



**GIANLUCA GARDINI**

# **LE REGOLE DELL'INFORMAZIONE**

**Verso la Gigabit Society**

*Quinta edizione*

*Con la collaborazione di Marina Caporale*



**G. Giappichelli Editore**

## Prefazione alla quinta edizione

Le tecniche di diffusione, le modalità di fruizione, la tipologia stessa di utenti dei servizi di comunicazione e informazione sono oggetto di una metamorfosi rapidissima e radicale.

La stampa tradizionale, quotidiana e periodica, vive ormai da decenni una crisi profonda, strutturale, ma nell'ultimo quinquennio ha conosciuto un vero e proprio crollo, che è divenuto drammatico nel corso dell'emergenza pandemica: basti dire che dal 2013 ad oggi le prime 10 testate nazionali, cartacee e digitali, hanno avuto perdite, in termini di vendite, che oscillano tra il 40% e il 57%, mentre i quotidiani sportivi, più penalizzati a causa della sospensione di campionati e tornei nel 2020, hanno registrato un calo che si aggira intorno al 62% (dati ADS sulla diffusione delle copie cartacee e digitali nel periodo 2013-2020).

Il fenomeno è indubbiamente legato ad un cambiamento culturale concernente la modalità di fruizione di informazioni e dati che, da utenti di ogni età e in modo crescente, vengono oggi ricercati e reperiti sul web, un immenso archivio a cui è possibile accedere attraverso qualunque dispositivo elettronico personale, in modo gratuito, ottenendo risposte rapide e aggiornate in tempo reale. Tuttavia i cambiamenti, insieme a nuove opportunità, portano con sé anche nuovi problemi. La realtà *online* (così come quella *offline*, del resto) è una dimensione in cui le luci si alternano spesso alle ombre. L'uso sempre più intenso del web, che sta progressivamente surrogando la stampa e i canali informativi tradizionali, accende infatti i riflettori sul tema della "disintermediazione" dell'informazione, ossia sulla possibilità offerta agli utenti Internet di accedere velocemente, con pochi passaggi e senza costi specifici, a fonti di informazione *online*, non sempre verificate e qualificate, di condividerne i contenuti mediante le reti sociali e anche di creare nuovi contenuti informativi (*user generated content*) da immettere nel circuito del *web*. Il meccanismo della disintermediazione taglia fuori l'informazione professionale, assicurata da giornalisti e addetti alla comunicazione, e favorisce la diffusione rapida di notizie non verificate, parziali e spesso false (*fake news*) che, grazie alla capacità di condivisione offerta dalle "nuove" reti sociali, diventano immediatamente virali.

Oltre alla stampa, anche la televisione tradizionale sembra aver avviato la sua parabola discendente. È pur vero che la televisione a cui siamo abituati (in

chiaro, generalista e gratuita), sia pubblica che privata, mantiene ancora un ruolo importante nella formazione dell'opinione pubblica, e continua a svolgere una funzione insostituibile nella costruzione dell'identità e nella immagine culturale del paese. Ma è altrettanto certo che questo mezzo, in maniera sempre più evidente, è insidiato da nuove proposte mediatiche e da tecniche trasmissive interattive e personalizzate. Per quanto la televisione tradizionale continui ad occupare stabilmente il primo posto nella classifica dei consumi mediatici degli italiani (è utilizzata dal 87,4% della popolazione, contro il 79,4% della radio e il 79,3% di internet, dati tratti dal *54esimo Rapporto Censis/2020*), è facile prevedere che il primato televisivo, a breve, sarà destinato a cedere il passo ad altre modalità di fruizione dei contenuti audiovisivi, basate sull'utilizzazione di internet (cd. *internet based television*).

Nell'ultimo decennio, grazie allo sviluppo delle conoscenze nei settori dell'elettronica e dell'informatica, altri mezzi di comunicazione si sono rapidamente affermati nel consumo audiovisivo di massa e, in particolare durante la fase pandemica, il comparto dei media audiovisivi si è progressivamente arricchito di soggetti diversi dai *broadcasters* tradizionali: società di telecomunicazione, piattaforme tecnologiche (Google, Apple, Facebook, Amazon, nonché nel mondo orientale, Baidu, Alibaba, Tencent), operatori via cavo, grandi *major* internazionali (Walt Disney), tutti soggetti accomunati dalla capacità di offrire al pubblico servizi media audiovisivi attraverso la rete Internet. Si profila così il rischio incombente che la dimensione gigantesca, e del tutto inedita, assunta da queste imprese in seguito alla formazione dei mercati globali conduca alla formazione di "potentati privati", refrattari a qualunque forma di regolazione da parte degli ordinamenti democratici (basti pensare alla tendenza dei titolari delle grandi piattaforme digitali a richiamarsi alla libertà di espressione per paralizzare i tentativi di regolazione) e alla cattura del (o alla fusione col) potere politico. Un rischio ben più grave di quello che, in passato, era rappresentato dai monopoli o oligopoli radiotelevisivi presenti all'interno dei diversi Stati (si pensi allo storico duopolio che ha segnato la storia della televisione nel nostro paese), un fenomeno che l'avanzare della tecnologia ha ormai consegnato alla storia. Sotto il profilo delle ricadute sui circuiti deliberativi democratici, più di ogni altro colpisce il fatto che la televisione tradizionale stia gradualmente perdendo "peso politico" rispetto ad altri mezzi di comunicazione di massa: da essa dipende sempre meno la realizzazione del pluralismo delle idee e dei valori, che è oggi affidato prioritariamente alle risorse della rete, alla potenza dei social network, alla progressiva penetrazione delle piattaforme digitali.

Cambiamenti altrettanto notevoli hanno investito anche le telecomunicazioni. Con l'avvento delle reti *broadband* o *ultrabroadband*, ad altissima connettività, la distinzione tra infrastrutture fisse e mobili ha iniziato a attenuarsi, dal momento che servizi a banda larga tendono ad utilizzare la medesima tecnologia e le medesime infrastrutture di rete. Tecnologie come il 5G risultano indif-

ferenti (o agnostiche, come è stato detto) rispetto alla tipologia di servizio finale, da rete fissa o mobile: ciò, se da un lato conduce alla progressiva integrazione tra le infrastrutture, dall'altro spinge la concorrenza ad estendersi anche alle reti fisse, alle infrastrutture un tempo ritenute non duplicabili (cd. *essential facilities*). Si tratta di un cambiamento epocale, se è vero che entro il 2025 l'Europa disporrà del 34% delle connessioni in 5G, dietro al 50% dell'Asia e al 48% degli USA (GSMA, 2020).

Durante la pandemia è cresciuta vertiginosamente la domanda di connessioni ultraveloci e affidabili, alimentata da *smart working* e didattica a distanza, e con essa si è acuita l'esigenza di sostituire la tradizionale connessione in rame con la nuova tecnologia in fibra ottica, capace di collegare le abitazioni agli snodi (cabinet o armadi) della dorsale infrastrutturale già esistente e di portare nelle case la connessione internet ad una velocità di un gigabit al secondo (FTTH, *Fiber-To-The-Home*).

I cambiamenti che possono discendere da questo nuovo quadro tecnologico sono enormi. I servizi applicativi FTHH comprendono, tra i più rilevanti, lo *streaming*, *l'entertainment*, *l'Internet of Thing*, ma anche *e-government*, *e-education*, auto a guida assistita, *social networks*, *Blockchain*, *Industria 4.0*, *smart cities*, *smart homes*, e molti altri. Si tratta di servizi altamente innovativi, che caratterizzano quella che è conosciuta come *Gigabit Society*: solo le infrastrutture ad altissima connettività possiedono i requisiti tecnologici richiesti per l'utilizzazione dei servizi, dei prodotti e delle applicazioni propri di una società sempre più interconnessa, che comunica, si informa, si intrattiene, vive letteralmente in rete. Non a caso, le priorità strategiche indicate in sede europea, e la ripartizione percentuale delle risorse che ad esse si accompagna, dedicano un ruolo centrale alle politiche concernenti "Mercato unico, innovazione, agenda digitale", destinando ad esse una quota rilevante dei fondi complessivamente stanziati dal Bilancio a lungo termine dell'UE e dal pacchetto *Next Generation EU* per la ripresa dalla pandemia da Covid-19 (132,8 mld su 1800 mld di euro complessivamente stanziati).

Altre novità hanno riguardato la tutela dei dati personali. Com'è noto, la rete consente che i dati personali circolino velocemente, per un tempo potenzialmente illimitato, risultando potenzialmente accessibili da parte di chiunque; più in generale, lo sviluppo delle tecnologie digitali mette a rischio la protezione dei dati personali e fa nascere pericoli di violazione della riservatezza prima sconosciuti. L'ambiente digitale ha pertanto acuito la necessità di tutelare i dati personali dei cittadini dell'Unione europea a fronte dell'affermarsi di una competizione nel mercato digitale globale fondata in modo crescente sul trattamento dei dati, in cui predominano grandi fornitori di servizi (OTT) non europei.

L'invecchiamento delle forme più "tradizionali" di comunicazione mette in luce anche lo speculare invecchiamento della disciplina normativa, nazionale ed

europea, che ad esse si riferisce. Del resto, questo fenomeno di invecchiamento, come si era già avuto modo di notare nelle scorse edizioni, è connaturato al diritto dell'informazione, un settore dell'ordinamento in costante evoluzione: l'informazione e la comunicazione sono materie estremamente dinamiche, in perenne trasformazione, caratterizzate da un legame quasi simbiotico con la tecnologia di cui si servono per penetrare nella società e raggiungere i propri destinatari.

Questo insieme di elementi spiega l'esigenza di pubblicare una nuova edizione de "Le regole dell'informazione" a distanza di meno di cinque anni dalla precedente, che ha lo scopo di dare conto al lettore delle novità legislative, giurisprudenziali e delle nuove prassi affermatesi nel frattempo.

Nel corso dell'ultimo quinquennio si è assistito, tra le tante novità, all'approvazione di due Direttive da parte dell'Unione europea (in corso di recepimento da parte del Governo italiano in base alla legge di delegazione europea 2019), dalle quali promana una nuova disciplina – inspiegabilmente separata – dei servizi media audiovisivi (direttiva 2018/1808/UE) e delle comunicazioni elettroniche (direttiva 2018/1972/UE). La scelta di mantenere separata la regolazione di questi servizi di informazione appare in controtendenza rispetto alle dinamiche tecnologiche e di mercato a livello globale, che conducono invece ad una progressiva convergenza tra le industrie dell'audiovisivo, delle telecomunicazioni e dell'informatica. Una simile soluzione risulta ancora più difficile da giustificare per un ordinamento che, come il nostro, da oltre trent'anni teorizza un assetto "convergente" di telecomunicazioni e media audiovisivi, ispirando a tale concezione tutte le regole in materia di antitrust e pluralismo. Un sistema in cui l'istituzione preposta alla regolazione e controllo sulle attività di comunicazione, già 10 anni or sono, predicava l'esistenza di «un nuovo equilibrio concorrenziale e un nuovo assetto dell'ambiente delle telecomunicazioni e dei media, ovverossia dell'«ecosistema digitale»» (Relazione AGCOM 2011) non dovrebbe ammettere, per ragioni di principio, una disciplina dei media audiovisivi distinta da quella riguardante le comunicazioni elettroniche. Per questo, pur rispettandosi l'approccio del legislatore europeo, non può non auspicarsi che l'approccio settoriale che caratterizza oggi la fruizione di contenuti audiovisivi in ambiente digitale, sia a livello europeo che domestico, venga sostituito quanto prima da una regolamentazione unica, o ancor meglio da un Codice unico delle "comunicazioni e dei media digitali", che tenga conto della progressiva convergenza tecnologica e dei comportamenti di mercato, coordinando le diverse normative stratificatesi nel tempo.

Un'altra importante novità dal punto di vista giuridico e normativo ha interessato internet e le responsabilità dei soggetti che vi operano. È infatti in atto una riflessione, sia a livello europeo che interno, sulla responsabilità dell'*Internet Service Provider (ISP)*, per come disciplinata dalla direttiva 2000/31/CE. Questa riflessione, avviata tanto sul piano legislativo che giurisprudenziale, porta ad evidenziare i limiti di un regime, ormai datato, che scaturisce da una nor-

mativa prettamente civilistica, relativa all'*e-commerce*, assunta come paradigma a livello europeo. Di qui l'esigenza di individuare nuovi criteri, più aggiornati e stringenti, per l'imputazione delle responsabilità legate alle molteplici e complesse attività svolte oggi dagli ISP, che appaiono assai lontane dal servizio di mera intermediazione tecnica e si avvicinano sempre più a forme di attività editoriale. La tendenza a risolvere casi specifici riguardanti la responsabilità dei *provider* appoggiandosi a regole settoriali, ad esempio concernenti la privacy e tutela dei dati personali (si pensi al caso *Google Spain*), testimonia in modo evidente l'insoddisfazione nei confronti dell'attuale regolazione della materia. Le recenti posizioni espresse dalla giurisprudenza sia europea che interna, al contempo, dimostrano la volontà di ampliare la responsabilità degli ISP nel caso in cui essi svolgano un ruolo *attivo* nella gestione dei contenuti, con un'estensione dell'area di imputabilità che va ben oltre le previsioni della direttiva 2000/31/CE.

Altre novità hanno riguardato il trattamento e la tutela dei dati personali, soprattutto nel web, rendendo necessario, di conseguenza, un ripensamento nell'approccio regolativo e nella disciplina di diritto positivo. In quest'ottica, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha accompagnato (e, per certi versi, perfezionato) tutto il percorso europeo per la riforma della disciplina dei dati personali, che è culminato nel nuovo regolamento europeo 679/2016, relativo alla protezione delle persone fisiche in riferimento al trattamento dei propri dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Con questo provvedimento, dotato di diretta efficacia per gli Stati membri, il legislatore europeo ha inteso non solo rafforzare la tutela, ma anche garantire la circolazione dei dati personali per realizzare gli obiettivi dell'Unione, che oggi comprendono la creazione di un mercato unico digitale; al regolamento ha poi fatto seguito il d.lgs. n. 101/2018, che ha la funzione di adattare il regolamento all'ordinamento interno, apportando una serie di modifiche al Codice della privacy del 2003.

Questi cambiamenti (e molti altri che qui non è possibile riassumere) hanno reso necessaria la riscrittura di interi capitoli e un ripensamento di molte parti del testo. Per questa edizione, come per quelle passate, il risultato finale non consiste quindi in un semplice aggiornamento, ma in una nuova stesura e in una rivisitazione profonda dell'impianto stesso dell'opera. L'auspicio è che, a seguito di questi interventi, essa mantenga inalterato il valore scientifico e la funzione didattica sin qui dimostrati.

Per il lavoro svolto, un ringraziamento sentito e tutt'altro che formale va a Marina Caporale, il cui prezioso contributo di idee e conoscenze ha reso possibile questa nuova edizione.

GIANLUCA GARDINI

Bologna, 19 aprile 2021



**Parte Prima**  
Nozioni generali





# 1.

## Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della persona

**SOMMARIO:** 1. Modelli costituzionali e diritti fondamentali. – 2. Il costante ampliamento delle libertà individuali. – 3. L'articolo 2 della Costituzione come fattispecie aperta. I “nuovi” diritti. – 4. La protezione internazionale ed europea dei diritti dell'uomo. I diritti di informazione nelle fonti sovranazionali. – 5. Libertà di manifestazione del pensiero e forma democratica dello Stato. – 6. Individualismo e funzionalismo. – 7. Pluralismo e concorrenza: due concetti solo in parte equivalenti. – 8. L'informazione tra dimensione globale e locale.

### 1. Modelli costituzionali e diritti fondamentali

La Costituzione rappresenta la legge fondamentale su cui poggia un sistema giuridico. Nelle parole di Hobbes, «legge fondamentale è in ogni Stato quella che, ove venga abolita, lo Stato cade e si dissolve completamente, come un edificio di cui vengano distrutte le fondamenta». Questa idea della base su cui si regge l'intero edificio giuridico di uno Stato introduce anche un principio di importanza, di prevalenza della Costituzione tra le fonti del diritto. L'ordinamento giuridico non è costituito da un sistema di norme dotate della medesima forza e di eguale gerarchia, poste sullo stesso piano di valore, ma – secondo l'insegnamento di Kelsen – è piuttosto un ordinamento a gradi, composto di differenti livelli di norme (*Stufenbau*). L'unità del sistema è data dalla concatenazione tra i differenti livelli, per cui la produzione e la validità del livello successivo sono interamente stabilite dal livello normativo precedente, risalendo via via fino al gradino più alto, alla norma fondamentale. L'idea hobbesiana delle fondamenta va forse ribaltata per meglio illustrare questa situazione: immaginate una piramide al cui vertice si trovi la parte più importante e preziosa dell'edificio, in ragione della quale si giustifica e si comprende anche l'assetto dei piani inferiori, meno nobili ma altrettanto essenziali per l'esistenza della costruzione; allo stesso modo, la Costituzione fornisce il presupposto logico-giuridico per la produ-

zione e la validità delle leggi ordinarie, dei regolamenti governativi, dei decreti ministeriali, dei regolamenti locali e così a seguire.

Ne discende che, in tale impianto gerarchico, le fonti normative poste su un piano sottordinato non potranno in nessun modo porsi in contrasto con quelle di livello superiore: nell'ordinamento giuridico a gradi un eventuale conflitto tra la legge ordinaria, statale o regionale, e la Costituzione conduce inevitabilmente ad un vizio di costituzionalità della prima; allo stesso modo, dovrà considerarsi illegittimo il regolamento governativo che contraddica una disposizione di legge. Il sistema di giustizia costituzionale (Corte costituzionale) e amministrativa (Tribunali amministrativi e Consiglio di Stato) ha, tra i suoi compiti principali, proprio quello di assicurare il rispetto del principio di gerarchia tra le fonti normative e, conseguentemente, la legittimità delle norme che vengono introdotte nell'ordinamento.

Tuttavia, la Costituzione non è solo l'insieme di regole fondamentali che danno identità a un ordinamento, ma può essere intesa anche come ordinamento generale dei rapporti politici e sociali che si svolgono all'interno di uno Stato. Nella Costituzione sono rappresentati i principi giuridici da cui dipende la determinazione degli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera di azione e, non da ultimo, la posizione del singolo di fronte al potere dello Stato. Questi rapporti sono profondamente mutati ed evoluti nel corso della storia, dalla *polis* greca all'età medievale, dall'età moderna alle democrazie contemporanee. Possiamo pertanto affermare che la nostra Costituzione riflette i caratteri fondamentali della nostra epoca, poiché fotografa in termini giuridici l'evoluzione culturale, le conquiste civili e politiche, le trasformazioni istituzionali che identificano in maniera peculiare la società in cui viviamo. Per questo, a fianco di una Costituzione formale, intesa come insieme di regole giuridiche scritte, può teorizzarsi – secondo la celebre dottrina di Costantino Mortati – l'esistenza di una Costituzione materiale, intesa come l'insieme dei valori, dei fini condivisi, delle forze politiche e sociali che garantiscono l'effettiva unità e permanenza di un ordinamento, al di là ed eventualmente anche contro la Costituzione formale. Per questo, ancora, si ritiene che una delle caratteristiche essenziali delle Costituzioni moderne sia, insieme alla rigidità – che ne impedisce la modificazione attraverso un procedimento deliberativo a semplice maggioranza –, proprio l'elasticità, ossia la capacità delle disposizioni costituzionali di rinnovarsi e adattarsi ai mutamenti del tessuto sociale, la possibilità di essere interpretate e applicate in modo diverso a seconda delle circostanze, dei tempi e delle esigenze. Questa apertura della Costituzione alla collettività e alla sua organizzazione, da un lato, ne favorisce una maggiore longevità rispetto alle leggi ordinarie e, in generale, alle altre fonti dell'ordinamento; dall'altro, tende inevitabilmente a conformare le norme costituzionali come programmi, obiettivi da perseguire, disposizioni generali suscettibili di essere riempite di contenuti diversi a seconda delle condi-

zioni, delle vicende storiche, degli orientamenti culturali e politici, piuttosto che come regole dotate di immediata e stringente precettività.

Da queste premesse si ricava l'importanza di aver codificato, positivizzato, come dicono i giuristi, una serie di diritti fondamentali della persona all'interno delle Costituzioni moderne. Sul punto, i principali modelli di riferimento seguiti dalle democrazie contemporanee sono rappresentati, sostanzialmente, da due precedenti storici: la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, figlia della nuova concezione del potere statale, di impronta liberale, formatasi a seguito dell'esperienza rivoluzionaria francese; la Dichiarazione di indipendenza americana, del 1776, approvata dopo l'esperienza della guerra tra gli abitanti delle colonie del nuovo continente e la madrepatria. In entrambe queste Carte, veri e propri prototipi delle Costituzioni contemporanee, assume centralità l'elenco di diritti spettanti all'uomo in quanto tale, elenco diretto a offrire protezione giuridica alle situazioni soggettive nei confronti di eventuali minacce. Pur partendo da una base concettuale comune, le due esperienze, però, si diversificano profondamente: mentre nel caso della *Déclaration* francese i diritti naturali degli uomini portano alla sovranità della legge, formata con il consenso dei cittadini, da cui discende un impianto sostanzialmente statualista e legicentrista dell'ordinamento, nel caso nordamericano i diritti individuali trovano un fondamento in una sfera giuridica che precede il diritto positivo, al punto che i diritti si considerano non un compito per il legislatore ma un patrimonio da difendere contro tutte le minacce, comprese quelle provenienti dal potere politico e dal legislatore, in un quadro caratterizzato da una chiara sovranità dei diritti sulla legge. In pratica, mentre in Francia la rivoluzione contro l'*ancien régime* porta alla creazione di un'unica autorità e a un'unica legge, espressione della volontà generale di derivazione rousseauiana, da cui dipende l'esistenza dei diritti e delle libertà degli individui, le Dichiarazioni degli Stati americani e gli emendamenti alla Costituzione federale americana pongono all'origine dell'ordinamento i diritti naturali degli individui che rappresentano la base e il fondamento del Governo, per cui lo Stato, secondo la teorizzazione lockiana, viene costruito sui diritti dell'uomo e non viceversa.

I modelli costituzionali attualmente prevalenti in Europa occupano una posizione intermedia tra la tradizione francese e quella americana. In tale visione "mediana", lo Stato-legislatore è anch'esso espressione di un particolare tipo di diritti, i diritti politici, diversi da quelli finalizzati alla tutela di situazioni individuali. In base a questa costruzione, Stato e diritti smettono di contrapporsi: si afferma il diritto di partecipazione dei cittadini alla determinazione delle scelte politiche, alla direzione politica della vita collettiva, senza tuttavia rinunciare alla protezione dei diritti individuali e civili, alla protezione di una sfera puramente individuale della vita. Da questo equilibrio nasce la convivenza tra i diritti propriamente politici, che fanno capo a una dimensione statale e oggettiva, e diritti individuali, che invece fanno capo a una dimensione personale e

soggettiva dell'ordinamento; entrambe queste prospettive compongono la realtà costituzionale delle principali democrazie europee.

Nelle Costituzioni europee del Novecento, pertanto, vengono positivizzate le principali concezioni che ispirano il costituzionalismo settecentesco: la sovranità popolare, da cui discende l'unicità dello Stato e del legislatore; la supremazia della Costituzione, caratterizzata da un particolare procedimento di revisione, sulla legge; l'idea dello Stato come soggetto dotato originariamente di poteri propri, che si esprimono principalmente nella legge e costituiscono gli strumenti necessari per il perseguimento di interessi pubblici, distinti dagli interessi dei singoli; l'affermazione e la garanzia dei diritti individuali, che divengono una dotazione giuridica propria del titolare, antecedente alla stessa formazione dello Stato e protetta contro eventuali interferenze di quest'ultimo; il principio democratico, in base al quale si afferma l'esistenza di diritti politici, non necessariamente legati alla promozione e alla tutela di posizioni individuali, bensì alla possibilità di partecipazione dei cittadini alla determinazione dell'indirizzo politico dello Stato. Come ben si è rilevato, il rapporto tra diritti e Stato nelle Costituzioni europee attuali, «per la parte in cui si allontana da quella francese-rivoluzionaria, si avvicina a quella americana e, per la parte in cui si allontana da quella americana, si avvicina a quella francese-rivoluzionaria» [Zagrebelsky, 1992].

## 2. Il costante ampliamento delle libertà individuali

Passando a occuparci più da vicino dell'esperienza italiana, è interessante notare come i diritti e doveri individuali siano essenzialmente rappresentati nella Parte prima della Carta costituzionale, dall'art. 13 e seguenti, e articolati tra diritti concernenti i rapporti civili, etico-sociali, economici e politici delle persone. Nonostante l'intestazione di questa parte della Costituzione sia formalmente dedicata ai «Diritti e doveri dei cittadini», in realtà molte delle posizioni individuali che in essa trovano collocazione sono riferibili alla generalità dei soggetti, come esseri umani, a prescindere dallo *status* di cittadini italiani che a essi possa essere riconosciuto; mentre solo i diritti che in precedenza abbiamo qualificato come politici, in quanto inerenti alla partecipazione alla vita pubblica e alla determinazione dell'indirizzo politico del paese, e taluni di quelli civili, inerenti ai rapporti interpersonali, sono riconosciuti ai soggetti che intrattengono con lo Stato italiano un rapporto formale di cittadinanza.

Uno dei primi dubbi che si pone all'interprete nell'affrontare l'analisi dei diritti e dei doveri stabiliti nella nostra Carta costituzionale è quello della esautività, della completezza della disciplina costituzionale. O, detto in altro modo, sorge il problema di capire se i diritti che sono espressamente riportati nel-

la nostra Costituzione, adottata nel 1948, rappresentino una lista chiusa, tassativa, il cui ampliamento e adeguamento alle nuove esigenze imposte dall'evoluzione della società richieda un procedimento di revisione costituzionale.

All'origine della codificazione dei diritti umani in molte Costituzioni europee, compresa la nostra, vi è una concezione filosofica che si radica nella dottrina giusnaturalista, in base alla quale «esistono leggi non poste dalla volontà umana e in quanto tali precedenti la formazione di ogni gruppo sociale [...] dalle quali derivano, come da ogni legge morale o giuridica, diritti e doveri che sono, per il fatto stesso di essere derivati da una legge naturale, diritti e doveri naturali» [Bobbio, 1985]. In questa prospettiva esistono diritti spettanti all'uomo in quanto tale, indipendentemente dall'apparato statale e dalla legge, i quali si caratterizzano per essere inviolabili da parte dei poteri pubblici, inalienabili da parte dei titolari e imprescrittibili rispetto al loro utilizzo. Il seme di questa concezione filosofica, l'abbiamo visto, ha trovato terreno fertile nelle dichiarazioni nordamericane della fine del XVIII secolo, ispirate a una visione dei diritti umani preliminare e fondante rispetto alla stessa Costituzione.

Il punto è che i diritti umani, a volerli costruire come diritti naturali, finiscono per legarsi a ciò che rappresenta, in natura, la regola essenziale: l'evoluzione. I diritti umani divengono cioè una categoria in espansione, non statica e immobile nel tempo. La loro protezione, in particolare, non è assoluta, ma risulta legata ai bisogni che la società esprime in un determinato momento storico. Pertanto, quello che appare fondamentale in una determinata epoca non lo è più in una successiva, mentre risulta assai problematico dare un fondamento assoluto a diritti storicamente relativi [Bobbio, 1990]: basti pensare che il diritto di proprietà, ritenuto imprescindibile nelle dichiarazioni settecentesche, ha subito in seguito una serie di limitazioni a favore di altri diritti.

Seguendo questa impostazione, la dottrina ha individuato diverse "generazioni" di diritti fondamentali, variabili a seconda delle epoche storiche. La prima generazione dei diritti umani è quella dei diritti tradizionali, sanciti nelle Costituzioni liberal-democratiche. Si tratta di diritti caratterizzati da forme di libertà prevalentemente *negative*, rivendicate soprattutto nei confronti dello Stato: "libertà da" (*freedom from*) o negativa, in base alla quale un soggetto ha la possibilità di agire senza essere impedito, o di non agire senza essere costretto, da altri soggetti, in particolare dall'autorità pubblica. La seconda generazione dei diritti umani è rappresentata dai diritti sociali, politici ed economici. Questi consistono in richieste specifiche rivolte allo Stato, e non più in semplici assenze di limitazioni da parte di quest'ultimo. Con la trasformazione degli Stati moderni da monoclasse a pluriclasse e l'accrescimento costante dei loro compiti, alle cd. libertà negative si affiancano una serie di rivendicazioni nei confronti del potere pubblico, per ottenere prestazioni che contribuiscano a riequilibrare le posizioni dei singoli all'interno della società. Si tratta delle cd. libertà *positive*, le quali presuppongono un impegno maggiore, dal momento

che per la loro realizzazione non è più sufficiente la semplice proclamazione o il riconoscimento del diritto in un testo costituzionale, ma si richiede un “fare positivo” da parte dello Stato. Per queste libertà, alcuni parlano anche di “libertà nello” Stato, nel senso di diritti che consentono la partecipazione al potere politico, quali il diritto di voto, di associazione in partiti ecc.; ovvero di “libertà mediante” (*freedom through*) lo Stato, in quanto rivolte a ottenere prestazioni perequative, dirette a compensare le differenze sostanziali tra i cittadini, da parte dei poteri pubblici [Barbera, Cocozza, Corso, 1997]. Fin qui, tuttavia, l’orizzonte rimane quello istituzionale, dove lo Stato è parametro e punto di riferimento delle diverse tipologie di diritti. L’avvento dei diritti di terza generazione spezza questa impostazione, e introduce una categoria di situazioni soggettive che prescindono dallo Stato e dall’autorità nazionale, rivolgendosi alla tutela di valori assoluti e globali, comprendenti il diritto alla pace, il diritto allo sviluppo dei popoli, il diritto all’ambiente, il diritto al patrimonio comune dell’umanità e alla sua conservazione. Mentre alcuni negano autonomia concettuale a questi nuovi diritti, ritenendo che essi non rappresentino altro che l’ampliamento e l’evoluzione dei diritti delle precedenti generazioni, altri sono già passati alla teorizzazione di una quarta generazione di diritti, legati agli ultimi sviluppi del progresso tecnologico, come, per esempio, il diritto alla riduzione del *digital divide*, il diritto di accesso alla “rete delle reti” in condizioni di uguaglianza, il diritto a disporre di connessioni ad infrastrutture ad altissima connettività per poter sfruttare i servizi della Gigabit Society, i diritti concernenti l’impiego e le applicazioni della ricerca biogenetica, ecc.

Tutto ciò premesso, e senza alcuna pretesa di aver esaurito un argomento estremamente complesso e denso di implicazioni, ritorna il quesito di partenza: è possibile immaginare i diritti individuali espressi dalla nostra Costituzione come un elenco chiuso, modificabile solo attraverso un procedimento di revisione costituzionale, oppure il relativismo storico che caratterizza la concezione stessa dei diritti umani richiede una visione più aperta, elastica di questi diritti? Una delle risposte più convincenti ci viene proprio dalla lettura dell’art. 2 Cost., che contempla e codifica i diritti inviolabili dell’uomo.

### 3. L’articolo 2 della Costituzione come fattispecie aperta. I “nuovi” diritti

«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Con questa formulazione, l’art. 2 si propone come una delle disposizioni più innovative e, a un tempo, più discusse della Costituzione italiana. La novi-

tà principale di questa norma consiste nell'uso del verbo "riconoscere", che rinvia all'idea di un ordine di diritti antecedente o presupposto rispetto allo Stato e al potere politico, d'impronta giusnaturalistica. Tuttavia, se questa formulazione incontra senz'altro il favore della componente cattolica presente in Assemblea costituente, per l'implicito rimando a sistemi normativi extra e pregiudiziali, cioè sistemi di norme morali su cui si fondano i diritti umani, per la componente laica e positivista tale riferimento viene accettato solo come enfaticizzazione dell'importanza dei diritti umani all'interno del nostro ordinamento.

A fianco del riconoscimento, l'art. 2 Cost. afferma anche l'obbligo dello Stato di "garantire" questi diritti, in ciò rivelando che i diritti dell'uomo molto spesso consistono in posizioni soggettive non autosufficienti, che richiedono un intervento attivo (libertà positive) da parte del potere politico per la loro piena realizzazione. Allo stesso tempo, l'idea di garanzia rinvia alla necessità di protezione giurisdizionale, mediante un apparato sanzionatorio idoneo, in caso di violazione di questi diritti.

L'inviolabilità, a sua volta, limita la possibilità di incidere sul contenuto e sulla effettività di questi diritti, valevole tanto nei confronti degli altri consociati che dell'autorità pubblica, e finanche dello stesso titolare: i diritti "naturalmente" spettanti all'uomo si considerano esercitabili nei confronti di tutti (assoluti), non cedibili per volontà del titolare (inalienabili), non suscettibili di costituire oggetto di disposizioni con atti di volontà (indisponibili e irrinunciabili), non estinguibili per il mancato esercizio da parte del titolare (imprescrittibili).

Ma l'aspetto più interessante del dibattito sull'interpretazione dell'art. 2 Cost. riguarda la portata del precetto in esso contenuto: la dottrina di impostazione positivista ha proposto una lettura, in un primo tempo risultata prevalente, che considera questa disposizione come una "fattispecie chiusa", in cui troverebbero anticipazione e sintesi i diritti successivamente codificati dagli artt. 13 e seguenti. In questa visione, l'art. 2 non aggiunge nulla di nuovo ai diritti individuali espressamente previsti dalla Parte prima della Costituzione, ma avrebbe una funzione meramente "riassuntiva" di ciò che le altre norme costituzionali espressamente prevedono. Una seconda tesi, che ha ormai trovato pieno riconoscimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale, considera invece la disposizione dell'art. 2 Cost. come una "fattispecie aperta", una sorta di valvola d'entrata che permette l'inserimento e l'integrazione nella nostra Costituzione di nuovi valori che, nel corso del tempo, vengono espressi dalla società e dalla coscienza collettiva. In base alla tesi storicistica, sopra ricordata, la nascita e la tutela dei diritti è strettamente legata ai bisogni che la società manifesta in un determinato momento storico, ai progressi della tecnica e del sapere, cosicché valori e diritti che un tempo non venivano riconosciuti, in epoche successive sono pacificamente approvati e tutelati. Si pensi, per fare alcuni



esempi su tutti, al diritto all'obiezione di coscienza o al diritto alla riservatezza. In questo quadro l'art. 2 consente di riconoscere non solo i diritti e le libertà espressamente riconducibili al testo costituzionale, ma tutte le nuove domande di libertà, i nuovi diritti che emergono dal basso, dalla coscienza sociale, e vengono progressivamente riconosciuti attraverso l'azione della giurisprudenza o del legislatore ordinario [Barbera, 1975].

Questa lettura, senz'altro più convincente, assicura elasticità e modernità alla nostra Costituzione, consentendo l'ingresso di valori nuovi e condivisi. La Corte costituzionale e il legislatore ordinario hanno dimostrato, nel corso dell'ultimo secolo, di voler accostarsi a questa lettura, utilizzando la teoria della "fattispecie aperta" per dare copertura costituzionale a una serie di nuovi diritti, quali, per esempio, il diritto all'integrità fisica, il diritto alla libertà sessuale, il diritto del minore all'inserimento in una famiglia, il diritto all'abitazione, il diritto degli inabili all'accompagnamento, il diritto alla riservatezza e alla tutela dei propri dati personali, il diritto di abbandonare il proprio paese, il diritto per l'imputato straniero alla traduzione degli atti processuali, il diritto alla correzione delle trascrizioni anagrafiche per effetto dei caratteri sessuali prevalenti, il diritto all'obiezione di coscienza, il diritto alla parità di genere, la libertà di orientamento sessuale e il diritto all'identità di genere. Attraverso il riconoscimento di una clausola aperta nell'art. 2 Cost., infine, risulta favorito il recepimento dei diritti che trovano riconoscimento all'interno delle dichiarazioni internazionali.

#### 4. La protezione internazionale ed europea dei diritti dell'uomo. I diritti di informazione nelle fonti sovranazionali

La protezione internazionale dei diritti dell'uomo ha trovato piena consacrazione nel secondo dopoguerra, quando l'opera di codificazione dei principi generali in materia ha conosciuto un impulso più forte, traducendosi in una serie di Dichiarazioni emanate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Fin dai suoi primi anni di vita, infatti, l'Assemblea dell'ONU ha seguito la prassi di emanare Dichiarazioni in cui sono racchiuse una serie di regole riguardanti i rapporti tra gli Stati, ma più spesso riguardanti i rapporti interni alle comunità statali. Basti pensare, per quanto qui rileva, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948); alla Dichiarazione sui diritti del fanciullo (1959); alla Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali (1960); alla Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione razziale (1963); alla Dichiarazione sull'eliminazione delle discriminazioni contro la donna (1967); alla Dichiarazione sull'asilo territoriale (1967); alla Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone contro la tortura e le altre pene o trattamenti inumani o degradanti (1975).