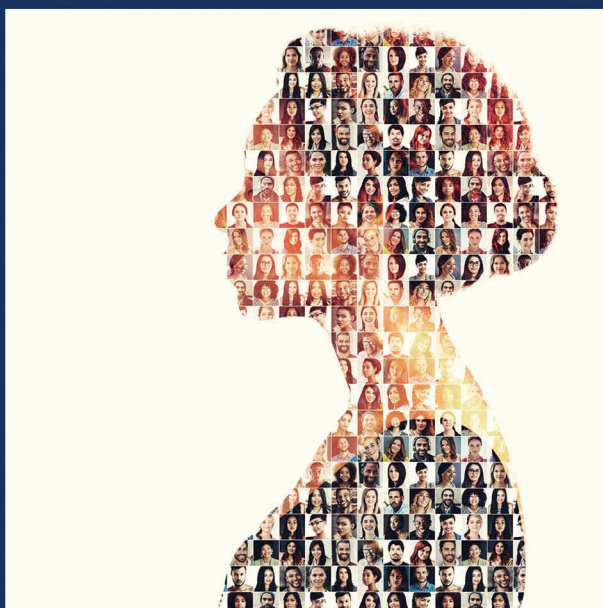


Maria Esmeralda Bucalo

I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale

fra intermediari *online*,
moderazione dei contenuti e regolazione



Giappichelli

Premessa

L'idea di questo lavoro nasce da alcune riflessioni, invero su un argomento diverso, ma limitrofo a quello adesso trattato, in tema di servizi resi dalle piattaforme *online* e specificatamente di *sharing economy*.

Già in quella occasione emerse in modo preponderante il ruolo svolto dalle società di servizi e dell'informazione, in grado di svolgere la loro attività di intermediazione, superando ogni confine territoriale e dimostrando il venir meno delle categorie "classiche" della statualità, *in primis* la "sovranità". Fin da subito fu chiara, infatti, la capacità di questi soggetti di incidere a livello mondiale, creando e gestendo nuovi ecosistemi di mercato, organizzando grazie alla tecnologia in modo del tutto innovativo la produzione e i consumi e tendendo a dilatare senza limiti i loro servizi¹.

La deviazione da quelle originarie riflessioni, verso il tema della libertà di manifestazione del pensiero fu determinata da due eventi concomitanti. In primo luogo, la pandemia da Covid-19 e la conseguente infodemia di *fake news*, la cui pericolosità risultava aggravata dalla velocità di diffusione assicurata loro dalle piattaforme di *social networking*. In secondo luogo, l'assalto a *Capitol Hill*, evento analogamente dirompente, il cui clamore veniva amplificato dagli stessi *social media*.

Quest'ultima vicenda è particolarmente emblematica per l'argomento oggetto di questo studio, perché, da un lato, ha reso evidente la facilità, per le personalità che svolgono ruoli istituzionali e in generale di pubblico rilievo, di intervenire nel dibattito e manipolarlo per ottenere il consenso, grazie alla risonanza mondiale garantita dalla Rete.

¹ L. BALISTRERI, *Le piattaforme mondo. L'egemonia dei nuovi signori dei media*, Roma, 2021, spec. p. 19.

Dall'altro ha anche manifestato il potere esercitato dalle piattaforme *social*, le quali decidevano di limitare le funzionalità dei profili dell'ancora presidente Trump, prima attraverso la rimozione dei suoi *post*, poi impedendo in modo permanentemente l'accesso ai suoi *accounts* oscurandoli. In quella occasione fu chiaro a tutti quanto i *social networks* fossero oramai in grado di esercitare poteri di natura pubblicistica e, in specie, poteri "censori".

Nonostante il fatto che essi ascrivessero tali decisioni alla ingannevolezza dei contenuti pubblicati e alla violazione delle condizioni di uso, che vietano l'incitamento alla violenza e la costituzione di organizzazioni pericolose, risultava infatti davvero difficile non pensare che le citate rimozioni non fossero in realtà ascrivibili alla volontà di evitare che quei *post* incidessero sul dibattito pubblico².

Ne conseguì la considerazione, determinante ai fini dello studio dell'argomento trattato in questo lavoro, relativa alla capacità di queste società di incidere con la loro attività, evidentemente non più qualificabile con le sole categorie del diritto privato, sui diritti e sulle libertà, in particolare su quella di manifestazione del pensiero, senza alcuna limitazione e senza alcun controllo imposto dalla disciplina statale.

Se questi sono stati gli eventi che hanno spinto verso l'analisi della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale, in sede di premessa deve necessariamente sottolinearsi che la «marginalizzazione progressiva dei decisori pubblici»³ e la assunzione da parte degli intermediari *online* del ruolo di protagonisti dello spazio pubblico è evidentemente causata dallo sviluppo di *Internet*, particolarissimo mezzo di comunicazione, capace di incidere però sulla struttura dello Stato, facendogli assumere la connotazione di "Stato Digitale"⁴.

Con questa locuzione, sotto il profilo definitorio e descrittivo, si in-

² M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2, 2021, p. 427 e C. COLAPIETRO, *Libera di manifestazione del pensiero, fake news e privacy, oggi.*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2022, p. 433.

³ C. COLAPIETRO, *Libera di manifestazione del pensiero*, cit., p. 434, che si sofferma anche sulla capacità del fenomeno di incidere sul concetto di sovranità.

⁴ L. TORCHIA, *Lo Stato Digitale. Una introduzione*, Bologna, 2013, p. 17, evidenzia come lo sviluppo dello Stato e dei suoi caratteri proceda da sempre di pari passo con quello tecnologico. Ciò che però caratterizza la tecnologia di *Internet*, è che essa sia divenuta «al tempo stesso una caratteristica del potere pubblico e un fenomeno la cui regolazione è centrale per i rapporti economici e sociali complessivamente intesi».

tende in particolare riferirsi a due caratteristiche del tutto innovative: in primo luogo, il fatto che l'attività pubblica si sia trasformata nel suo complesso, proprio grazie alla tecnologia, che ne determina una riarticolazione e una riorganizzazione; in secondo luogo, la constatazione che lo sviluppo tecnologico permea in modo così profondo i rapporti economici e sociali da rendere spesso inidonee e obsolete le regole vigenti e da richiederne un necessario aggiornamento.

Analogamente, alla luce di questa premessa, potrà dirsi che anche i principi del costituzionalismo necessitano di un adeguamento ai valori della nuova società digitale, in modo da consentire il fluire spedito della innovazione tecnologica⁵.

È proprio questa considerazione a costituire l'*incipit* di questo studio, che, dunque, parte dall'analisi, preliminare e necessaria, della disciplina costituzionale della libertà di espressione, la quale faceva emergere immediatamente due dei suoi molteplici volti.

Infatti, fin dalla redazione della Carta fondamentale, i grandi maestri del diritto costituzionale le hanno riconosciuto una natura (almeno) ambivalente. Da un lato il "volto" identificato dalla teoria individualista⁶, che ne esaltava la concezione liberale e la valenza eminentemente negativa, imponendo allo Stato di astenersi da qualsiasi attività che la potesse limitare, poiché essa era l'architrave sulla quale si poggiava il processo di democratizzazione del Paese, dopo il lungo periodo autoritario. Dall'altro, quello individuato dalla teoria funzionale⁷, che al contrario proprio per garantire la democraticità del sistema ed evitare la diffusione di opinioni per esso pericolose, trovava nello Stato il soggetto in grado di intervenire con la propria normazione determinandone i limiti.

⁵ Sul punto si veda M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, 2021, p. 49, il quale auspica un costituzionalismo che trascenda i modelli teorici finora utilizzati, optando invece per una rifondazione della democrazia costituzionale mediante l'introduzione di adeguate tecniche e funzioni di garanzia, nonché C. COLAPIETRO, *Le sfide del "costituzionalismo digitale": un approccio originale al rapporto fra diritto e tecnologia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fascicolo speciale, 3, 2021, p. 12, che sostiene che occorre guardare a un "modello antropocentrico" di nuovo costituzionalismo digitale.

⁶ C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Cronache sociali*, 1947, p. 202 e ss.

⁷ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.

Come si avrà modo di approfondire nel primo capitolo, fu sempre l'evoluzione tecnologica a far scorgere alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale gli altri "volti" della libertà in questione, sebbene non positivizzati in Costituzione (come il diritto di informazione e di essere informati).

Nonostante la polimorfia di questo diritto, l'art. 21 Cost. ha dimostrato la sua perdurante attualità, resistendo al continuo sviluppo della tecnica. È stato infatti il suo primo comma, che garantisce a tutti il diritto di manifestare il proprio pensiero con ogni mezzo, ad aprire il varco attraverso il quale i nuovi *media* hanno trovato tutela costituzionale.

Nel fluire continuo dell'evoluzione dei mezzi di comunicazione, la giurisprudenza costituzionale ha individuato poi nel pluralismo dell'informazione (sia nel suo profilo interno sia in quello esterno), un "imperativo costituzionale" imprescindibile, cui il sistema dell'informazione deve necessariamente adeguarsi.

È, però, proprio questo volto della libertà di informazione, che tiene insieme sia il suo aspetto individualista, sia il suo aspetto funzionale, a entrare in crisi con l'avvento di *Internet*. Infatti, come si avrà modo di approfondire nel secondo capitolo, al sistema plurale, che lo Stato e la giurisprudenza nazionale e sovranazionale avevano garantito, la Rete oppone un sistema del tutto diverso nel quale pochissimi soggetti svolgono un ruolo di rilievo globale, consentendovi l'accesso (i cd. *gatekeepers*).

La manifestazione del pensiero oggi rivela dunque un altro volto, solo apparentemente plurale: dal punto di vista esterno, infatti, il sistema di scambio delle informazioni, risulterà organizzato in modo oligopolistico, determinando la fine dell'idea che il cyberspazio sia una nuova *agorà* ateniese, un nuovo *free market place of ideas*⁸; dal punto di vista interno, neppure gli utenti avranno a disposizione un panorama completo di informazioni sulla scorta del quale formarsi una propria libera e autentica opinione, poiché gli stessi guardiani del *web* filtrano, attraverso operazioni algoritmiche per nulla trasparenti, la gran massa di dati che viaggiano in Rete, offrendo loro di rimando so-

⁸ La cui originaria definizione, come è noto, risale all'opinione dissenziente espressa dal giudice Holmes nel caso *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919) e applicata oggi ad *Internet* da A.I. GOLDMAN, J.C. COX, *Speech, Truth, and the Free Market for Ideas*, Cambridge, 1996 e da L. LESSIG, *An Information Society: Free or Feudal?*, relazione tenuta al World Summit on the Information Society del 2004, disponibile al link <https://www.itu.int/net/wsis/docs/pc2/visionaries/lessig.pdf>.

lo e soltanto informazioni predeterminate a monte e analoghe a quelle precedentemente ricercate.

A questa nuova conformazione fortemente chiusa del mercato delle idee si oppongono, come contraltare al proliferare delle informazioni *online*, fenomeni che ulteriormente deformano la libertà di informazione e che in una parola possono essere definiti “disinformazione”, facendosi in particolare riferimento alle notizie palesemente false e ai discorsi di odio.

A fronte di tutti questi fenomeni, che trovano il loro terreno di coltura nella assenza di un univoco modello di tutela giudiziale e di regolamentazione e che disvelano un volto finora sconosciuto della libertà di manifestazione del pensiero, il successivo capitolo terzo evidenzia l’abbandono del campo di gioco da parte dei decisori politici e il progressivo appropriarsi di poteri para-pubblicistici degli intermediari *online*.

Le piattaforme, in particolare quelle di *social networking*, oltre alla attività di profilazione degli utenti “filtrano” ulteriormente le informazioni che viaggiano in Rete attraverso l’attività di moderazione dei contenuti. Sulla scorta di regole di origine eminentemente privata (le condizioni di uso sottoscritte e accettate dagli utenti), esse svolgono una sostanziale “censura privata”, decidendo ciò che può essere pubblicato e ciò che invece non può, operando in sostanza un bilanciamento fra la libera manifestazione del pensiero e gli altri interessi e diritti che con essa possono entrare in conflitto.

Tale operazione, che secondo le regole del costituzionalismo, dovrebbe essere affidata alla autorità statale ed in particolare a quella giurisdizionale, è oggi svolta da questi soggetti privati, che quindi sempre più occupano lo spazio pubblico, sottraendolo ai decisori politici.

La manifestazione ancor più evidente di tale processo sarà analizzata nello stesso capitolo terzo, laddove verrà approfondita l’istituzione da parte di *Meta* dell’*Oversight Board*, che evidentemente supera la autoattribuzione di poteri censori di natura privata, proietta le piattaforme verso un vero e proprio “processo di istituzionalizzazione”⁹ e le dota di poteri “para-giurisdizionali” (o anche “para-costituzionali”).

⁹G. CERRINA FERONI, *L’Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* (16 febbraio 2021), disponibile al link <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docwebdisplay/docweb/9542545>.

Questo progressivo e inesorabile movimento di ibridazione fra categorie del diritto pubblico e categorie del diritto privato, che si sta verificando nel campo di gioco della libertà di manifestazione del pensiero, fa avvertire in modo sempre più pressante la necessità di reperire “argini” all’espandersi dei poteri degli intermediari *online*.

A questa esigenza recentemente sembra rispondere in modo puntuale l’Unione Europea, che oggi pare muoversi nel senso di un nuovo accentramento delle funzioni pubblicistiche, delle quali le piattaforme si sono progressivamente appropriate.

Gli “argini” così individuati a livello sovranazionale si dispiegano sul fronte giurisprudenziale (si veda sul punto il capitolo 4) e sul fronte della regolazione (si veda il capitolo 5).

Quanto alla giurisprudenza, la Corte di Giustizia ha individuato nella regola della responsabilità del *provider*, lo strumento di tutela adeguato a fronteggiare l’attività delle piattaforme eventualmente lesive dei diritti degli utenti di *Internet*, sebbene si debba segnalare che negli arresti giurisprudenziali esaminati la libertà di manifestazione del pensiero non assume mai il ruolo di diritto primariamente tutelato, ma solo indirettamente in ragione della tutela assicurata ad altri diritti (in specie il diritto alla *privacy* e il cd. diritto all’oblio, nonché il diritto d’autore).

Quanto invece alla nuova regolazione dell’Unione, dettata dal nuovo pacchetto normativo denominato *Digital Service Package*, è bene segnalare in via di premessa alcuni dati che lo caratterizzano, e che ne dimostrano l’innovatività.

In primo luogo, la volontà di adottare un unico modello di regolazione del fenomeno si esprime attraverso la scelta della fonte regolamentare, volta appunto ad armonizzare le discipline di tutti gli Stati membri, i quali non avranno più alcuna discrezionalità nella attuazione della disciplina a livello nazionale.

La medesima volontà è espressa nell’accentramento nelle mani della Commissione Europea dei poteri di controllo e di vigilanza sulle attività delle piattaforme. Ciò determina da un lato il superamento dello schema regolatorio *antitrust* finora vigente, fondato sull’accertamento successivo del mercato rilevante e della posizione dominante delle società, in favore di un sistema che invece individui preventivamente quelle che possono definirsi “*Gatekeepers*”. Dall’altro, la assegnazione alla Commissione stessa del controllo sulle attività delle *Over The Top Companies*, lasciando alle autorità nazionali quello sulle piattaforme di più ridotte dimensioni.

Infine, una menzione va qui fatta alla tipologia di regolazione adottata, che può essere inserita nella categoria della co-regolazione, perché affianca a strumenti normativi di stretto *hard law* (appunto i due regolamenti *Digital Market Act* e *Digital Service Act*), strumenti di *soft law* come i *Codici di Condotta* (in primo luogo il *Code of Practice on Disinformation*). La scelta della *co-regulation*, come si avrà modo di approfondire, evidenzia certamente la volontà di sottrarre alla autoregolazione delle piattaforme la disciplina della materia, ma anche la consapevolezza, maturata a livello unionale, che la disciplina di materie ad alto impatto tecnologico e, dunque, soggette a rapidi mutamenti, impongono saperi altamente specialistici, sovente posseduti da quegli stessi soggetti che alla regolazione dovranno adeguarsi.

Utilizzando la lente della libertà di manifestazione del pensiero, lo studio sostiene, in prima battuta, la tesi per la quale gli ordinamenti costituzionali democratici possiedono già solide garanzie, idonee a presidiare i settori maggiormente incisi dalla Rete, ma che queste devono essere adeguate in termini ermeneutici, attraverso un'interpretazione evolutiva che le adegui al progredire inarrestabile della tecnologia, evitando così di irrigidirle in formule positive che potrebbero divenire obsolete in breve tempo.

All'espandersi a dismisura dei poteri degli intermediari *online*, definibili oramai come para-costituzionali, la tutela della libertà oggetto di questo lavoro, reperisce nell'attività giurisdizionale, sia nazionale sia sovranazionale, il suo più stabile baluardo di difesa.

Ad esso, però, proprio in ragione della citata evoluzione della tecnica e della sua rapidità, dovrà necessariamente affiancarsi una regolazione elastica e flessibile che, grazie a disposizioni di carattere procedurale e a sistemi di attuazione condivisi fra decisori pubblici e piattaforme, garantisca un uniforme modello di disciplina, ma anche l'individuazione di nuovi strumenti giuridici, che assicurino ai singoli il reperimento di rimedi, analogamente veloci, a tutela dei diritti fondamentali.

Capitolo 1

I “volti” della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale, fra dottrina, giurisprudenza e perdurante attualità dell’art. 21 Cost.

Sommario: 1. *Internet*, Stato digitale, “Costituzionalismo digitale” e regolazione. – 2. L’art. 21 Cost.: una disposizione che guarda al futuro. – 3. I primi due “volti” della libertà di manifestazione del pensiero. – 3.1. I primi due “volti” della libertà di manifestazione del pensiero: natura e limiti fra teoria individualista e teoria funzionale. – 3.2. (*segue*) la teoria metodologica. – 3.3. (*segue*) la teoria dissociativa relativa ai contenuti della libertà di manifestazione del pensiero, la sua critica e i conseguenti interventi della giurisprudenza costituzionale. – 4. Gli altri “volti” della libertà di manifestazione del pensiero in senso attivo e in senso passivo: diritto di informare, diritto di essere informati e diritto di informarsi. – 5. *Internet* e art. 21 Cost.: le criticità determinate dall’uso di un nuovo mezzo di comunicazione.

1. *Internet, Stato digitale, “Costituzionalismo digitale” e regolazione*

L’uso della tecnologia nel settore della comunicazione e in quello dell’informazione è un fenomeno ricorrente nella storia moderna, a partire dall’invenzione della stampa, che, oltre che determinare lo sviluppo di un nuovo settore industriale, «ruppe il monopolio delle informazioni in capo a pochi privilegiati e consentì [...] l’accesso alla cultura a gruppi sempre più ampi»¹.

L’utilizzo dei mezzi di comunicazione, divenuti “di massa”, capaci di influenzare profondamente le opinioni di una quantità di soggetti

¹ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Introduzione*, Bologna, 2023, p. 35.

non determinabile, ha comportato che alla natura “liberale-individuale” della libertà di espressione si sommasse anche quella “funzionale sociale”. Se il “volto” più conosciuto di tale diritto è evidentemente il primo, il quale si ricollega alla sua origine rivoluzionaria e determina l’obbligo dello Stato di astenersi da qualunque azione che con essa possa interferire, l’evoluzione della tecnica fece palesare invece la necessità che lo Stato intervenisse, divenendo soggetto regolatore e assumesse anche il ruolo di monopolista del servizio, in modo da renderlo fruibile per tutti i consociati².

La diffusione della tecnologia digitale su larga scala ed in particolare di *Internet*, invece, ha seguito un percorso inverso, intanto perché sono stati soggetti privati a organizzare e rendere disponibile a quante più persone i nuovi servizi, realizzandosi di fatto una situazione essenzialmente contraria rispetto a prima.

In secondo luogo, perché la capacità di incisione dei nuovi mezzi di comunicazione nella vita personale e sociale assume dimensioni straordinarie, non coprendo più soltanto l’area dell’informazione, ma anche quella della elaborazione e della trasmissione delle culture³.

Gli effetti di questa situazione sono di diversa natura e si atteggiavano in maniera ambivalente, per quanto concerne le dinamiche dell’opinione pubblica e della libertà di manifestazione del pensiero⁴. In molti casi i nuovi mezzi di comunicazione e la nuova tecnologia sono stati utilizzati per promuovere l’opposizione al Governo o per sollecitare la riflessione o, più in generale, la partecipazione dei cittadini a iniziative di tipo politico; altre volte, vista la loro capacità di penetrazione, gli stessi mezzi e la stessa tecnologia è stata utilizzata per influenzare l’opinione pubblica attraverso la diffusione di false informazioni difficilmente correggibili o per rafforzare tecniche di investigazione e sorveglianza⁵.

² L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., p. 17.

³ Come autorevolmente sostenuto già nei primi anni del ventunesimo secolo, da U. DE SIERVO, *Informazione, comunicazione globale e privacy*, testo della relazione tenuta al Convegno annuale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti svoltosi a Bari, 17-18 ottobre 2003 e disponibile al link https://www.associazionedei costituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/aic200310/de siervo.html quando gli strumenti informatici, le trasformazioni tecnologiche e *Internet* si sommarono, non ancora sostituendosi, agli strumenti di comunicazione di massa.

⁴ L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 35.

⁵ Gli esempi non mancano né per i primi, né per i secondi. Si pensi alla cd. “pri-

Ancora, la riflessione sulla pervasività delle informazioni e delle opinioni che viaggiano attraverso la Rete si salda con quella relativa alla forma di Stato e alla democraticità della stessa. Non per nulla accade sovente che i *media* vengano sospesi o bloccati da regimi autoritari, al fine di impedire agli oppositori di diffondere le proprie opinioni e comunicare con i più ampi strati della popolazione⁶.

Oggi quindi accade per il *World Wide Web* ciò che nelle altre rivoluzioni industriali non era successo⁷: esso è «al tempo stesso una ca-

mavera araba” (sul tema *ex plurimis* A. MICONI, *La primavera araba, i social network, la scienza dei media. Alcune riflessioni teoriche*, in *Comunicazione politica*, 2, 2013, p. 185 e ss.) o al ricorso alla firma digitale anche quanto alla campagna referendaria del 2022 (si veda *ex plurimis* A. PERTICI, *Il referendum abrogativo e il suo procedimento, tra garanzie e ostacoli. Un bilancio complessivo*, in *Quad. cost.*, 3, 2022, p. 493 e ss.; G. SANDRUCCI, *La digitalizzazione delle firme referendarie: il caso esemplare del referendum «cannabis legale»*, *ivi*, p. 584 e ss.; F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2021, p. 344 e ss.; P. CARNEVALE, *La richiesta di referendum abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 3, 2021).

⁶ Si veda in tema *ex multis* S. ROSSETTI, *Internet e diritti umani in Russia: il quadro politico e tecnologico*, in *Cyberspazio e diritto*, 3, 2011, p. 321 e ss.; S. PIVA, *Libertà di informazione e piattaforme digitali. Questioni aperte nei paesi liberal democratici e considerazioni sulle “misure di guerra” nella Federazione Russa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, p. 184 e ss.; R. CASTELLETTI, *Putin spegne anche i social. Chiusi Facebook e Instagram*, *La Repubblica*, 12 marzo 2022, p. 12; A. URBAN, G. POLYAK, Z. SZASZ, *Hungary: Media transformation derailed*, in P. BAJOMI-LÁZÁR, (ed.) *Media in Third-Wave Democracies: Southern and Central/Eastern Europe in a Comparative Perspective*, Paris-Budapest, 2017, p. 146 e ss.; O.J. REUTER, D. SZAKONYI, *Online Social Media and Political Awareness in Authoritarian Regimes*, in *British Journal of Political Science*, 2013, p. 29 e ss.; P. LORENTZEN, *China’s Strategic Censorship*, in *American Journal of Political Science*, 2, 2014, p. 402 e ss.; C. CANNAS, *Il controllo politico di internet in Cina*, Palermo, 2012; E. BERTOLINI, *L’“apertura sorveglianza”: la via cinese alla governance e alla censura di Internet*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2008, p. 1063 e ss.

⁷ K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, 2016, afferma che ci troviamo agli albori della “quarta rivoluzione industriale”. La prima, fra la fine del XVIII e i primi decenni del XIX secolo, è stata determinata dall’invenzione del motore a scoppio ed il conseguente aumento della produzione; la seconda, nel secolo successivo, quella determinata dallo sviluppo dell’elettricità, dalla conseguente diffusione delle catene di montaggio e, dunque, delle produzioni di massa, che non richiedevano più specifiche competenze dei lavoratori; la terza cd. “informatica”, che comincia negli anni ’50 del secolo scorso con l’invenzione dei calcolatori elettronici, determinata dalla diffusione della tecnologia digitale e di *Internet*, come mezzo che rende le informazioni accessibili a tutti anche da dispositivi mobili sempre più potenti e sempre più economici (p. 20).

La quarta rivoluzione industriale appena cominciata, secondo l’A., non coinvolge

ratteristica intrinseca del potere pubblico e un fenomeno la cui regolazione è centrale per i rapporti economici e sociali complessivamente intesi»⁸.

La locuzione usata per riassumere e definire questa novità è “Stato Digitale”. L’aggettivo “digitale” si somma a quelli che hanno accompagnato l’evoluzione dello Stato, il quale certamente continua a svolgere tutte le funzioni assunte in precedenza⁹, ma con due caratteristiche nuove rispetto al passato.

La prima consegue al fatto che l’attività pubblica nel suo complesso viene trasformata, quanto a mezzi e modalità di svolgimento, dall’uso delle nuove tecnologie, che ne determinano una riarticolazione e una riorganizzazione di funzioni e strutture.

La seconda è che lo sviluppo tecnologico investe i rapporti sociali

soltanto gli strumenti di comunicazione e di produzione, come nelle precedenti, ma sta determinando dei mutamenti sociali, cambiando drasticamente il mondo in cui viviamo. I fattori che determinano l’individuazione di questa nuova rivoluzione sarebbero la velocità dell’avanzamento tecnologico, la portata e l’intensità delle innovazioni, oltre che l’impatto prodotto sui sistemi aziendali, di produzione, ma anche sociali in generale (p. 23).

La progressiva penetrazione fra realtà fisica e realtà tecnologica, secondo l’A., sarà determinata da una molteplicità di innovazioni, per esempio dall’espandersi dell’intelligenza artificiale, della robotica nelle aziende, della nanotecnologia e della biotecnologia a fini medici e sanitari.

L’A. non manca di individuare le criticità di questa rivoluzione e che attengono alla capacità della società di recepire l’innovazione tecnologica. In particolare, il grande limite è attualmente identificato nella capacità delle istituzioni, non solo a livello non solo nazionale, ma addirittura globale, di regolare i cambiamenti per guidarli (p. 91-93).

⁸L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 17.

La trasparenza della vita politica e amministrativa garantita dalle reti ricorda il “governo del potere pubblico in pubblico” di cui parlava N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 75.

⁹L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 18-19, spiega che gli «innumerevoli aggettivi che hanno accompagnato [...] il sostantivo Stato [...] non solo indica(no) di volta in volta caratteristiche diverse, ma (sono) anche utilizzat(i) per enfatizzare un aspetto che, in un dato periodo, sembra emergere come novità o divenire prevalente. [...] Ciascuna formula non indica un tipo di Stato che svolge esclusivamente quella funzione, [...] ma segnala invece o l’introduzione di nuove modalità e caratteristiche in cui si articola lo Stato» o la prevalenza di queste rispetto alle altre, senza che vi sia un fenomeno di completa sostituzione. Così il concetto di Stato di diritto è diventato essenziale nel definirlo, ma in origine segnalava il passaggio dal potere assoluto ad un potere la cui legittimazione necessita di una base legale. Analogamente lo stesso discorso può farsi per altre definizioni come “Stato imprenditore”, “Stato regolatore” o “*Welfare State*”.

ed economici in modo tale da rendere sempre più obsolete e inidonee le regole vigenti. Da qui la necessità di una nuova regolazione pubblica volta ad aggiornare le discipline esistenti, con l'introduzione di nuove regole che si adeguino alla realtà attuale¹⁰.

Nella prospettiva dello Stato-ordinamento, lo “Stato Digitale” sarebbe una forma di Stato, nella quale «i tratti salienti del modello classico, ossia il territorio, l'organizzazione del potere pubblico e lo *status* dei diversi soggetti sarebbero già incisi in modo significativo e riconoscibile dal fenomeno della digitalizzazione»¹¹.

Considerando, invece, lo Stato-apparato, per “Stato Digitale” deve intendersi quel sistema che «ha affrontato e regolato l'avvento del digitale per adeguare, migliorare o addirittura sostituire le tecniche di governo tradizionali»¹².

Seguendo la prima prospettiva, dunque, lo Stato tende a “subire” gli effetti del digitale, mentre seguendo la seconda “ambisce” a governarli e a regolarli¹³.

D'altro canto, la necessità della regolazione del fenomeno è legata a doppio filo con “l'inevitabilità della trasformazione”, che non consente più oramai di immaginare una società moderna priva dell'apporto della tecnologia nel quotidiano.

Inoltre, la dimensione globale del fenomeno, la sua velocità e il continuo aggiornamento degli strumenti, che determinano la precoce obsolescenza dei precedenti, comporta la consapevolezza che il processo di trasformazione in corso non può essere dominato col semplice aggiornamento delle regole esistenti, ma ne richiede un radicale ripensamento.

La constatazione della asimmetria fra la estrema rapidità dei tempi della trasformazione tecnologica e la lentezza dell'aggiornamento del-

¹⁰ In tema si veda anche L. TORCHIA, *Prefazione*, in V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel Piano di Ripresa e Resilienza*, Roma, 2022, p. 11 e ss.

¹¹ P. COSTANZO, *Lo “Stato digitale”*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Atti del Convegno di Genova, 18 e 19 giugno 2021, Napoli, 2022, p. 12.

¹² P. COSTANZO, *Lo “Stato digitale”*, cit., *ibidem*.

¹³ P. COSTANZO, *op. cit.*, il quale ritiene che ciò apra anche la “questione delle questioni”, cioè quella relativa a «quale sia il ruolo costituzionalmente imposto o costituzionalmente compatibile dello Stato nei confronti della cd. rivoluzione tecnologica, senza doversi smarcare dalla tradizione liberaldemocratica, nel cui solco si colloca l'ordinamento repubblicano italiano».

le regole determina in dottrina quella oscillazione, già lucidamente individuata negli anni '60 del '900 intorno allo sviluppo dei mezzi di comunicazione di massa, fra “apocalittici e integrati”¹⁴. Da un lato, coloro che sostengono la sostanziale impotenza di qualsivoglia strumento che voglia contrastare l’inarrestabile avanzamento tecnologico che compromette irrimediabilmente gli equilibri economici e sociali¹⁵; dall’altro, coloro che invece enfatizzano i benefici derivanti dalla disponibilità e dalla diffusione degli strumenti tecnologici¹⁶.

Fra le due tesi estreme appena menzionate deve però anche segnalarsi la posizione di coloro che, reputando quelle precedenti utili ai fini retorici più che ricostruttivi, ritengono invece che i problemi coinvolti dalla trasformazione tecnologica non possano essere affrontati e risolti col semplice aggiornamento degli strumenti giuridici esistenti, ma costruendo e strutturando nuove formule di regolamentazione¹⁷.

La percezione della necessità di una nuova regolazione della realtà,

¹⁴ A individuare la distinzione U. ECO, *Apocalittici e integrati. Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1964, il quale nel valutare il modo di approcciarsi al bene della cultura, divenuto in quegli anni collettivo grazie agli strumenti di comunicazione di massa, rilevava essenzialmente due atteggiamenti sociali. Quello dei cd. “apocalittici”, che consideravano la cultura come un bene esclusivamente aristocratico e, dunque, guardavano con sospetto all’innovazione apportata dagli strumenti di comunicazione, i quali avevano “banalizzato e mercificato” il canone della cultura provocando l’aberrazione culturale; e quello degli “integrati”, che invece accoglievano in modo attivo le novità della cultura di massa, cogliendone la ricchezza, apprezzandone l’allargamento dei confini e non vedendo nei nuovi strumenti di comunicazione il segno del degrado della società, bensì l’avanzamento e il progresso.

La tesi, sviluppata allora nel campo della sociologia, è oggi ripresa nel tema ci occupa da T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, 2021, p. 7-8.

¹⁵ Esprimono questa opinione *ex multis* S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019; P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018.

¹⁶ Si veda C.R. SUNSTEIN, *#Republic.com. La democrazia nell’epoca dei social media*, Bologna, 2017 e L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2018.

¹⁷ La tesi è sostenuta da L. TORCHIA, *lo Stato digitale*, cit., p. 22 e da T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati*, cit., p. 9 il quale si schiera fra gli “integrati”, ma in modo ragionevole, ritenendo che «l’indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano le libertà dell’individuo e l’utilizzo di tecnologie non può che essere strumentale a quest’obiettivo».

così profondamente modificata dall'erompere della tecnologia digitale su larga scala e la diffusione di *Internet* a livello globale, ha convinto parte della dottrina della opportunità di “rivedere” anche le categorie del costituzionalismo tradizionale¹⁸.

Tale teoria ritiene che la quarta rivoluzione industriale apra la strada ad una “nuova stagione del costituzionalismo”, qualificabile come “costituzionalismo digitale”, fondato su presupposti diversi da quelli del passato e giustificati dal grande valore che la vita digitale ha assunto nelle nostre esistenze. Esso mirerebbe ad «ampliare, a completare e a rafforzare gli strumenti del costituzionalismo tradizionale» e sarebbe un «effetto diretto delle trasformazioni che la scienza e la tecnica hanno determinato nella sfera fisica, psichica e relazionale della persona umana»¹⁹.

Poiché infatti «l'uomo contemporaneo rispetto all'uomo del passa-

¹⁸ Sulla necessità, imposta da *Internet*, di rivisitare radicalmente «l'ottica attraverso la quale guardare agli atti e ai fatti che si compiono nel cosiddetto cyberspazio» P. COSTANZO, voce *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl. – Agg.*, Torino, 2000, p. 349.

¹⁹ Così E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 955-956.

Di “costituzionalismo tecnologico” parla anche P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*. Relazione tenuta al Convegno annuale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, svoltosi a Salerno 23-24 novembre 2012, disponibile al seguente link https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2011-2018/download/mKYwckLscIngY60tELcBTRNfixJ5sghSwWKhVcISqA/Relazione%20Costanzo.pdf, p. 28. Analogamente si veda G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011. Sul “costituzionalismo digitale” in Europa si veda anche G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge, 2022.

Il “costituzionalismo digitale” sembra essere figlio legittimo di quell'idea di costituzionalismo che va *oltre* lo Stato e del quale ci parla L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017, p. 44 e ss. L'A., nell'esplorare e promuovere le potenzialità del paradigma costituzionale, valorizzandone le molteplici capacità di contenuto e le concrete possibilità di sviluppo, trova nel “costituzionalismo globale” una delle possibili espansioni del paradigma costituzionale che, pur non volendo rompere con la tradizione e con il passato, guardano al futuro. In una società globale senza regole e continuamente in frizione e tensione a causa dell'aumento delle interazioni tra i diversi soggetti sovrani, l'Autore suggerisce di abbandonare il proposito di trasporre a livello internazionale il modello statale nazionale, optando invece per una rifondazione della democrazia costituzionale mediante l'introduzione di adeguate tecniche e funzioni di garanzia (spec. p. 49). L'A. più recentemente ha sviluppato le stesse tesi in *Il futuro del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, p. 182 e ss. Analogamente L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019, p. 319 e ss.

Sul “costituzionalismo globale” anche S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 423 e ss.

to, non maneggia la tecnica, ma ne viene maneggiato»²⁰, il costituzionalismo si troverebbe ad un bivio e «deve evolvere per difenderci da quei poteri fondati su una nuova architettura tecnica»²¹.

Più specificatamente, è stato sostenuto²² che il “processo di costituzionalizzazione dell’ambiente digitale” serve a bilanciare le alterazioni dell’“equilibrio costituzionale”²³ prodotte dalle tecnologie digitali, identificando le contromisure necessarie. Non si tratterebbe quindi di un insieme di strumenti normativi concreti, ma dell’insieme di valori dai quali tali strumenti sono permeati²⁴.

Tale processo non sarebbe neppure un processo unitario, ma coinvolgerebbe diversi attori: non solo quelli istituzionali nella loro dimensione nazionale, regionale o internazionale, ma anche attori privati²⁵.

È vero anche che la tesi che propone l’adeguamento del costituzionalismo alle nuove sfide provenienti dal digitale trova degli oppositori in dottrina, fra coloro che ritengono «la regolazione dell’innovazione scientifico-tecnologica è soprattutto regolazione degli effetti, dunque successiva» al verificarsi in concreto delle innovazioni²⁶.

Per questo, dovendosi salvaguardare le categorie tradizionali del costituzionalismo, secondo alcuni il “costituzionalismo digitale” sa-

²⁰ E. LONGO, *La giustizia nell’era digitale*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Atti del Convegno di Genova, 18 e 19 giugno 2021, Napoli, 2022, p. 162, il quale riprende A. GEHLEN, *L’uomo nell’era della tecnica. Problemi socio-psicologici della civiltà industriale*, Roma, 2003.

²¹ E. LONGO, *La giustizia nell’era digitale*, cit., p. 162. Analogamente A. VENANZONI, *La valle perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, in *Pol. Dir.*, 2, 2019, p. 237 e ss.

²² E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law*, vol. 33, 1, 2019, p. 88 e 93.

²³ S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica Del Diritto*, 3, 2010, p. 337 e ss., sostiene che si tratti di veri e propri sconvolgimenti costituzionali.

²⁴ E. CELESTE, *Digital Constitutionalism*, cit., p. 99 ritiene che ciò non comporti necessariamente una nuova codificazione o più in generale una formalizzazione di tali istituti in testi giuridici vincolanti.

²⁵ E. CELESTE, *op. cit.*, p. 99 suggerisce che «la ricerca futura dovrebbe iniziare ad analizzare e confrontare le diverse forme attraverso, le quali sta avvenendo il processo di costituzionalizzazione dell’ambiente digitale», al fine di comprendere le ragioni che ne comportano lo svolgimento in contesti non tradizionali.

²⁶ M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale*, cit., p. 492.

rebbe un «azzardo, di dubbia utilità sul piano dell'inquadramento dommatico dei problemi» e andrebbe preferito un «costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini»²⁷.

Secondo altri sarebbe un abuso di denominazione, dotata di «carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali, di cui si presuppone una inadeguatezza». In tal senso, essi ritengono che più che di «uno sfuggente “costituzionalismo digitale” abbiamo bisogno di una politica autenticamente costituzionale, che non inseguia la realtà, ma la orienti»²⁸ e che sia necessario che «la protezione dei beni costituzionali, così come la tutela della libertà [...], vengano progressivamente anticipati rispetto alla produzione delle applicazioni tecnologiche»²⁹.

La riflessione di altra parte della dottrina però pare portarci, ancora oltre il “Costituzionalismo digitale” verso “la Costituzione dell’Algoritmo”³⁰, evidenziando che la “Costituzione analogica” regola «un mondo che in parte non esiste più o è divenuto socialmente irrilevante» ed è necessario invece «analizzare la realtà digitale dal punto di vista delle rotture che essa sta generando e che hanno una dimensione costituzionale», al fine di «proporre soluzioni che permettano di mitigare tali rotture e facilitino una risposta costituzionale»³¹.

²⁷ M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, cit., p. 497-498, che giustifica questa preferenza con la constatazione che gli Stati restano comunque gli attori della globalizzazione, sebbene la abbiano poco regolata. Le stesse idee si ritrovano in ID., *L'anti-sovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 165 e 171 e ss. e in ID., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1643 e ss. Concorda con questa tesi anche G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto Costituzionale*, 1, 2023, p. 41 e p. 52-54.

²⁸ M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *op. cit.*, p. 65 e più recentemente ID., *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, p. 98-99, che definisce il “Costituzionalismo digitale” un «costituzionalismo senza costituzioni».

²⁹ A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, p. 103.

³⁰ F. BALAGUER CALLEJON, *La Constitucion de l'algoritmo*, Zaragoza, 2023.

³¹ F. BALAGUER CALLEJON, *La Constitucion de l'algoritmo*, cit., p. 16-17, in tal senso riflette sulle nuove esigenze costituzionali, ma anche vede nell'algoritmo il fondamento di una nuova realtà e quindi di nuove strutture giuridiche.

2. *L'art. 21 Cost.: una disposizione che guarda al futuro*

Lo studio della libertà di espressione in era digitale deve necessariamente prendere le mosse da alcuni cenni preliminari sulle sue origini e sulla sua evoluzione in era analogica, avendo necessariamente nell'art. 21 della Costituzione il centro propulsore delle successive riflessioni. In questa disposizione, infatti, attenta dottrina ha individuato quella caratteristica di resistenza nel tempo e alle evoluzioni sociali e tecnologiche che, invero, si riconosce alla nostra Carta fondamentale, valutata nella sua complessità³².

Dal punto di vista evolutivo, la libertà di espressione o di manifestazione del pensiero costituisce il punto di arrivo di quella fiorente tradizione costituzionale che ha determinato prima la nascita dello Stato liberale³³ e poi la sua evoluzione in Stato di democrazia pluralista³⁴. Anzi, secondo autorevole dottrina, esiste una stretta interdipen-

³² M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019, p. 261.

³³ Come è noto, la libertà di espressione si è originariamente affermata nel XVII secolo in Inghilterra, dapprima come *freedom of speech* all'interno del Parlamento. Successivamente è stata riconosciuta ai singoli cittadini e affermata, con i modi di certo più estremi delle grandi rivoluzioni del '700, nelle loro solenni dichiarazioni. Ci si riferisce evidentemente all'art. 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 «*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi*» ed al I emendamento della Costituzione degli Stati Uniti del 1791 «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».

Come rilevato da M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 280, ciò mette in evidenza l'idea che ispirerà tutto il successivo costituzionalismo liberale, e cioè che «l'individuo viene riconosciuto come soggetto autonomo, protetto dalle pretese di verità cui lo Stato tende a farsi portatore».

A tale modello liberale si richiamava anche l'art. 28 dello Statuto albertino che non contemplava espressamente tale libertà, ma solo quella della stampa, individuando nella riserva di legge e nel divieto di interventi pubblici di carattere preventivo le garanzie di tutela. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2022, p. 39, scorgono in questi strumenti giuridici di tutela un chiaro collegamento col modello francese della libertà di espressione. *Ampliter* in tema di libertà di stampa nello Statuto albertino G. ARANGIO-RUIZ, *Il diritto di stampa*, Modena, 1905.

³⁴ Ancor prima di esso, si ricordi la Costituzione di Weimar, fu la prima in Europa ad aver inserito nel catalogo dei diritti insieme alle libertà di stampa liberale, anche i

denza fra la forma di Stato liberale e tale libertà³⁵, posto che essa «costituisce lo specchio dei mutamenti [...] che si sono venuti allora determinando nella struttura dei rapporti fra poteri pubblici»³⁶.

Nell'ordinamento costituzionale italiano l'art. 21 Cost. esprime la volontà del Costituente di tornare, dopo il periodo autoritario, ad una disciplina di stampo eminentemente liberale, che avrebbe trovato solido appiglio nelle nuove garanzie della rigidità costituzionale e del sindacato di legittimità.

Sebbene fosse evidente che la cristallizzazione della libertà di manifestazione del pensiero nell'art. 21 costituisse di per sé un passo in avanti molto più ampio di quanto il suo disposto formale potesse restituire³⁷, la disposizione fu presto tacciata di miopia sia in riferimento alla mancata considerazione degli altri mezzi di diffusione del pensiero, diversi dalla stampa, che si stavano progressivamente affermando (la radio per esempio, ma anche il cinema), sia per la mancata disci-

diritti sociali, dando inizio alla dottrina tedesca del *Grundrechte* come struttura composta non solo dai diritti di natura individuale e “di difesa” (*Abwehrrechte*) dalle ingerenze dei poteri pubblici, ma anche come diritti di “orientamento positivo”. Il suo art. 118, infatti, proclamava la libertà di manifestazione del pensiero, da un lato riconoscendone piena titolarità al cittadino e, dall'altro, riservando al Legislatore di disporre i limiti. In tema si veda P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006, p. 82 e ss. e ID., *La Costituzione di Weimar come “esperienza” e come “paradigma*, in *Rivista AIC*, 2014, 2, 18.

Celebre è il dibattito che ai tempi della entrata in vigore della Costituzione di Weimar vide contrapposte le tesi di Schmitt e Smend in tema di diritti fondamentali. Il primo sostenitore dell'idea per la quale l'essenza dei diritti fondamentali è solo quella di essere “di difesa”, cioè “contro lo Stato (si veda C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 164); il secondo invece coglieva non soltanto l'inadeguatezza del formalismo tecnicistico sottostante alla dogmatica dell'*Abwehrrecht*, ma soprattutto la natura innovativa della integrazione weimariana del catalogo dei diritti con quelli sociali, che era consistita nella loro estensione a più larghi strati della popolazione e nell'assunto che essi garantiscono sfere di libertà effettiva, reale e non meramente formale (si veda R. SMEND, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* e ID., *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), entrambi i saggi contenuti in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 2010, rispettivamente p. 307 e p. 267).

³⁵ *Ex plurimis* P. BARILE, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 425 e P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, 2019, p. 17 e ss.

³⁶ A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, p. 452.

³⁷ M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 261.

plina di altri profili che della stessa sono parte (per esempio la diritto di informazione e il suo corrispettivo in senso passivo diritto di essere informati)³⁸.

Ne è derivata una disposizione costituzionale dalle “fattezze codicistiche”, lunga e molto dettagliata, che vuole garantire così il più ampio margine di tutela e fissare alcuni capisaldi che per lo più riguardano la stampa, allora mezzo prevalente (per non dire esclusivo) di diffusione del pensiero, il cui regime dunque viene assunto come “statuto costituzionale” della libertà di espressione³⁹.

Gli strumenti costituzionali posti a tutela di questa libertà, come il divieto tipicamente individualista e liberale imposto al legislatore di introdurre autorizzazioni o censure (co. I), la riserva di legge rinforzata per contenuto e, ad ulteriore rinforzo, la riserva di giurisdizione per la definizione dei casi in cui è possibile procedere al sequestro, restituiscono l’idea della ampiezza della protezione ad essa accordata dalla Costituzione. Questa ampiezza è viepiù evidente se raffrontata con l’unico limite esplicito previsto (cioè quello del buon costume di cui al co. 6) e con gli altri limiti impliciti, che possono derivare da altri interessi costituzionalmente rilevanti cui l’ordinamento offre tutela⁴⁰.

³⁸ Così L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d’informazione nell’ordinamento giuridico italiano*, in ID. (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino, 1979, p. 4-7, che sosteneva che «in sede costituzionale i fenomeni dell’informazione continuano ad essere largamente sottovalutati».

Sotto quest’ultimo aspetto deve rilevarsi che, sebbene alcuni costituenti avessero manifestato le loro preoccupazioni in ordine alla mancanza di una disciplina posta a tutela dei soggetti che ricevono le informazioni e ai possibili effetti distorsivi derivanti dal non corretto utilizzo delle fonti di informazione, dei mezzi e del relativo finanziamento, ricordando il regime autoritario, si preferì non introdurre alcuna forma di ulteriore controllo, percepito come potenzialmente pericoloso, e di conferire allo Stato un ruolo essenzialmente astensionista nel settore dell’informazione. Sul punto si veda anche A. BARBERA, *Commento all’art 2 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, p. 53-54. Sui lavori in Assemblea costituente e sulle diverse posizioni emerse P. COSTANZO, voce *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 13 e ID., *Stampa (libertà di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, Torino 1999, p. 525 e ss.; U. DE SIERVO, voce *Stampa (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1990, p. 588.

³⁹ Così M. BASSINI, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁰ Per esempio, è il caso della tutela della reputazione offerta dalla previsione del reato di diffamazione di cui all’art. 595 c.p., della tutela del diritto d’autore e della protezione dei dati personali. Relativamente a questi ultimi si veda *infra* cap. 4.

Nonostante ciò, è la formula generica e inclusiva del primo comma dell'art. 21 a dimostrare che la Costituzione ci vede benissimo anche da lontano. Proclamando che tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con ogni mezzo costruisce un ponte che si proietta verso il futuro, si adegua al progresso tecnico e tecnologico dei mezzi di comunicazione e garantisce la sua interpretabilità in senso evolutivo.

3. I primi due “volti” della libertà di manifestazione del pensiero

3.1. I primi due “volti” della libertà di manifestazione del pensiero: natura e limiti fra teoria individualistica e teoria funzionale

Il dibattito in dottrina sulla natura dell'art. 21 della Costituzione si è sviluppato essenzialmente intorno a due diverse teorie.

La prima di stampo eminentemente liberale legata alla tradizione dei diritti in senso esclusivamente individuale e soggettivo, come pretese del singolo alla astensione dello Stato da ogni intervento limitativo. La seconda, invece, ne evidenzia la dimensione “funzionale” nel senso di strumenti di partecipazione, volti alla compiuta realizzazione del nuovo sistema democratico⁴¹.

Dalla lettura del disposto costituzionale appare, dunque, evidente che in Assemblea costituente sia prevalsa la lettura liberale del diritto in questione, quella che pone l'accento sul rapporto verticale fra l'apparato pubblico e il privato, mettendo al centro quest'ultimo e obbligando il primo ad astenersi dall'intervenire. Nulla pare trasparire della sua “dimensione partecipativa”, di strumento volto alla compiuta realizzazione del sistema democratico⁴².

Invero, della possibile doppia lettura, di questi primi due “volti”, della libertà di manifestazione del pensiero si erano già accorti i grandi

⁴¹ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, 309 e si veda anche P. CARETTI, *Commento all'art. 8, commi 1-11, della l. 6 agosto 1990 n. 223*, in E. ROPPO, R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991. Esprime attenzione per l'indubbio rilievo che questo diritto presenta ai fini della determinazione della forma di Stato, L. PALADIN, *op. cit.*, p. 5. Analogamente si esprimeva G. CUOMO, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 1956, p. 26 e S. RODOTÀ, *La circolazione delle informazioni nell'apparato di governo*, Milano, 1977, p. 63 e ss.

⁴² Così P. CARETTI, A. CARDONE, *op. cit.*, p. 20.

maestri del diritto costituzionale, che all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione avevano animato il dibattito sul tema.

Infatti, la primissima dottrina, che ebbe ad analizzare il nuovo "oggetto giuridico", che allora era la libertà di manifestazione del pensiero, sotto le (mentite) spoglie della libertà di stampa, espresse due teorie, che rispecchiano la sua natura bivalente.

Una prima ne esaltava la concezione "negativa", di garanzia contro ogni intervento dei pubblici poteri e dei privati tendenti a impedire o anche solo limitare il diritto di comunicare, sostenendo le proprie idee in contraddittorio con altri⁴³. L'aspetto individualistico di questa libertà trovava il suo fondamento nel principio personalistico espresso dall'art. 2 Cost. e, conseguenzialmente, nell'inviolabilità dei diritti attribuiti all'uomo⁴⁴.

La stessa autorevole dottrina, sostenitrice della tesi individualista, avvertiva però la necessità di accordare tale illimitabile diritto individuale con «l'impiego di mezzi di propaganda che offendano (la persona) nella sua più elevata espressione, quella cioè che ha sede nel pensiero, turbandone la retta formazione»⁴⁵.

Armonizzare queste esigenze risultava, infatti, alquanto problematico nelle democrazie moderne, che vedevano per la prima volta la partecipazione alla vita pubblica di tutti i cittadini e la contemporanea moltiplicazione dei mezzi di diffusione del pensiero⁴⁶. Dunque, pur apparendo «evidente la necessità di un limite alla libertà di stampa, arduo diviene determinare il criterio, scegliere l'organo che deve farlo valere, predisporre i mezzi per realizzarlo»⁴⁷.

⁴³ A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, p. 49.

⁴⁴ In critica alla tesi appena espressa P. BARILE, voce *Libertà di manifestazione*, cit., p. 428, rilevava che nessuna menzione veniva fatta della collettività che avrebbe potuto condizionare i diritti medesimi. In questo riprendendo P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 55.

⁴⁵ C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Cronache sociali*, 1947, p. 202.

⁴⁶ C. MORTATI, *La libertà di stampa*, cit., p. 202, evidenziava la contraddizione insita nelle democrazie di massa, nelle quali la formazione delle idee necessita di una moltiplicazione dei mezzi di comunicazione, la quale recava il pericolo «dell'infiltrarsi dell'errore, (poiché) laddove meno penetrante è il senso critico, meno facile il controllo dell'esattezza dell'informazione [...] ed invece più agevole l'irrompere della passione, l'impulso della reazione incontrollata».

⁴⁷ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 202.

Per questo motivo la stessa autorevole dottrina, pur reperendo nella riserva di legge il possibile strumento giuridico limitativo della libertà, sottolineava che l'ambito ad essa "consentito" (verbo che evidentemente sottolinea l'eccezionalità di tale intervento) doveva essere «delimitato dalla necessità di garantire le condizioni di formazione del normale convincimento, di preservare la dignità della ragione dall'inganno, dalla violenza, dall'oltraggio, dalla seminazione dell'odio, che [...] tende a scalzare alla radice il metodo della libera e pacifica discussione, al cui mantenimento tende ogni regime democratico»⁴⁸.

Ciò che la teoria in discorso sostiene è la necessità di evitare che gli strumenti limitativi, sebbene riservati alla legge, non divengano *instrumentum regni* del governo o della maggioranza⁴⁹.

A questa teoria ben presto furono mosse pesanti critiche da parte di quella dottrina egualmente autorevole che prospettava tale libertà come "garanzia sociale" di partecipazione⁵⁰: in tal senso la libertà di manifestazione del pensiero sarebbe una libertà positiva, mezzo di arricchimento della società, grazie all'apporto del singolo e all'integrazione culturale che ne deriva⁵¹. Libertà di manifestazione del pensiero è dunque una "libertà funzionale", che consegue anche da una necessità dell'ordinamento, oltre che dall'interesse del singolo individuo.

Tale dottrina parte dalla constatazione che il diritto e l'ordinamento siano mutevoli, perché «la imposizione di una regola giuridica come obbligatoria non significa l'asserzione della verità assoluta del principio sottostante, ma bensì l'affermarsi di un principio pratico contingentemente persuasivo, ma non assolutamente vero, subiettivamente fondato e non apoditticamente certo». Conseguentemente le regole sulla produzione del diritto costituiscono «un invito a tutti ad offrire

⁴⁸ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁹ Evidente è appunto il ricordo del regime autoritario appena lasciato alle spalle, tanto che viene descritto come tormentoso il dilemma che si pone al legislatore fra lasciare circolare uno scritto offensivo, col rischio che «diffonda i suoi germi venefici per tutto il periodo, a volte non breve, necessario all'accertamento definitivo della violazione» o impedirla preventivamente col rischio opposto che non trovi diffusione una opinione non illecita (C. MORTATI, *op. cit.*, p. 203).

⁵⁰ La teoria trova il suo primo esponente in C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.

⁵¹ Si esprime così P. BARILE, *op. cit.*, p. 428.

ogni elemento direttamente o indirettamente utile al miglioramento delle regole giuridiche e della loro applicazione»⁵².

Così questa libertà non può considerarsi nascere dall'idea della contrapposizione fra individuo e Stato, perché il rapporto fra l'uno e l'altro è piuttosto «quello della parte col tutto, quello della comunità col partecipe» e perciò «non solo l'adempimento dei doveri, ma anche l'esercizio delle libertà sia un modo di partecipazione alla vita dello Stato»⁵³.

La struttura del diritto di manifestazione del pensiero è quindi intimamente sociale, poiché esso si svolge fra una pluralità di soggetti, in una collettività⁵⁴. Il suo significato, infatti, non può essere colto pienamente, finché ci si soffermi esclusivamente su ciò che esso significhi per l'individuo, ma quando si stabilisca anche «che cosa significhi per le persone collegate e perciò, ove si svolgano entro la comunità statale, che cosa significhi per lo Stato»⁵⁵.

Il fondamento di questa teoria si rinviene nella premessa logica per la quale esiste un legame fra questa libertà e la struttura dell'ordinamento giuridico, sulla scorta dell'idea romaniana per la quale esso non è soltanto un insieme di disposizioni imposte, ma anche concreta e durevole organizzazione di una comunità. Conseguenzialmente esistono diritti che sono riconosciuti al singolo in quanto tale e a suo esclusivo vantaggio, ma esistono anche dei diritti che sono sì attribuiti al singolo, ma in quanto membro della comunità⁵⁶.

Esiste dunque un nesso fra libertà di manifestazione del pensiero e democraticità dello Stato, poiché essa è essenzialmente diretta a garantire ai singoli la possibilità di concorrere alla determinazione della politica nazionale⁵⁷. Se infatti uno Stato non democratico può condizionarne funzione e limiti, «le ragioni ideali del riconoscimento (della

⁵² C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 3.

⁵³ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁴ La tesi della natura plurale della libertà di manifestazione del pensiero era già stata indagata dalla dottrina straniera del tempo. Si veda H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, in F.L. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, O. BACHOF, *Die Grundrechte. Handbuch der theorie und praxis der Grundrechte*, II, Berlin, 1954, p. 248 e ss., spec. p. 275.

⁵⁵ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 8-9.

⁵⁷ La tesi era sostenuta oltre che da H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, cit., p. 257 anche da G. CUOMO, *La libertà di stampa*, cit., p. 164.

libertà di espressione) portano tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico»⁵⁸.

L'angolo di visuale, attraverso il quale la teoria funzionale esamina la libertà di espressione, risulta ribaltato: non è la democraticità dell'ordinamento costituzionale a fare da fondamento alla libertà di espressione, ma, al contrario, il sistema costituzionale è democratico anche grazie alla libertà di espressione, che consente di guardare in un "modo nuovo" alla forma di Stato, al rapporto fra governanti e governati, nel quale i secondi hanno la possibilità di concorrere alla formazione della volontà collettiva.

La concezione funzionale della libertà di espressione consente, quindi, di identificare in un unico soggetto la funzione di governante e la funzione di governato, in una visione in cui tutti i sudditi risultano «membri di un grande Parlamento, che con le sue manifestazioni del pensiero dovrebbe determinare le decisioni e le direttive dell'ordinamento»⁵⁹.

Ne deriva anche una diversa individuazione dei possibili limiti imponibili al diritto in esame. Infatti, se tutte le manifestazioni del pensiero sono un «modo di partecipare alla formazione dei principi dell'ordinamento» e se tutti "i sudditi" sono «membri di un grande Parlamento che con le sue manifestazioni del pensiero dovrebbe determinare le decisioni e le direttive dell'ordinamento» stesso, ne deriva che «è giustificata tale penetrante regolamentazione del modo di esercizio della libertà da renderla adeguata al fine»⁶⁰.

Se la libertà di espressione è legata a doppio filo con i principi dell'ordinamento costituzionale, cui deve restare fedele, essa non potrà andare contro la pace sociale. Conseguentemente allora non saranno necessarie norme costituzionali, che autorizzino le leggi a disporre limiti che abbiano ad oggetto l'ordine pubblico o il dovere di fedeltà ai principi fondamentali dello Stato⁶¹.

⁵⁸ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁹ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁰ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 6-7, il quale ribadisce anche che «la contemporanea sussistenza delle due qualifiche di sottoposto e governante in ogni soggetto può giustificare ogni limite alla libertà, poiché garantita ad un governante che contemporaneamente è sottoposto, e anzi governa perché sottoposto».

⁶¹ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 48-49, il quale conseguentemente afferma che, laddove si ritenesse di concepire la libertà di espressione in senso individuale, allora il

3.2. (segue) *la teoria metodologica*

Entrambe le teorie sulla natura della libertà di manifestazione del pensiero, e quella individualista e quella funzionale, hanno certamente subito delle evoluzioni, dovute fra l'altro all'avanzamento della tecnica e al conseguente progredire degli strumenti e dei mezzi attraverso i quali tale libertà si esprime.

Così non è mancato chi in dottrina rilevasse che la qualificazione in senso funzionale della libertà di manifestazione del pensiero nascesse dall'equivoco «di negare la rilevanza e la portata discriminatoria del “mezzo” attraverso cui si diffonde il pensiero»⁶². In particolare, tale orientamento ritiene che una cosa sia la libertà di manifestare il pensiero, disciplinata appunto dall'art. 21 Cost., che ha natura individuale, un'altra cosa sia il diritto di informazione che, attraverso l'uso di determinanti mezzi come la stampa periodica o i mezzi di comunicazione di massa, ha certamente natura funzionale e deve essere svolto nell'interesse della comunità⁶³.

limite dell'ordine pubblico e della difesa dei principi dell'ordinamento dovrebbe necessariamente essere imposto dall'esterno. Sul punto non concorda P. BARILE, *op. cit.*, p. 429.

Si deve tenere presente che tale concezione comportò anche da parte di alcuni l'irrigidimento nella individuazione dei limiti alla libertà in parola. Si veda per esempio G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, p. 9, il quale riteneva che potessero essere legittimi limiti volti a «non turbare l'equilibrio sociale».

Per completezza deve anche citarsi la teoria, rimasta assolutamente minoritaria secondo la quale la libertà di manifestazione del pensiero sia un interesse legittimo, fondata essenzialmente sulla previsione di cui allo stesso art. 21 dell'intervento della Autorità pubblica al fine di adottare misure preventive a tutela del buon costume (si veda S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, p. 247 e ss.). A confutare questa teoria la constatazione di C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, voce in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 3, il quale sostiene che in questo caso il potere della Autorità non sarebbe un potere pieno espresso in un atto di natura provvedimentoale, poiché esso non ha alcun effetto derogatorio della competenza naturale del giudice ordinario.

⁶² Si esprime così C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero*, cit., p. 3. Sul punto S. FOIS, voce *Giornalisti (ordine dei)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 712, riteneva inaccettabile ogni funzionalizzazione del mezzo della stampa.

⁶³ Così C. CHIOLA, *op. cit.*, p. 3-4, il quale sostiene che evidentemente l'equivoco derivi dal diverso oggetto e dalla diversa natura del diritto alla stampa e della libertà di manifestazione del pensiero. Lo stesso A. ritiene che fra i mezzi di diffusione del pensiero la posizione della stampa debba essere distinta da quella dei *mass media*,

D'altro canto, i medesimi autori, riducendo la funzione "sociale" della libertà di stampa a mera definizione volta a evidenziare il collegamento fra organi di stampa e collettività, ritengono che tale carattere non escluda la possibilità di imporre limiti a tutela dell'interesse pubblico di cui essa è portatrice⁶⁴.

Deve ricordarsi, altresì, che in tema autorevole dottrina ha, più radicalmente, ritenuto di non poter riconoscere natura "sociale" neppure alla libertà di stampa, considerando che tale qualifica sia un espediente nominalistico finalizzato ad attenuare le conseguenze limitative che discendono dal riconoscimento di servizio pubblico a mezzo di informazione⁶⁵.

Di contro, la dottrina a sostegno della tesi funzionale⁶⁶ ha avuto modo di ribadire, insieme con la giurisprudenza costituzionale⁶⁷, che la libertà di manifestazione del pensiero costituisce la "pietra angolare" e il "cardine" del regime di democrazia garantito dalla Costituzione, assicurando anche l'esistenza di tutti gli altri diritti⁶⁸. Ne deriva

poiché solo per la prima «la Costituzione impone la riserva del mezzo all'iniziativa privata». In tema anche G. CUOMO, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁴ Così C. CHIOLA, *op. cit.*, p. 4, cfr. *contra* A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Democrazia e diritto*, 1976, p. 300.

⁶⁵ L. PALADIN, *op. cit.*, p. 52-53. Fra i sostenitori della tesi individualistica G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1953, p. 409 e ss.; V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà di informazione*, in *Il politico*, 1964, p. 285 e ss., spec. p. 292; G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della legge 3 febbraio 1963, n. 69*, in *Giur. Cost.*, 1968, p. 342 e ss.; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione*, in *Quad. cost.*, 1987, p. 13 e ss.

⁶⁶ *Ex plurimis* G. AMATO, voce *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 272 e ss.; A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali*, cit., p. 265 e ss. e *Id.*, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT e USA)*, in *Pol. Dir.*, 1986, p. 586; A. BARBERA, *La libertà fra "diritti" e istituzioni*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977, p. 24 e ss.; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. Libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; P. BARILE, *op. cit.*, p. 424 e ss.

⁶⁷ *Ex multis* Corte cost., 9 febbraio 1965, n. 9; Corte cost., 6 aprile 1965, n. 25; Corte cost., 23 marzo 1968, n. 11; Corte cost., 10 luglio 1968, n. 98; Corte cost., 17 aprile 1969, n. 84; Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168; Corte cost., 29 aprile 1985, n. 126.

⁶⁸ A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 37, sebbene venga ribadita la insostenibilità della tesi che, sulla scorta delle diverse tutele riconosciute in Costituzione ai diversi diritti, istituisce una gerarchia fra gli stessi. Sul punto A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 325 e ss.

conseguenzialmente che, poiché essa contribuisce a caratterizzare in senso democratico la forma di Stato⁶⁹, non solo lo Stato ha il dovere di garantirla come tutti gli altri diritti inviolabili, ma è per di più insopprimibile ai sensi dell'art. 139 Cost.⁷⁰.

Da ciò discende che i limiti alla libertà di espressione non solo dovranno trovare fondamento nelle disposizioni costituzionali⁷¹, ma dovranno anche essere regolamentati dal legislatore e non implicitamente dedotti⁷².

A tal proposito, questa dottrina sembra trovare sostegno nella giurisprudenza costituzionale, che è oramai del tutto stabile nell'affermare che è negato al legislatore il potere di restringere in modo autonomo la libertà in esame, adducendo l'esistenza di limiti "immanenti", ancorché finalizzati alla tutela del regime democratico⁷³.

⁶⁹ A. PACE, M. MANETTI, *op. cit.*, p. 39 evidenziano il legame fra libertà di manifestazione del pensiero e forma di Stato democratico, rilevando come nella nostra Costituzione non esistono disposizioni che ne finalizzano l'esercizio al perseguimento di determinati valori politici. Sul valore fondante della libertà di manifestazione del pensiero rispetto al principio democratico, insieme a A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto d'informazione nelle democrazie contemporanee*, in *Pol. Dir.*, 1986, p. 584 anche M. LUCIANI, *La libertà d'informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 1989, p. 606.

⁷⁰ A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 45 e ss.

⁷¹ Come appunto affermava C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 10.

⁷² Così A. PACE, M. MANETTI, *op. cit.*, p. 41, ma anche PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 332; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, p. 102 e ss. e M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2006, p. 767 e ss.

Riteneva invece che essi potessero essere implicitamente dedotti dalla natura funzionalmente democratica della libertà di espressione A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Bari, 2004, p. 68.

⁷³ La giurisprudenza costituzionale, infatti, superata una prima fase in cui sembrava giustificare ogni tipo di limite alla libertà di espressione, pur non costituzionalmente previsto, in quanto comunque "immanente" in qualsiasi diritto, si era progressivamente orientata nell'individuazione del positivo fondamento costituzionale dei limiti di volta in volta posti dal legislatore (si vedano *ex multis* Corte cost., 21 novembre 1968, n. 120; Corte cost., 12 aprile 1973 n. 38; Corte cost., 30 maggio 1974, n. 106; Corte cost., 9 marzo 1976, n. 123 e Corte cost., 29 gennaio 1981, n. 6). Così anche A. PACE, M. MANETTI, *op. cit.*, p. 45. *Contra* sostiene la tesi dell'immanenza dei limiti della libertà di manifestazione del pensiero, in quanto collegata al regime democratico A. CERRI, *Libertà negativa di manifestazione del pensiero e*

La teoria funzionale espositiana ha quindi subito negli anni una evoluzione, costituendo dapprima una premessa metodologica per la ricostruzione della libertà di espressione legata a doppio filo con la forma di Stato e per il riconoscimento di limiti anche implicitamente desumibili dal testo costituzionale. Poi in un secondo momento, si è successivamente affinata, dando avvio ad una fase nella quale il metodo testuale-sistematico, fondato su «sperimentate “categorie” interpretative»⁷⁴, vincola l'interprete all'individuazione dei limiti alla libertà di espressione.

Si deve rilevare però che più di recente a questo nuovo approccio alla libertà di espressione sono state rivolte critiche da parte di coloro che hanno rilevato che, all'originario orientamento valoriale del diritto, sia stata affiancata un'accezione formale dello stesso che lo concepisce invece come situazione soggettiva cristallizzata in Costituzione⁷⁵.

Per ovviare a questi problemi ecco che allora si affaccia sul panorama dottrinario una teoria sulla libertà di espressione, che potrebbe definirsi intermedia fra le due sopra menzionate, secondo la quale l'art. 21 Cost. non dovrebbe essere inteso né in senso formale-negativo, né in senso sostanziale-positivo, ma esso determinerebbe piuttosto un criterio normativo «capace di definire [...] quali manifestazioni possono essere vietate dal legislatore ordinario e quali invece non possono essere vietate senza contraddire la Costituzione»⁷⁶. I confini del diritto in questione sarebbero allora determinabili induttivamente, sulla base del peculiare assetto del sistema politico e sociale⁷⁷.

di comunicazione. Diritto alla riservatezza e: fondamento e limiti, in Giur. Cost. 1974, p. 621 e ss.

⁷⁴ Così A. PACE, M. MANETTI, *op. cit.*, p. 5 e M. MAZZOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *In onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 184, p. 517 e ss.

⁷⁵ In tal senso C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, p. 94 e ss., il quale afferma che in questo modo vengono individuate «eccezioni alla regola costituzionale basate su una pre-comprensione materiale dei molteplici valori desumibili dalla Carta costituzionale» con una «individuazione fortemente “soggettivistica” dei limiti, legati come sono alla particolare lettura che l'interprete dà ad un testo costituzionale aperto e orientato verso una pluralità di valori» come appunto è l'art. 21 Cost.

⁷⁶ S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 37.

⁷⁷ S. FOIS, *op. cit.*, p. 71, sosteneva che in un sistema sociale poco omogeneo co-

Il pregio di questa elaborazione è quindi quello di evitare i radicalismi in cui erano scivolate la teoria individualistica e quella funzionale, ponendo davvero in evidenza il nesso fra il sistema politico, istituzionale e valoriale della società (i.e. la forma di stato democratica) e la libertà di manifestazione del pensiero, in modo che essa svolga «la funzione di collocare l'individuo all'interno del concreto funzionamento dell'ordinamento democratico»⁷⁸.

Questa visione inaugura un nuovo approccio all'indagine sulla natura della libertà di espressione, che parte anche essa dalla idea per la quale «la garanzia di buon funzionamento del sistema poggia proprio sulla più ampia libertà di manifestazione del pensiero, essendo essa che alimenta la forza sociale di base, che è la pubblica opinione»⁷⁹, ma che da ciò non fa derivare una «delimitazione sostanziale a tutela della ideologia dominante»⁸⁰.

Piuttosto esso guarda alla teoria funzionale in senso “metodologico”⁸¹, prescindendo «da ogni preclusione di contenuti» e ponendo la diffusione di ogni pensiero e ideologia come «momento irrinunciabile del metodo democratico»⁸².

Questa visione della libertà di manifestazione del pensiero consente di ammettere in quanto legittime tutte le espressioni, anche le più estreme, sulla scorta dell'idea per la quale la tolleranza è la migliore garanzia avverso le involuzioni dell'ordinamento democratico⁸³.

me quello italiano le garanzie poste dalla Costituzione in tema di libertà di espressione svolgessero la funzione di tutela delle minoranze, in modo che esse possano orientare l'opinione pubblica e aumentare la loro forza politica sino eventualmente al punto di diventare maggioranza (spec. p. 78).

⁷⁸ C. CARUSO, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960, p. 972.

⁸⁰ P. BARILE, *op. cit.*, p. 429.

⁸¹ Approccio fatto proprio oltre che da P. BARILE, *op. cit.*, e ampliter ID., *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 9 e ss. anche da A. DI GIOVINE, *I confini della libertà*, cit., p. 100 e ss., M. LUCIANI, *La libertà d'informazione*, cit., p. 613.

⁸² C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970, p. 465. Secondo A. BALDASSARRE, voce *Libertà I) problemi generali*, in *Enc. Giur.*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 15, il rapporto fra libertà di espressione e democrazia ha infatti un significato “strategico valoriale”.

⁸³ C. CARUSO, *op. cit.*, p. 98, definisce la libertà di manifestazione del pensiero come la “valvola di sfogo” delle pulsioni eversive presenti nel sistema, riprendendo, fra gli altri, anche il pensiero di L. BOLLINGER, *The tolerant society*, (1986), *La società tollerante* (trad. it.), Milano, 1992, spec. p. 244-245.

Il pregio dell'approccio metodologico alla indagine sulla natura della libertà di manifestazione del pensiero è quindi quello di allontanarsi dagli aspetti eccessivamente formali della teoria funzionale, sebbene anche ad esso siano state mosse delle critiche di non poco momento.

Tali critiche muovono dalla considerazione della inammissibilità di fatto di tutte le forme di espressione, poiché anche nell'ordinamento più aperto ai mutamenti sociali, «l'unico vero limite logico è quel più sicuro e specifico principio, che richiede che l'assetto democratico non possa arrivare a suicidare sé stesso»⁸⁴. Da ciò deriva conseguenzialmente che saranno legittime tutte quelle fattispecie che impongono il divieto di rottura delle fondamentali condizioni di vita delle istituzioni e della violenza come negazione della libertà.

Più in generale, quanto alla lettura metodologica, può concordarsi con quella dottrina che considera eccessivamente rigida la categorizzazione degli ordinamenti entro i quali declinare la differente estensione della libertà di manifestare il proprio pensiero, poiché ciò determina che l'individuazione dei limiti della stessa sia esclusivamente affidata all'interprete⁸⁵.

La soluzione in questa congerie di opinioni e teorie può reperirsi nell'idea che la libertà di pensiero sia «*anche funzionale*» oltre che *individuale*», nel senso che essa corrisponde ad una esigenza dell'ordinamento *oltre che* dell'individuo, in quanto l'ordinamento effettua un appello generale e costante tendente alla verifica dell'effettività dei principi accolti⁸⁶.

Secondo autorevole dottrina⁸⁷, la mancanza nel panorama giuridico italiano di una netta divaricazione fra lettura individualista e lettura funzionale va ricondotta alla non decisa caratterizzazione, in senso appunto funzionale, dei diritti nel nostro ordinamento costituzionale. Infatti, se esistono dei diritti funzionali *in senso proprio* (funzionalizzazione *forte*), ove i limiti positivi operano dall'interno per conformare il diritto medesimo al fine sociale (si pensi per esempio alle libertà

⁸⁴ C. CARUSO, *op. cit.*, p. 99-100.

⁸⁵ C. CARUSO, *op. cit.*, p. 101, il quale peraltro individua in questa situazione il rischio di una *slippery slope*.

⁸⁶ P. BARILE, *Libertà di manifestazione*, cit., p. 428.

⁸⁷ C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma, 1975, p. 8.

economiche e *in primis* al diritto di proprietà), esistono anche dei diritti dei quali si deve considerare «l'apporto positivo necessario alla vitalità di ogni assetto democratico» (funzionalizzazione *debole*)⁸⁸.

In questo secondo senso può più agevolmente reperirsi la natura funzionale della libertà di manifestazione del pensiero e, dunque, il coesistere nella stessa di due anime (*rectius* “due volti”).

3.3. (segue) *la teoria dissociativa relativa ai contenuti della libertà di manifestazione del pensiero, la sua critica e i conseguenti interventi della giurisprudenza costituzionale*

Anche quanto ai contenuti della libertà di espressione deve registrarsi una assai accesa diatriba in dottrina fra due teorie fra loro del tutto opposte, collegata a quella relativa ai suoi limiti.

L'idea che tale libertà copra allo stesso modo qualunque messaggio si intenda diffondere, presupponendo l'irrilevanza giuridica di ogni differenziazione, è stata contestata da chi ha sostenuto che siano i contenuti del messaggio a determinare la maggiore o minore ampiezza della tutela accordata⁸⁹.

La dimostrazione verrebbe reperita in primo luogo nello stesso testo costituzionale che con norme diverse istituisce regimi di tutela diversi per altre forme di libertà di espressione, come per esempio la libertà religiosa o quella dell'arte e della scienza. A queste due libertà non sono infatti opponibili i limiti dell'ordine pubblico e del buon costume, che, invece, sono presenti nel disposto generale di cui all'art. 21 Cost.

La stessa dottrina poi colloca in una posizione diversa l'espressione del pensiero politico, considerandola “materia privilegiata”, sia in ragione del comma I dell'art. 3, che riconosce l'eguaglianza senza alcuna distinzione basata sulle opinioni politiche, sia in ragione del fatto che la libertà di espressione politica è la preconditione necessaria per lo svolgimento e lo sviluppo della vita democratica della comunità.

⁸⁸ C. MORTATI, *Art. 1*, cit., p. 8. Sulla distinzione fra “funzionalizzazione forte” e “funzionalizzazione debole” M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 607-608, il quale individua due punti fermi nella dottrina costituzionalistica italiana relativamente alla libertà di manifestazione del pensiero: che essa sia un diritto inviolabile e che essa sia legata «da un nesso assai stretto con la democrazia».

⁸⁹ S. FOIS, *op. cit.*, p. 45 e ss.

Tale tutela rafforzata sarebbe ancor più importante, laddove si tenga conto che la conformazione non omogenea della società italiana esige una maggiore attenzione alla tutela delle minoranze e delle loro opinioni politiche⁹⁰.

Di conseguenza le “materie comuni” e le “materie privilegiate” dovrebbero godere di garanzie diverse: per le prime il legislatore potrebbe porre dei limiti, che, invece, non potrebbe porre per le seconde⁹¹. Più specificatamente alle “materie privilegiate”⁹² potrebbero essere apposti solo i cosiddetti “limiti naturali” o “logici”, quelli cioè desumibili dal concetto di diritto, dalla natura dell’ordinamento o dallo spirito della Costituzione, mentre a quelle “comuni” anche tutti gli altri ulteriori limiti.

L’opzione interpretativa, che ha come risultato l’identificazione di limiti diversi a seconda del contenuto del pensiero espresso, determina una dissociazione dal testo costituzionale di una fattispecie speciale, che merita dunque una garanzia diversificata e che però fa assumere alla norma costituzionale «un ruolo recessivo [...] attribuendo alla illimitata disponibilità dei soggetti titolari della funzione di indirizzo, la disciplina di tutti i casi non espressamente regolati»⁹³.

La critica mossa dalla dottrina maggioritaria alla teoria dissociativa dei contenuti della libertà di espressione muove quindi dalla lettera dell’art. 21 Cost., che nulla dispone in tal senso e che la rivela priva di qualsiasi base positiva. Per questo motivo, strettamente letterale, l’interprete non sarebbe autorizzato «a differenziare quantità e qualità dei

⁹⁰ S. FOIS, *op. cit.*, p. 77-80.

⁹¹ *Contra* P. BARILE, *op. cit.*, p. 430, che rileva l’elasticità e la estrema vaghezza del concetto di “materia privilegiata”, proponendo dei canoni interpretativi molto soggettivi, finalizzati alla individuazione di quali ambiti possano esservi ascritte. Analogamente C. CARUSO, *op. cit.*, p. 173, che ribadisce la valenza ambigua di questa operazione, «che apre le porte all’inclusione di interessi che, in funzione di limite della libertà di espressione, conformano in senso autoritario il sistema di valori costituzionali». Si veda in tema anche T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010, p. 87 e ss.

⁹² Cfr. P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell’ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 1971, p. 50-51, parlava di “forme privilegiate” della libertà di pensiero, piuttosto che di materie, sostanzialmente con gli stessi effetti. Si deve segnalare che l’A. rivede la propria tesi successivamente in *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, p. 50-52, non ponendo alcuna limitazione all’art. 21 Cost.

⁹³ M. DOGLIANI, *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982, p. 88.