questa definizione sconta una certa vaghezza contenutistica, tanto che il Gruppo di esperti e la Commissione si sono premurati di escludere dal concetto la satira e la

[9] Per tutti, J. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, Milano, 2004.

[10] Per una panoramica, L. MCINTYRE, *Post-Truth*, MIT Press, Cambridge (MA), 2018, p. 124 ss.

[11] Secondo quanto intuito già da M. MCLUHAN, *Understanding Media: The Extensions of Man*, McGraw-Hill, New York, 1964.

[12] H. ARENDT, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 64.

[13] European Commission, *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation* (2018).

[14] Commissione europea, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM(2018) 236 final.

parodia, mentre resta incerta la possibilità di includere i fenomeni di *misinformation* e *malinformation*, pure ritenuti, dal report redatto per il Consiglio di Europa, tra i sintomi dell'attuale *information disorder*[15].

Questa vaghezza definitoria si spiega alla luce della strategia inaugurata dalle istituzioni europee con l'istituzione del Gruppo di esperti[16], volta a delineare *policies* poi confluite in diverse iniziative legislative (tra cui spicca, come si vedrà tra poco, il *Digital Services Act*). In altri termini, le iniziative dell'Unione non mirano a definire i confini della libertà di espressione o di informazione, a chiarire quali siano i contenuti illegali da perseguire (anzitutto) penalmente (compito che resta nelle mani degli Stati membri); le istituzioni dell'Unione prendono atto, piuttosto, dell'esistenza del fenomeno ed individuano le *best practices* necessarie a ripulire l'ecosistema digitale. Non a caso, nonostante la *misinformation* non fosse stata espressamente inclusa nella definizione originaria, la *infodemia* scoppiata contestualmente al Covid-19 ha portato le istituzioni europee a includere anche la diffusione in buona fede di notizie false (ad esempio, su possibili cure miracolose contro il virus) nella disinformazione idonea ad arrecare pregiudizi pubblici[17].

Sono quindi le modalità e le finalità di diffusione a dare pregnanza al concetto di disinformazione. A questo riguardo giocano un ruolo centrale gli strumenti di intelligenza artificiale (si pensi alla creazione di video o immagini finte, cd. *deep fakes*) e l'architettura algoritmica delle piattaforme: sono gli algoritmi infatti a definire, sulla base delle preferenze disseminate in rete dagli utenti, l'ordine di visualizzazione dei messaggi, privilegiando contenuti personalizzati e sensazionalistici[18]. Inoltre, i messaggi falsi o di bassa qualità, che spesso rimandano a siti sorgente di oscura gestione, sono collegati a messaggi pubblicitari che "monetizzano" la falsa informazione. Attraverso servizi automatizzati (*bot*) e falsi profili, magari orchestrati su vasta scala (cd. fabbriche di troll), questi messaggi diventano poi virali, rendendo credibile il contenuto degli stessi[19].

Per tale rargione, nella definizione del fenomeno assumono rilievo lo scopo o la finalità soggettiva della diffusione, il pregiudizio "pubblico" che si vuole arrecare[20] e le modalità di diffusione[21].

[15] Per *misinformation* si intende generalmente l'informazione falsa ma non creata per arrecare intenzionalmente un danno, mentre per *malinformation* una «informazione basata sulla realtà», ma diffusa per danneggiare una persona, un gruppo, o un Paese. Cfr. C. WARDLE, H. DERAKSHAN, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, Council of Europe report DGI(2017)09, p. 20.

[16] Il primo intervento in materia viene dalla Conclusioni del marzo 2015 dal Consiglio europeo con la richiesta, indirizzata all'Alto rappresentante per la politica estera, di reagire alla disinformazione russa. A seguito di tale indicazione, è stata creata la *East Strategic Communication Task Force*.

[17] *Commission Communication on the European democracy action plan*, COM/2020/790 final.

[18] Commissione europea, *Contrastare*, cit., 4.

[19] *Contrastare*, cit. ult., 6.

[20] E. BIETTI, O. POLLICINO, *Truth and deception across the Atlantic: a roadmap of disinformation in the US and Europe*, 11, in «Italian Journal of Public Law», 43 (2019), p. 45.

[21] Insistono su tale aspetto R.O. FATHAIGH, N. HELBERGER, N. APPELMAN, *The perils of legally defining disinformation*, in «Internet Policy Review», 10/4 (2021), p. 5.

Il fenomeno della disinformazione può essere inteso, allora, come costante processo volontario di alterazione digitale della realtà, finalizzato a incidere sulle dinamiche di governo della sfera pubblica: l'obiettivo non è tanto convincere l'uditorio della bontà di una certa tesi, come nei tradizionali meccanismi di propaganda, quanto assumere il *potere* di determinare la verità attraverso una realtà alternativa che influenzi le scelte delle persone[22]. Si avvera, dunque, quanto preconizzato da alcuni teorici del passato pure collocati su opposte posizioni culturali: la tecnologia cessa di essere fattore neutrale per diventare strumento diretto di influenza e controllo delle masse[23], l'«*a priori* tecnologico» diviene «*a priori* politico», trasformando «la base del dominio»[24]. Le modalità di creazione e diffusione digitale delineano un processo di de-umanizzazione del messaggio, con tecnologie algoritmiche che orientano il comportamento umano e definiscono l'agenda di discussione pubblica. Peraltro, il depauperamento, in termini di risorse e lettori, dei media tradizionali porta il giornalismo a un certo conformismo rispetto alle modalità di funzionamento delle piattaforme digitali: nella selezione delle notizie viene data preminenza ai contenuti sensazionalistici, che meglio si prestano alla viralità digitale, così da abbassare ulteriormente il livello qualitativo della sfera pubblica.

Le cascate informative portano ad atteggiamenti di emulazione in forza dei quali, di fronte alla diffusione massiva di un certo tipo di messaggi, gli utenti cessano di affidarsi alle precedenti convinzioni o informazioni, per seguire il flusso delle notizie diffuse dai propri contatti online soprattutto se, tra questi, vi è un legame affettivo o comunque una certa omofilia[25]. Emergono così vere e proprie camere dell'eco (*eco chamber*), che escludono in radice la possibilità di venire a contatto con idee, visioni del mondo o informazioni *alternative.* Queste *filter bubbles*, edificate grazie all'opaco algoritmo che seleziona i messaggi rilevanti per l'utente[26], favoriscono un processo comunicativo emozionale che polarizza gli utenti, intrappolati nei rispettivi bozzoli informativi. Si rafforza così una identificazione di tipo plebiscitario tra il soggetto da cui origina il flusso disinformativo e il gruppo cui il messaggio è rivolto[27]. L'orizzontalità della comunicazione, che pure caratterizzava la Rete degli esordi, viene ad essere smarrita a favore di un conflitto eterodiretto tra opposte, inconciliabili tifoserie che accentuano la *disruption* della sfera pubblica[28].

[22] L. McIntyre, L., *Post-truth*, The MIT Press, Cambridge (MA), 2018, p. 117.

[23] C. Schmitt, *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 1972, p. 179.

[24] H. Marcuse, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata*, Einaudi, Torino, 1968, p. 167, p. 158.

[25] C. Sunstein, *#republic*, cit., pp. 149 ss.

[26] E. Pariser, *The filter bubble: what the Internet is hiding from you*, Penguin Books, London, 2011.

[27] Sul cd. cd. *groupthink*, forma di psicologia sociale che rafforza le convinzioni di gruppi ideologicamente omogenei e il legame con il *leader* di riferimento, cfr. A. Nicita, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 99.

[28] J. Habermas, *Reflections*, cit., p. 159.

4. *La verità politica come bene costituzionale*

Non sono mancati i tentativi di relativizzare queste desolanti tendenze[29]. In parte perché, se analizzate in prospettiva storica, la frammentazione e la verticalizzazione della sfera pubblica sono in corso da tempo, almeno da quando la radiotelevisione ha assunto un ruolo centrale nella diffusione dell'informazione. Inoltre, è stato sostenuto come non sia possibile stabilire empiricamente una causalità diretta tra la diffusione della disinformazione e un determinato accadimento politico[30]. Anche la teoria della camera dell'eco è stata sottoposta a revisione critica: alcuni sociologi della comunicazione hanno evidenziato come, nell'ambito dei *social network*, i cd. *weak ties* (i "legami deboli", e cioè contatti che operano nei nostri ecosistemi digitali ma a noi affettivamente lontani) contribuiscono a portare alla nostra attenzione messaggi che interrompono l'uniformità contenutistica dell'ecosistema digitale[31]. Infine, nonostante il ruolo giocato dagli algoritmi nella costruzione degli ecosistemi digitali, è stato sottolineato il ruolo delle scelte dell'utente nella esclusione di certi contenuti dalla propria sfera di attenzione[32].

Ad alcune di queste obiezioni è però possibile rispondere. In primo luogo, è innegabile l'influenza delle infrastrutture tecnologiche sulla conformazione dell'identità digitale della persona e, dunque, sulla sua consapevole autodeterminazione: l'infosfera pone infatti una reciproca contaminazione tra le scelte della persona e la costruzione dell'ecosistema digitale. Inoltre, per quanto orientate al pluralismo ideologico, le nostre imperfette democrazie si reggono pur sempre «sulla ragionevole presunzione che l'apparenza corrisponda alla realtà»[33]. Il corretto esercizio delle libertà politiche dipende, in fondo, da una certa coincidenza tra i fatti e la loro descrizione: «il diritto dei cittadini di scegliere i propri governanti, la controllabilità del potere politico, la competizione tra i partiti per il potere di governo presuppongono che i singoli possano contare sulla corrispondenza al vero di quanto viene detto e fatto»[34]. Non si tratta di riconoscere un diritto soggettivo alla verità dall'incerto contenuto capace, in una paradossale eterogenesi dei fini, di funzionalizzare la stessa libertà di espressione ai fini del regime politico[35], ma di assumere la verità su fatti di interesse pubblico quale ideale

[29] Sottolineano tale aspetto N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in «MediaLaws», 1 (2018), pp. 12 ss., M. BASSINI, G. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in «MediaLaws», 1 (2017), pp. 11 ss.

[30] Cfr. Y. BENKLER, R. FARIS, H. ROBERTS, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, OUP, New York, 2018, p. 341 ss., a proposito della Brexit e dell'elezione di Trump.

[31] In tal senso, P. BARBERÀ, *Social Media, Echo Chambers, and Political Polarization*, in N. PERSILY, J.A. TUCKER (a cura di), *Social Media and Democracy. The State of the Field, Prospects for Reform*, CUP, Cambridge, p. 41.

[32] M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in «Quaderni costituzionali» (2019), p. 822.

[33] Così L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Einaudi, Torino, p. 4, nello stesso senso F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, ESI, Napoli, 2022, p. 40.

[34] L. VIOLANTE, cit. ult., *ibidem*.

[35] Mette in guardia da tale pericolo A. PACE, *Mezzi di diffusione e comunicazione di massa*, in A. Pace, M. Manetti, *Articolo 21, Commentario della Costituzione, Rapporti civili (artt. 13-28)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, pp. 532-533.

prescrittivo, «bene politico»[36] di rango costituzionale, precondizione della libera dialettica democratica. Non è dunque necessario dimostrare una diretta causalità tra la massiccia diffusione del falso e un determinato accadimento politico: per giustificare una regolazione (non dei contenuti ma) dei canali di trasmissione della disinformazione è sufficiente il *tentativo* di inquinare la dialettica democratica.

La Costituzione offre le coordinate fondamentali per cogliere la necessità di una risposta istituzionale all'*information disorder*: i contesti materiali, insegna il principio personalista di cui all'art. 2 Cost., influenzano la soggettività e plasmano la personalità. Quando tali contesti traducono un rapporto di subordinazione sociale deve essere attivata l'azione dei pubblici poteri per realizzare il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.). La persona, per dirla con i fautori del personalismo comunitario, «si oppone all'individuo in quanto ella è dominio, scelta, formazione, conquista di sé»[37].

A volgere l'attenzione al testo dell'art. 21 Cost., tuttavia, si trovano poche indicazioni sulle modalità di governo della sfera pubblica e sulla disciplina dei mezzi di diffusione del pensiero. Nonostante parte della dottrina abbia recentemente rivalutato le scelte compiute dai Costituenti[38], l'attuale formulazione dell'art. 21 Cost. denota una certa sottovalutazione rispetto ai meccanismi di formazione dell'opinione pubblica. La mancata menzione della libertà di informazione (come situazione soggettiva distinta rispetto al diritto di manifestazione del pensiero), del suo risvolto passivo (il diritto o l'interesse ad essere informato), l'assenza di un richiamo alla necessaria regolazione in senso pluralistico dei mezzi di informazione (se si esclude la scarna previsione sul regime di pubblicità delle fonti di finanziamento della stampa periodica) tradiscono un approccio culturale fortemente legato al periodo liberale, quando i diritti erano essenzialmente concepiti come libertà dallo Stato, dalle interferenze del potere pubblico nella sfera individuale[39].

5. *Ripensare il paradigma teorico: dalle libertà negative alle istituzioni di libertà*

La paratia del diritto soggettivo ben poco può fare di fronte alle dinamiche di funzionamento delle piattaforme digitali. Questi soggetti sono, infatti, veri e propri poteri privati in competizione col potere pubblico[40], che esprimono ordinamenti giuridici alternativi agli Stati-nazione, fondati sulla coincidenza tra ordinamento (*Ordnung*) e localizzazione territoriale (*Ortung*)[41]. Il pluralismo giuridico e la differenziazione so-

[36] F. D'Agostini, *Diritti aletici*, in «Biblioteca della libertà», LII, 218 (2017), pp. 8 ss.

[37] Così E. Mounier, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Edizioni di Comunità, Milano, 1955, p. 58.

[38] G.E. Vigevani, *Informazione e potere*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *I Tematici, V - Potere e costituzione*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 225.

[39] A. Barbera, *Articolo 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 53.

[40] M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in «La Rivisita "Gruppo di Pisa"», 1 (2021), pp. 177 ss.

[41] C. Schmitt, *Il nomos della terra: nel diritto internazionale dello* Jus publicum Europaeum, Adelphi, Milano, p. 25.

ciale che caratterizzano la società globale, l'esistenza cioè di una pluralità di organizzazioni private che operano su scala transazionale secondo regole autonome, funzionali alla soddisfazione dei rispettivi interessi settoriali, hanno sollecitato la teorizzazione delle costituzioni civili o societarie[42], sistemi normativi sorti dall'incontro tra fonti di autonormazione di istituzioni globali private o para-pubbliche e decisioni para-giurisdizionali di soggetti impolitici (quali corpi arbitrali, comitati etici etc.).

Questa estroflessione del linguaggio e delle categorie del costituzionalismo cela uno slittamento di potere. Le *tech companies* avanzano pretese di sovranità: non solo operano costantemente oltre le frontiere nazionali ma esercitano funzioni tradizionalmente appannaggio della statualità (si pensi non solo al già citato controllo sui contenuti espressivi ma anche alle monete virtuali e, più in generale, alle frontiere artificiali del metaverso). La *lex digitalis*, ispirata all'efficientismo tecnico e modellata sugli interessi delle piattaforme, ha una dimensione teleologica autonoma, potenzialmente antagonista al valore della persona umana e alle modalità di funzionamento dei sistemi democratici. Questa conclusione non implica necessariamente un disinteresse delle piattaforme rispetto all'interesse generale della comunità politica (che i teorici del costituzionalismo sociale tendono a confinare al *sistema politico*, come sottosistema pariordinato e concorrente agli altri insiemi sociali). Ad esempio, all'indomani della pandemia Meta ha istituito un programma di *fact-cecking* indipendente, ha aggiornato le proprie condizioni d'uso per escludere dal discorso pubblico *fake news* sui vaccini, fino a istituire un *Board* particolarmente qualificato, indipendente dal management, incaricato di decidere sulla rimozione di contenuti controversi[43]. Si tratta però di sforzi che non sembrano correggere in profondità le modalità di funzionamento delle piattaforme digitali.

Non è sufficiente opporre a questo scenario il figurino dommatico della libertà di espressione come libertà negativa. Allo stesso modo, è insufficiente il paradigma della efficacia orizzontale dei diritti (cd. *Drittwirkung*), che non rinuncia all'ancoraggio ai diritti soggettivi e postula comunque una equiordinazione delle pretese in questione, lasciando alle valutazioni *case by case* dei giudici l'individuazione della situazione soggettiva prevalente[44]. I contenuti e i confini delle libertà sono sempre la variabile di un complessivo assetto istituzionale[45]: di fronte a poteri sociali collocati in posizioni dominanti, a strutture che, per dimensioni e capacità di azione, sono dotate di una *vis* conformativa delle situazioni individuali e dei processi collettivi di deliberazione

[42] G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma, pp. 105 ss.

[43] Cfr. E. Douek, *The Meta Oversight Board and the Empty Promise of Legitimacy*, in 37 «Harvard Journal of Law & Technology», 2 (2024), pp. 385 ss.

[44] Favorevoli a un simile approccio M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma, 2019, pp. 191 ss., O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart, Oxford, 2021, p. 203.

[45] Così G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in «Enc. dir.», vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 277.

democratica, è inevitabile un'azione complessiva di riequilibrio all'interno delle stesse organizzazioni che ospitano le interazioni comunicative.

Nella progressiva cattura dell'individuo e delle sue prerogative da parte di organizzazioni private orientate allo sfruttamento o comunque alla subordinazione della persona, la libertà diviene sinonimo di un'istanza di liberazione dai rapporti di dominio che innervano la società[46]. Il principio personalista illumina i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, i quali non hanno più soltanto una «funzione soggettivo-individuale di garanzia del cittadino contro lo Stato, ma svolgono anche una funzione oggettivo-istituzionale di integrazione […] nel sistema sociale, e […] si qualificano come diritti di partecipazione ai processi della produzione sociale (materiale e culturale)»[47].

Risulta, quindi, necessario, «utilizzare come peculiari schemi conoscitivi più istituti di libertà che diritti di libertà […] in un quadro complessivo che veda il cittadino rivendicare […] "contropoteri" […] e il potere pubblico correlativamente "promuovere" oltre che "garantire libertà"»[48].

Le istituzioni di libertà prendono atto del rilievo dei contesti, dei nuovi equilibri di potere e degli spazi sociali da cui emergono nuovi diritti o rinnovate minacce verso la persona, richiedendo un obbligo positivo di regolazione al fine di salvaguardare il contenuto di valore positivizzato dalle singole previsioni costituzionali.

Non ha torto chi critica alcune vetuste categorie e presupposti del costituzionalismo liberale: la teoria delle libertà negative presupponeva in fondo una rigida separazione tra Stato e società, non più coerente con l'effervescenza del pluralismo sociale del tempo presente[49]. L'insieme di principi e valori codificati nella nostra Carta fondamentale spingono però a ripensare quel modello, a superare l'individualismo a favore del personalismo e l'astensionismo del potere pubblico a favore dell'interventismo democratico. Il costituzionalismo non mira esclusivamente alla stabilizzazione normativa, non esprime un insieme di valori o regole riflessivi, chiamati appunto a registrare un dato equilibrio sociale; manifesta piuttosto un'esigenza di *trasformazione* politica, di correzione degli squilibri esistenti nei diversi contesti di formazione della personalità[50].

È necessario dunque orientare l'azione istituzionale verso una adeguata *politica delle libertà* che individui le migliori *policies* in vista dello sviluppo dei valori codificati dalla Costituzione.

[46] In tal senso già A. Barbera, *Articolo 2*, in G. Branca, *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, pp. 65 ss., più recentemente P. Pettit, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Feltrinelli, Milano, 2000, p. 27 ss.

[47] Così L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 74.

[48] A. Barbera, *Articolo 2*, cit., p. 76.

[49] Cfr. A. Golia jr., *The Critique of Digital Constitutionalism*, in «Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper», 13 (2022).

[50] In senso simile v. A. Morrone, *Costituzione*, in C. Caruso, C. Valentini (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, il Mulino, Bologna, p. 42.

La politica delle libertà è inevitabile laddove il testo della Costituzione non sia aggiornato alle evoluzioni sociali e tecnologiche, quando è necessario riallineare, in altri termini, i precetti costituzionali al sistema sociale. Simile dinamica ha in fondo caratterizzato il processo di istituzionalizzazione della libertà di informazione, formula riassuntiva di una serie di principi e situazioni soggettive che mirano a salvaguardare l'obiettività e l'apertura pluralistica della sfera pubblica. Con riguardo al sistema radiotelevisivo, ad esempio, il riconoscimento della libertà di informazione ha richiesto l'inveramento dei noti principi del *pluralismo esterno*, inteso come necessaria presenza di una pluralità di soggetti attivi sul mercato, e del *pluralismo interno*, concepito come pluralità di punti di vista, equidistanza e obiettività all'interno del mezzo[51].

L'abbandono di una teoria atomistica della libertà di espressione porta dunque a dare rilievo a tutti quei principi e a quei diritti, pretensivi o oppositivi (libertà di stampa, pluralismo informativo, apertura concorrenziale del mercato dell'informazione, trasparenza nelle fonti di finanziamento dei mass media, diritto di cronaca, valorizzazione di una informazione obiettiva etc.), che consentono l'inveramento del *discorso pubblico*, di uno spazio istituzionale aperto ad interazioni comunicative che, attraverso il conflitto tra opposte visioni del mondo, legittimano, sul piano sostanziale, i meccanismi procedurali del circuito democratico-rappresentativo[52]. Nell'ambito di un ordine sociale differenziato, caratterizzato da una pluralità di sottosistemi[53], il discorso pubblico sublima i valori presupposti dall'art. 21 (autonomia, partecipazione, pluralismo) e li protegge dall'azione, teleologicamente orientata, di sottosistemi concorrenti (l'autorità pubblica che agisce in funzione della propria autocoservazione, le comunità culturali che ambiscono alla tutela della propria identità collettiva, le tecnostrutture private orientate alla massimizzazione del profitto).

Per svolgere la funzione di legittimazione democratica ed evitare la sua diluizione a un magma indistinto di pulsioni emotive, il discorso pubblico deve avere un livello qualitativo minimo, che consenta l'autodeterminazione e la reciproca comprensione politica dei partecipanti intorno ad alcuni elementi discorsivi essenziali.

Se la teoria della sfera pubblica descrive, sul piano sociologico, le funzioni di intermediazione che questa ha storicamente svolto tra Stato e società, la teoria del discorso pubblico rimanda, sul piano prescrittivo, alle condizioni che l'ordinamento deve soddisfare per salvaguardare la sfera pubblica dai processi di privatizzazione, *self-closed fragmentation* e inquinamento dell'informazione favoriti dalle grandi *corporations* del web.

[51] Per un *excursus*, M. MANETTI, *Freedom of Speech and the Regulation of Fake News*, in M. Graziadei, M. Torsello (a cura di), *Italian National Reports to the XXIst International Congress of Comparative Law* - Asunción 2022, ESI, Napoli, pp. 433 ss.

[52] Sia consentito il rinvio a C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del* discorso pubblico, BUP, Bologna, pp. 157 ss.

[53] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, p. 47, p. 56.

6. *Correggere la disinformazione:* game over *per il diritto penale?*

In questo scenario, auspicare l'intervento del diritto penale per ripulire l'ecosistema digitale rischia di risultare problematico sotto il profilo della tutela di cui all'art. 21 Cost. e ineffettivo, incapace cioè di arginare il fenomeno della *digital pollution*[54].

Sotto il primo profilo, vi sono già, nella trama dell'ordinamento italiano, limitazioni penalistiche che colpiscono il *contenuto* espressivo[55] o il *punto di vista*[56], assecondando una selezione eterodeterminata delle opinioni capace di arretrare la soglia di punibilità sino a incriminare le scelte di valore dell'individuo e, dunque, la sua libertà ideologica. Molte di tali fattispecie sollevano dubbi di compatibilità con la Costituzione. Se, infatti, il discorso pubblico crea le premesse per una identificazione condivisa dei cittadini, esso postula una sostanziale neutralità legislativa, una «astinenza epistemica» e «neutralità valutativa» della autorità pubblica[57] in ordine al *tipo* di opinione in questione. L'art. 21 Cost. richiede l'ammissione, nel discorso pubblico, non solo delle manifestazioni verbali che *meritano* di essere riferite per la loro intrinseca qualità o perché servono un qualche ideale di giustizia, ma anche delle opinioni irriverenti dell'uomo della strada, delle idee politicamente scorrette del dissenziente, della moralità, banale ed esecrabile, dell'intollerante. Per tale ragione possono dirsi di dubbia costituzionalità quelle fattispecie che, difettando di materialità, aprono le porte all'incriminazione ideologica e agli incerti lidi del diritto penale d'autore.

Tali considerazioni valgono, almeno in parte, anche per la repressione delle false informazioni[58], fattispecie che sono state ritenute in dottrina non contrastanti con l'art. 21 Cost., là ove puniscono il soggettivamente falso idoneo a ledere beni giuridici di rango costituzionale[59].

Tra queste però non supera il vaglio di costituzionalità il discusso reato di cui all'art. 656 c.p., che punisce a titolo contravvenzionale la diffusione di notizie false, esagerate e tendenziose. Tale norma è stata faticosamente salvata dalla Corte costituzionale grazie a una concezione eticizzante di ordine pubblico, bene giuridico che riproduce «l'ordine istituzionale vigente», diretto alla «preservazione delle strutture giuridiche della

[54] A queste conclusioni giunge anche T. GUERINI, Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, Napoli, 2020, pp. 202 ss., che evoca invece il paradigma regolatorio tedesco, per certi versi anticipatorio dell'intervento sovranazionale.

[55] Ad esempio, una limitazione per contenuto sono quelle di cui all'art. 414 c.p. (apologie di delitto e istigazione a delinquere) o all'art. 656 c.p., che punisce la diffusione di notizie false, esagerate e tendenziose.

[56] Si pensi a quanto previsto dall'art. 415 c.p. che punisce l'istigazione all'odio tra classi sociali.

[57] Così C. VISCONTI*, Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 247.

[58] Per una panoramica delle fattispecie v. T. GUERINI, Fake news *e diritto penale*, cit., pp. 97 ss. All'elenco riportato dall'A. si possono aggiungere anche i reati di truffa, aggiotaggio e manipolazione del mercato.

[59] Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, nonché A. PACE, *Delimitazione della garanzia costituzionale: esclusione del 'subiettivamente' falso. Ancora sul fondamento e sui limiti del c.d. diritto di mentire come aspetto del diritto di difendersi in giudizio*, in A. Pace, M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 89-90.

convivenza sociale»[60]. Come si è cercato di sostenere altrove, non è però sufficiente, al fine di comprimere la libertà di espressione, individuare beni giuridici in astratto idonei a tale scopo. Tale ricerca, piuttosto agevole in un testo costituzionale orientato ad una spiccata poliarchia assiologica, tradisce un errore metodologico fondamentale: la Costituzione non è un prontuario di valori, allineati e auto-evidenti, che l'interprete può selezionare per giustificare, a mo' di *conversation stopper*, la limitazione penalistica di fattispecie libertà. Sarebbe alto il rischio di sovvertire il rapporto tra la *regola* del riconoscimento della libertà e l'*eccezione* della sua limitazione o, per dirla altrimenti, rovesciare la presunzione di illegittimità di misure ispirate a una *ratio* diversa da quella del buon costume, unico limite esplicitamente ammesso dalla Costituzione[61]. A maggior ragione di fronte a fattispecie penali che lambiscono la libertà di espressione, il richiamo a «beni di rango costituzionale sempre e comunque opponibili» al diritto soggettivo rischia di «annichilire la libertà di pensiero, dato che la rete degli interessi costituzionalmente rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento»[62].

D'altro canto, l'intervento del diritto penale sarebbe verosimilmente ineffettivo, incapace cioè di ergere una adeguata linea di resistenza nei confronti delle campagne disinformazione proprio per le caratteristiche, già evidenziate, di tale fenomeno. Dietro alla disinformazione digitale non si nasconde solo una *singola* notizia inattendibile, ma una serie di falsità diffuse capillarmente allo scopo di incidere sui processi di decisione politica. Nella viralità di tale fenomeno, gioca poi un ruolo fondamentale l'elemento tecnico, basato sull'algoritmo e su strumenti di intelligenza artificiale, che rende difficilmente esperibile una imputazione di responsabilità penalistica. Infine, a meno di non immaginare un modello di imputazione per le piattaforme costruito su quello della stampa periodica, comunque difficilmente realizzabile, non va dimenticato che la disinformazione digitale è un fenomeno transnazionale, che spesso sottende pressioni e conflitti geopolitici e, in quanto tale, sfugge dagli argini e dalle paratie erette dagli strumenti giuridici interni.

[60] Cfr. Corte cost., sent. n. 19/1962 (poi confermata dalle successive sentt. nn. 199/1972, 210/1976). Ad avviso della Corte, le notizie false, esagerate e tendenziose costituiscono «una forma di endiadi» che riguarda «ogni specie di notizie che, in qualche modo, rappresentino la realtà in modo alterato», idonee per ciò stesso a turbare l'ordine pubblico.

[61] Così C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in ID., *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 136, ID., *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in «Giur. cost.» (1962), p. 194.

[62] Come già osservava L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in «Quad. cost.» (1987), p. 11. Per l'idea che la teoria dei diritti fondamentali, e della libertà di espressione in particolare, non possa essere ridotta a una questione di bilanciamento, sia consentito il rinvio a C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit.

7. *La lotta per la sovranità digitale europea*

Di fronte a imprese che operano in via autoritativa sul piano transazionale è perciò inevitabile un'azione più ampia, che apra ai valori costituzionali i sistemi autopoietici digitali. Nel contesto europeo, questa sfida richiede un doppio binario che lasci a livello nazionale la determinazione dell'illiceità dei contenuti e all'azione sovranazionale la sfida per la sovranità digitale.

È questa in fondo la strategia dell'Unione europea enunciata a più riprese dalla Commissione Von der Leyen[63]: per quanto il concetto di sovranità applicata ai contesti digitali incontri rilevanti incertezze semantiche, rimandando ora alla sovranità *del* digitale, e cioè al potere delle *tech companies* sulla società, ora alla sovranità *sul* digitale, e cioè alla supremazia del potere politico sulle infrastrutture digitali[64], è quest'ultima l'accezione da preferire: la sovranità digitale allude all'imposizione di forme di controllo e influenza sulla responsabilità e sul potere organizzativo delle *tech corporations*[65].

L'Unione europea ha dunque arricchito l'approccio iniziale fondato su *soft law*[66] e autoregolazione, che ha portato alla sottoscrizione, da parte di piattaforme digitali e associazioni di inserzionisti, di un apposito codice[67], all'istituzione di un osservatorio sui media digitali incaricato di mappare, con l'aiuto di *fact checkers organizations* le strategie di disinformazione online[68] e all'adozione di un Piano di azione volto a rafforzare la sinergia delle istituzioni europee in vista, in particolare, delle elezioni del Parlamento europeo[69].

Il codice ha impegnato i sottoscrittori ad assumere comportamenti e *policies* che potessero contrastare questo fenomeno. In particolare, esso impegnava le piattaforme a ridurre le entrate provenienti da inserzionisti che perseguono strategie di disinformazione; a incrementare la trasparenza sul finanziamento dei messaggi politici e *issue based*; a intensificare gli sforzi di rimozione di falsi *account*; a investire in strumenti tecnologici che dessero priorità, nelle ricerche o nella esposizione dei messaggi, a informazioni «rilevanti, autentiche, accurate e autorevoli»; ad assicurare maggiore trasparenza sulle ragioni di un eventuale targeting degli utenti da parte del *political advertising*[70].

Nonostante il codice abbia dato qualche esito positivo[71], la mancata uniformità di alcune definizioni, l'assenza, tra i sottoscrittori, di rilevanti associazioni di inserzionisti e di *fact-checker organizations*, la carenza di criteri e indicatori idonei a misurare

[63] V. in particolare il discorso sullo Stato dell'Unione (2020).

[64] G. Finocchiaro, *La sovranità digitale*, in «Dir. pubbl.» (2022), p. 811.

[65] In questo senso, L. Floridi, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in «Philosophy & Technology», 33 (2020), p. 371.

[66] V. la già citata comunicazione COM(2018) 236 final.

[67] *EU Code of Practice on Disinformation* (2018).

[68] *European Digital Media Observatory*, istituito il 1° giugno 2020.

[69] *Action Plan against Disinformation* JOIN(2018) 36 final.

[70] *EU Code of Practice on Disinformation*, cit., 3-4.

[71] *Assessment of the Code of Practice on Disinformation - Achievements and areas for further improvement*, SWD (2020) 180 final. Significativo, ad esempio, il dato dei profili falsi silenziati grazie a strumenti di intelligenza artificiale.

la *performance* delle piattaforme digitali, hanno indotto la Commissione ad adottare nuove linee guida[72] che hanno portato a una versione rafforzata del codice[73]. Questo promuove sforzi definitori (ad esempio in tema di *political and issue based acts*, rinviando alla proposta di regolamento europeo sul *political advertisement*), allarga la platea dei sottoscrittori (coinvolgendo *fact checking oganizations* e altre associazioni di inserzionisti) e individua indicatori quantitativi (*Service Level Indicators*) e qualitativi (*Qualitative Reporting Elements*) capaci di guidare la Commissione nel monitoraggio delle azioni intraprese dalle piattaforme (Pollicino 2023a, 1063).

La novità più importante del codice sta però nel contesto della sua adozione, nei suoi riferimenti al *Digital Services Act* (DSA) entrato in vigore poche settimane dopo[74].

Con tale regolamento, l'Unione europea ha preso atto dell'insufficienza dell'autoregolazione ed ha sposato una strategia di co-regolazione, volta ad offrire la cornice normativa entro cui collocare i codici di condotta. Si tratta di una prospettiva radicalmente diversa, che ha visto tramontare l'approccio libertario dei primi interventi normativi finalizzati a consentire la nascita e lo sviluppo dei servizi digitali (si pensi alla dir. 2000/31/CE).

Questa rinnovata strategia, formalmente diretta alla integrazione e allo sviluppo competitivo dei mercati digitali, mira nella sostanza a promuovere diritti e valori riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali e provenienti dalle tradizionali costituzionali comuni, secondo una tendenza che ha portato parte della dottrina a considerare tali riforme espressione di un rinnovato costituzionalismo digitale[75].

Il primo esempio di tale approccio può essere rinvenuto nel GDPR, cui hanno fatto seguito la direttiva sul diritto d'autore[76] e, più recentemente, il DSA. Accanto ad essi si colloca il *Digital Market Act* (DMA)[77], che qualifica espressamente le piattaforme digitali come *gatekeepers*, secondo una terminologia che, nel diritto *antitrust*, sta a indicare detentori di potere di mercato capaci di controllare l'accesso a una data infrastruttura ingenerando dipendenza economica negli altri operatori[78]. Tale regolamento non mira tanto a disciplinare il discorso pubblico digitale, quanto ad evitare pratiche concorrenziali sleali nei confronti di utenti finali e/o commerciali dalle imprese che, in virtù della posizione oligopolistica, rendono non contendibile la loro situazione di mercato[79].

[72] *Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation*, COM(2021) 262 final.

[73] *The Strengthened Code of Practice on Disinformation* (2022).

[74] Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, di modifica della direttiva 2000/31CE (regolamento sui servizi digitali).

[75] In questi termini, G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, CUP, Cambridge, 2022, pp. 38 ss., M. Monti, *Regolazione del discorso pubblico online e processi costituzionali di integrazione. Una comparazione UE e USA*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025, pp. 233 ss.

[76] Dir. (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

[77] Reg. (UE) 2022/1925.

[78] Così G. Tiberi, *L'irresistibile ascesa della sovranità digitale europea*, in Ferri, G. (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, ESI, Napoli, 2022, pp. 131-132.

[79] La qualifica di *gatekeepers* viene data dalla Commissione sulla base di una serie di parametri qualitativi e quantitativi stabiliti dall'art. 1 del DMA.

8. *Il* Digital Services Act *come paradigma*

Se il DMA si preoccupa di ristabilire obblighi di *fairness* e competitività all'interno dei mercati digitali, il DSA tenta di correggere la frammentazione della sfera pubblica, amplificando la trasparenza e tentando di correggere la posizione di subalternità dell'utente. Per la prima volta, infatti, vengono riconosciuti «rischi sistemici» legati ai servizi di intermediazione delle *tech corporations*. Se, per un verso, viene confermata la esenzione di responsabilità in relazione ai contenuti[80], per altro verso il regolamento individua obblighi e procedure volti a mitigare questi rischi sistemici. Alcune soluzioni sono di carattere generale, applicabili a tutte le piattaforme, altre sono rivolte alle *very large online platforms* (VLOP), individuate dalla Commissione sulla base di criteri essenzialmente quantitativi[81].

Quanto alle procedure di carattere generale, va ricordato il meccanismo di segnalazione e azione, nel caso di individuazione di un contenuto illegale. Il DSA ripartisce gli oneri della procedura tra utente e piattaforma: individua gli elementi e le informazioni che il primo deve inserire nella richiesta; definisce un ordine di priorità delle segnalazioni, dando precedenza alle richieste provenienti dai «segnalatori attendibili» previamente certificati[82]; impone alle seconde un obbligo di motivazione per le eventuali restrizioni specificando il tipo di sanzione applicabile (rimozione del contenuto, disattivazione dell'accesso etc.) alla luce dei fatti a sostegno della decisione[83], così come la predisposizione di un sistema di gestione interno dei reclami; infine, ammette la possibilità di rimettere eventuali controversie a organismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie appositamente certificati, rimedio da affiancare agli ordinari ricorsi giurisdizionali[84].

Il DSA pone le premesse per una *digital process of law*, pensata per disinnescare i conflitti tra utenti e piattaforme ed evitare *chilling effects* su contenuti tutelati dalla libertà di espressione. Individua inoltre una serie di obblighi volti a ridisegnare gli ecosistemi digitali, nel tentativo di limitare il potere di influenza delle piattaforme sull'autodeterminazione individuale. È stato così introdotto l'obbligo di progettare, organizzare e gestire interfacce online in modo da non ingannare e manipolare i destinatari dei servizi, affinché questi prendano «decisioni libere e informate». Alla progettazione e gestione dell'interfaccia sono connessi alcuni obblighi di trasparenza, tra cui la necessità di esplicitare i parametri utilizzati nei sistemi di raccomandazione (con contestuale diritto dell'utente di modificare detti parametri) e di indicare in maniera

[80] Cfr. artt. 4-8, reg. 2022/2065.

[81] Cfr. art. 33 DSA. Il 25 aprile la Commissione ha emesso un comunicato stampa che reca l'elenco delle VLOP: *Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines*.

[82] Cfr., rispettivamente, artt. 16 e 22 DSA.

[83] Art. 17 DSA. L'art. 23 prevede poi la sospensione dal servizio gli utenti che con frequenza forniscono contenuti manifestamente illegali, così come la sospensione dal potere di segnalazione per i soggetti che, con altrettanta frequenza, presentano segnalazioni manifestamente infondate.

[84] Art. 21 DSA.

«inequivocabile» quando un contenuto suggerito sia da considerare pubblicità, oltre ai committenti e ai soggetti sponsorizzati dall'avviso commerciale[85].

Questo quadro generale deve poi essere integrato con le specifiche previsioni dedicate alle VLOP, cui spetta l'individuazione e l'analisi di rischi sistemici (*risk assesment*), tra cui vengono annoverati gli eventuali pericoli ai diritti della persona, ai «processi democratici, [al] dibattito civico e [ai] processi elettorali, nonché [a]lla sicurezza pubblica» anche a causa di «campagne di disinformazione»[86]. Questi rischi devono essere mitigati (*risk mitigation*) attraverso una serie di azioni volte a incidere sulla presentazione e la diffusione dei contenuti, tra cui particolare rilievo assume la necessità di contrassegnare i cd. *deep fakes*[87]. Inoltre, in coerenza con quanto previsto dal GDPR, è riconosciuto un vero e proprio diritto a un sistema di raccomandazione non basato sulla profilazione[88] e ulteriori obblighi di trasparenza sulla pubblicità online[89].

Agli obblighi di *due diligence* previsti dall'art. 41, si affianca poi una vera e proprio norma di chiusura che riconosce alla Commissione il potere di imporre o suggerire «misure specifiche, efficaci e proporzionate» quando «circostanze eccezionali comportano una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell'Unione»[90].

Non vi è dubbio che tale assetto pone le premesse per un regime di *responsabilità condizionata* a carico delle piattaforme. A tal fine, il DSA individua anche i soggetti incaricati alla vigilanza e alla comminazione delle sanzioni, delineando un sistema a raggiera: i poteri di vigilanza e sanzione sono perciò affidati agli Stati membri e ai rispettivi coordinatori dei servizi digitali (l'autorità a tale scopo individuata dai singoli Stati) per ciò che concerne il rispetto degli obblighi applicabili alla generalità delle piattaforme. La Commissione è invece titolare esclusiva di tali prerogative in relazione agli obblighi più rilevanti a carico delle VLOP (*risk assessement*, *risk mitigation*, ulteriori oneri di trasparenza per la pubblicità online, sistemi di raccomandazione non basati sulla profilazione)[91]. Il coordinamento tra questi due livelli è assicurato dal comitato europeo per i servizi digitali, composto dai coordinatori nazionali e presieduto dalla Commissione[92].

Il DSA non rappresenta un intervento isolato: prima che lo stesso regolamento fosse adottato, l'Unione si è preoccupata di ristabilire un riequilibrio (una sorta di pluralismo esterno) tra piattaforme digitali e media tradizionali. In effetti, una delle caratteristiche del capitalismo digitale dell'informazione è il progressivo depauperamento della stampa a causa della diffusione dei suoi contenuti, estrapolati dagli utenti e condivisi all'interno delle piattaforme.

[85] Cfr. artt. 27 e 26.

[86] Cfr. art. 34, Considerando (82) (83) DSA.

[87] Art. 35 (1), lett. k).

[88] Art. 38 DSA.

[89] Art. 39 DSA.

[90] Art. 36 DSA. A questa disposizione si aggiunge quanto previsto dall'art. 48, che prevede la possibilità di elaborare appositi protocolli di crisi sottoscritti dalla Commissione e dalle piattaforme.

[91] Cfr. art. 56 DSA.

[92] Art. 61 DSA.

Per tale ragione, il regolamento europeo sul diritto d'autore ha previsto una disposizione, ora inserita nell'art. 43-*bis* della l. n. 633/1941, che prevede un equo compenso, a favore delle imprese editoriali e degli autori, per i contenuti giornalistici utilizzati e diffusi dai «prestatori di servizi della società dell'informazione»[93].

Non solo: la necessità di un consentire un riequilibrio qualitativo della sfera pubblica europea passa anche dalla *Legge europea per la libertà di media*, che assicura il diritto di ricevere «una pluralità di notizie […] a beneficio del dibattito pubblico», la libertà editoriale dei media, le modalità di nomina e le garanzie a tutela dell'indipendenza dei vertici del servizio pubblico, obblighi di trasparenza e l'istituzione del comitato europeo per i servizi di media composto dalle autorità garanti dei singoli stati membri[94].

9. *Verso il discorso pubblico europeo*

Simile quadro normativo è destinato ad assumere un'importanza fondamentale per la sfera pubblica digitale e, di conseguenza, per il discorso pubblico europeo. Rispetto al capitalismo dell'informazione, e alla necessaria ridistribuzione delle risorse finanziare che simile accumulazione richiede, ancora molto vi è da fare[95].

Non mancano poi incertezze: quanto alla riuscita del DSA, molto dipenderà dal suo *enforcement* sia a livello statale sia a livello europeo. Non vi è dubbio, infatti, che l'obiettivo di uniformare la regolazione dei servizi digitali, indicato nel considerando (4) del regolamento, può essere messo in pericolo dalla stessa scelta del "doppio binario" regolatorio, che lascia alle legislazioni nazionali l'individuazione dei contenuti illegali. L'Unione ha però mostrato di prendere sul serio la propria regolazione, aprendo recentemente due distinti procedimenti sanzionatori nei confronti di *Tik Tok*: il primo in relazione ai sistemi di raccomandazione e di trasparenza sul finanziamento dei messaggi elettorali in vista del primo turno delle elezioni presidenziali rumene[96]; il secondo, più generale, con riferimento alla mancata istituzione, richiesta dal DSA, di un *repository* concernenti le informazioni relative ai committenti e al finanziamento degli avvisi pubblicitari[97].

Le misure adottate, alle quale deve essere aggiunto il regolamento relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica[98], rappresentano un primo passo per una regolazione del discorso pubblico coerente con i valori europei. Di fronte ai nuovi

[93] Cfr. anche il regolamento attuativo dell'AGCOM di cui alla delibera n. 3/23/CONS, che ha stabilito i criteri per la determinazione del compenso.

[94] Cfr. Reg. (UE) 2024/1083.

[95] Per alcune proposte, A. Jr Golia, *The Critique of Digital Constitutionalism*, in «Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper», pp. 21 ss.

[96] Cfr. il comunicato stampa della Commissione europea, 17 dicembre 2024.

[97] Cfr. il comunicato stampa della Commissione europea, 15 maggio 2025.

[98] Reg. (UE) 2024/900.

contesti digitali, che conformano i diritti e inquinano il discorso pubblico europeo, le misure europee tentano di limitare la discrezionalità delle piattaforme nella regolazione dei contenuti e nella costruzione dell'ecosistema digitale. Attraverso l'imposizione di nuovi obblighi e l'introduzione di articolate procedure, nuovi diritti vengono riconosciuti e istituzionalizzati (si pensi al diritto a un intervento proporzionato nella rimozione dei contenuti o al diritto a non subire sistemi di raccomandazioni basati sul *targeting*). Questa opera di istituzionalizzazione procedurale della sfera pubblica, fondata sull'azione congiunta di Unione e Stati membri, non solo pone le premesse per una integrazione attraverso i valori[99], ma definisce anche un discorso pubblico europeo orientato ai diritti e al pluralismo, alternativo, nello scenario geopolitico globale, sia ai paradigmi autoritari del modello cinese sia al *laissez faire* dell'approccio statunitense[100].

La vicenda delle sanzioni contro Russia Today[101] dimostra come la posta in gioco, in Europa, sia più ampia della semplice protezione della libertà di espressione dagli abusi del pubblico potere: a rischio, infatti, in un quadro geopolitico minacciato da nuovi e vecchi autoritarismi, è la salvaguarda del discorso pubblico da manipolazioni, interferenze e minacce ibride che incombono sulla democrazia europea.

[99] Così G. Pitruzzella, *Identità, linguaggio e integrazione europea*, in «Rivista AIC», 1, pp. 107 ss.

[100] Per i diversi modelli regolatore adottati dai grandi players *globali* v. A. Bradford, *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, OUP, New York, 2023 nonché, con specifico riferimento agli USA, M. Monti, *Regolazione del discorso pubblico online*, cit., pp. 83 ss.

[101] Il Regolamento UE n. 2022/350 ha vietato la diffusione nel territorio degli Stati membri delle trasmissioni di Russia Today e delle notizie rese dall'agenzia di stampa Sputnik, controllate entrambe dal governo russo. Nella pronuncia T-125/22 *RT France v Conseil*, (2022), il Tribunale dell'Unione europea ha salvato la misura restrittiva e ha ricondotto le attività di tali soggetti alla «propaganda di guerra»: «le campagne di disinformazione sono tali da rimettere in discussione i fondamenti delle società democratiche e fanno parte integrante dell'arsenale della guerra moderna» (par. 162). Sul punto v. M. Monti, *Il "Sedition Act" europeo? Spunti dalla comparazione sull'esclusione di Russia Today e Sputnik dal mercato dell'informazione unionale*, in «Osservatorio AIC» (2023), pp. 21 ss.