

Studi di **federalismi.it**

Rivista di diritto pubblico italiano
europeo e comparato

La libertà di espressione nel diritto comparato tra stato di diritto e stati di emergenza

a cura di

Emma A. Imparato e Giacomo Giorgini Pignatiello



G. Giappichelli Editore – Torino

Studi di **federalismi.it**

Rivista di diritto pubblico italiano
europeo e comparato

43

Comitato scientifico della collana «Studi di federalismi.it»

Direttore della collana: Annamaria Poggi

Segreteria scientifica della collana: Alessandro Sterpa

Coordinamento dell'area di diritto costituzionale: Nicolò Zanon

Coordinamento dell'area di diritto pubblico: Annamaria Poggi

Coordinamento dell'area di diritto regionale: Giulio M. Salerno

Coordinamento dell'area di diritto costituzionale comparato: Tommaso E. Frosini

Coordinamento dell'area di diritto amministrativo: Maria Alessandra Sandulli

Coordinatore dell'area di diritto dell'economia: Mario Libertini

Coordinatore dell'area di diritto europeo: Carlo Curti Gialdino

Presidente del comitato scientifico: Sandro Staiano

Componenti: Luca Antonini; Mario Bertolissi; Paola Bilancia; Paola Bozzao; Luigi Carbone; Francesco Caringella; Massimo Carli; Paolo Carnevale; Riccardo Carpino; Luisa Cassetti; Stefano Ceccanti; Marcello Cecchetti; Alfonso Celotto; Giuseppe Cogliandro; Pasquale Costanzo; Carlo Curti Gialdino; Renzo Dickmann; Pasquale de Lise; Gisela Faerber; Antonio Ferrara; Gianmaria Flick; Enric Fossas; Tommaso Edoardo Frosini; Carlo Emanuele Gallo; Silvio Gambino; Stefano Grassi; Mario Libertini; Giuseppe Marziale; Daniela Morgante; Roberto Nania; Stefano Nespor; Filippo Patroni Griffi; Angelo Maria Petroni; Andrea Piraino; Giovanni Pitruzzella; Annamaria Poggi; Johanne Poirier; Margherita Raveraira; Gianmichele Roberti; Renato Rordorf; Antonio Ruggeri; Marco Ruotolo; Giulio M. Salerno; Maria Alessandra Sandulli; Sergio Santoro; Hans Peter Schneider; Pietro Selicato; Giovanni Serges; Giuseppe Severini; Massimo Siclari; Alan Tarr; Lorenza Violini; Mauro Volpi; Robert Williams; Nicolò Zanon.

Per l'inserimento nella collana è necessario il giudizio positivo di un Comitato di lettura scelto dal Direttore, dal Presidente del Comitato scientifico, dal Coordinatore dell'area.

La libertà di espressione nel diritto comparato tra stato di diritto e stati di emergenza

Atti del Convegno

Università di Napoli "L'Orientale" - 11 e 12 dicembre 2023

a cura di

Emma A. Imparato e Giacomo Giorgini Pignatiello



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1139-2

ISBN/EAN 979-12-211-6081-9 (ebook)

La pubblicazione del volume è stata finanziata dal Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del PRIN 2020 "Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights [DeMa]" – CUP C61B22002230001.

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEAredi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.



**11 e 12
dicembre
2023**

Palazzo Corigliano
P.zza S. Domenico
Maggiore 12
80134 - Napoli

Lunedì 11.12.2023

14.00 - Saluti istituzionali
Prof. **Roberto Tottoli**, Magnifico Rettore dell'Università di Napoli L'Orientale
Prof. **Giuseppe Cataldi**, Direttore del Dipartimento di Scienze Umane e Sociali dell'Università di Napoli L'Orientale

Introduzione
Prof.ssa **Emma A. Imperato**

14.30-16.00 - Panel
Libertà di espressione e poteri dei privati nel cyberspazio
Presidente: Prof.ssa **Ginevra Cerina Feroni**, Vicepresidente del Garante per la protezione dei dati personali - Università di Firenze
Prof.ssa **Giovanna De Minico**, Università Federico II di Napoli
"Emergenza costituzionale e libertà fondamentali: doverosità o facilitatività di un'emergency clause?"
Aldo Iannotti della Valle, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli
"Tutela della libertà di espressione online e residuo ruolo dei poteri pubblici nei confronti dei poteri privati"

Comunicazioni
Fulvia Abbondante, Enrico Buono, Giuliano Vosa

Coffee break

16.30-18.00 - Panel
Libertà di espressione ed Hate speech
Presidente: Prof. **Tommaso E. Frosini**, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli
Prof. **German Teruel**, Universidad de Murcia
"Hate Speech, polarizzazione ed emergenza democratica"
Prof.ssa **Irene Spigno**, Accademia Interamericana de Derechos Humanos - Universidad Autónoma de Coahuila
"Hate Speech di genere: un Giocattolo silenzioso?"
Prof. **Paolo Passaglia**, Università di Pisa
"Libertà di espressione e limiti, tra controllo pubblico e controllo privato"

Comunicazioni
Giacomo Giorgini Pignatelli, Angela Corra, Rita Mingolla
Conclusioni
Prof. **Tommaso E. Frosini**, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

Martedì 12.12.2023

Saluti della Presidente del COA di Santa Maria Capua Vetere
Avv. **Angela Del Vecchio**

10.00-11.30 - Panel
Libertà di espressione e disinformazione

Presidente: Prof.ssa **Arianna Vedaschi**, Università Bocconi
Prof.ssa **Silvia Sassi**, Università di Firenze
"Limiti al diritto di informazione nelle nuove strategie di guerra"
Claudio Marchese, Università di Sassari
"Nuove tecnologie e discorso pubblico online tra autocrazie e democrazie contemporanee"
Marco Schiripa, Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria
"La guerra dell'informazione" nel cyberspazio e l'arma della disinformazione. Quali risposte possibili?"

Comunicazioni
Giorgio Pedrazzi, Valentina Cavan, Andrea Spaziani

Coffee break

12.00-13.30 - Panel
Libertà di espressione, diritto di critica e controllo
Presidente: Prof. **Otto Pflersmann**, École des Hautes Études en Sciences Sociales - Paris
Prof. **Thomas Hochmann**, Université Paris Nanterre
"Critiquer, insulter et offenser les gouvernants"
Prof.ssa **Sabrina Pradouroux**, Università di Torino
"Disinformazione di Stato: rischi e rimedi in prospettiva comparatistica"
Prof.ssa **Valentina Rita Scotti**, European Law and Governance School - EPLG
"La limitazione della libertà di espressione in contesti emergenziali: un'analisi comparata a partire dall'esperienza turca"

Comunicazioni
Micol Ferraro, Alessandro Brogioni, Sveva Troncone

All'evento sono stati riconosciuti n. 8 crediti formativi da parte del COA di Santa Maria Capua Vetere.
L'evento è realizzato nell'ambito del PRIN 2020 "Decision-Making in the Age of Emergencies, New Paradigms in Recognition and Protection of Rights".
Responsabile di Unità: Prof.ssa Emma A. Imperato.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	1
Sezione I	
Libertà di espressione e poteri dei privati nel cyberspazio	
1	
Emergenza costituzionale e libertà fondamentali: doverosità o facoltatività di un' <i>emergency clause</i> ?	7
di <i>Giovanna De Minico</i>	
2	
Intelligenza artificiale, libertà di espressione e moderazione dei contenuti <i>online</i> nell'età delle emergenze. Il ruolo di " <i>Global Regulator</i> " del <i>Digital Service Act</i>	36
di <i>Lucia G. Sciannella</i>	
3	
Tutela della libertà di espressione <i>online</i> e residuo ruolo dei poteri pubblici nei confronti dei poteri privati	62
di <i>Aldo Iannotti della Valle</i>	

	<i>pag.</i>
4	
“Estrema urgenza” e limiti esterni alla libertà di informazione nello spazio costituzionale europeo: un precedente pericoloso	86
di <i>Giuliano Vosa</i>	
Sezione II	
Libertà di espressione ed <i>hate speech</i>	
5	
La libertà di manifestazione del pensiero nell’era di Internet	115
di <i>Tommaso Edoardo Frosini</i>	
6	
L’ <i>hate speech</i> come limite alla libertà di espressione: la risposta dell’ordinamento spagnolo di fronte alla emergenza democratica creata dai discorsi intolleranti	125
di <i>Germán M. Teruel Lozano</i>	
7	
L’impatto dell’emergenza pandemica negli Stati post-sovietici. <i>Ungheria e Romania quali casi di studio</i>	149
di <i>Giacomo Giorgini Pignatiello</i>	

	<i>pag.</i>
8	
La strategia dell'Unione europea contro i discorsi d'odio <i>online</i> : il ruolo delle piattaforme digitali e la ricerca di un equilibrio tra la tutela della libertà di espressione e un sistema di <i>enforcement</i> in tempi e contesti di crisi	177
di <i>Angela Correr</i>	
9	
Il <i>deplatforming</i> : strumento contro l' <i>hate speech</i> durante la campagna elettorale	204
di <i>Rita Mingolla</i>	
Sezione III	
Libertà di espressione e disinformazione	
10	
Il ruolo della disinformazione nelle moderne strategie di guerra	235
di <i>Silvia Sassi</i>	
11	
La libertà di espressione negli stati di emergenza. Un quadro comparativo sul regime derogatorio al diritto di accesso alle informazioni	243
di <i>Emma A. Imperato</i>	

	<i>pag.</i>
12	
Disinformazione tra Europa e Stati Uniti: l’“emergenza” come punto di contatto tra le due sponde dell’Atlantico	260
di <i>Valentina Cavani</i>	
13	
L’Unione europea e la sfida alla disinformazione <i>online</i> nei contesti emergenziali	284
di <i>Andrea Spaziani</i>	
Sezione IV	
Libertà di espressione, diritto di critica e controllo	
14	
La critique des gouvernants pendant l’état d’urgence sanitaire: le cas de la France	307
di <i>Thomas Hochmann</i>	
15	
Quando la disinformazione è un problema di Stato: prime riflessioni nella prospettiva del diritto CEDU	322
di <i>Sabrina Praduroux</i>	
16	
La portata transnazionale del Regolamento (UE) 2021/784 e i possibili profili di incompatibilità con le normative di Stati terzi: un’analisi comparata	339
di <i>Micol Ferrario</i>	

	<i>pag.</i>
17	
<i>Hate speech</i> e stato di emergenza: spunti di riflessione a margine della decisione della Corte Suprema del Wisconsin del 13 maggio 2020	357
di <i>Alessandro Brogioni</i>	
18	
Brevi note su libertà di espressione e Stato di diritto in Ungheria	379
di <i>Sveva Troncone</i>	
<i>Notizie sugli autori</i>	395

Introduzione

Il processo derogatorio delle regole generali e l'adozione di regole eccezionali che portano alla deviazione dal "normale" funzionamento degli organi dotati di poteri sono da sempre oggetto di grande interesse sotto molteplici angolature prospettiche. Seppur tesa a garantire la *salus rei publicae*, l'instaurazione di regimi eccezionali è stata spesso accompagnata dal timore, storicamente fondato, che l'allontanamento dal funzionamento ordinario potesse agilmente trasmodare in degenerazioni in senso autoritario dell'ordine democratico.

Agli inizi del 2020, l'erompere dell'emergenza pandemica causata dalla diffusione del virus SARS-CoV-2 ha riportato bruscamente al centro del dibattito pubblico il tema della "sospensione" di garanzie costituzionali per tutelare la stessa sopravvivenza della democrazia durante gli stati di emergenza. Oltre a riaprire in tutto il mondo discussioni e diatribe sui fondamenti del diritto costituzionale dell'emergenza, il mutato contesto sociale, politico e culturale ha posto nuove sfide al costituzionalismo contemporaneo. La rivoluzione digitale, in particolare, ha contribuito grandemente a trasformare le società e la loro organizzazione politico-costituzionale. Fenomeni e dinamiche prima sconosciuti contribuiscono oggi a plasmare in maniera inedita ugualmente lo Stato di diritto e gli stati di emergenza.

È parso così indispensabile stimolare la riflessione scientifica intorno ai rischi e pericoli che le tecnologie emergenti possono causare alla libertà di espressione, cartina di tornasole dello Stato di diritto, durante gli stati di emergenza, in una società sempre più digitalizzata ed interconnessa.

Per affrontare un tema così delicato e, allo stesso tempo, cruciale per il futuro della democrazia costituzionale, è stata operata una scelta metodologica di fondo, privilegiando il ricorso alla comparazione giuridica, quale strumento di indagine in grado di porre maggiormente in evidenza potenzialità e limiti delle discipline costituzionali dell'emergenza adottate nei diversi ordinamenti presi in considerazione.

I lavori del Convegno sono stati suddivisi in quattro sezioni tematiche.

L'eterogeneità dei contributi selezionati per genere, affiliazione geografica e diverso grado di maturità nel percorso accademico di Autrici e

Autori intervenuti intende riflettere e valorizzare il pluralismo delle idee sviluppatosi sul tema in seno alla comunità scientifica.

Nella prima sezione, intitolata “Libertà di espressione e poteri dei privati nel cyberspazio”, partendosi da ragionamenti più ampi, come è nel caso del contributo di Giovanna De Minico che si interroga sull’opportunità di introdurre nell’ordinamento italiano una clausola costituzionale sull’emergenza al fine di evitare eventuali degenerazioni del sistema liberal-democratico, si arriva poi a riflessioni più puntuali sull’intelligenza artificiale e i poteri di soggetti privati. Lucia Sciannella propone così una riflessione sulla moderazione dei contenuti *online*, con particolare riguardo ai *deep fake*, attraverso l’uso da parte dei colossi digitali di *bot* che utilizzano l’intelligenza artificiale, alla luce anche della recente adozione dell’AI Act nell’Unione europea. Aldo Iannotti della Valle approfondisce, invece, il tema della nuova fisionomia dei poteri privati nelle democrazie costituzionali, ponendo specifica attenzione ai fenomeni di auto-normazione e di para-giurisdizionalizzazione che caratterizzano gli ecosistemi digitali (si pensi in questo senso all’*Oversight Board* di Meta). Un’analisi critica sulla lotta alla disinformazione condotta nel contesto eurounitario in situazioni emergenziali, quali la guerra russo-ucraina, viene infine svolta da Giuliano Vosa.

Nella seconda sezione, dedicata a “Libertà di espressione ed *hate speech*”, Tommaso Edoardo Frosini apre il dibattito ponendo in evidenza, con un approccio ottimistico, le trasformazioni del costituzionalismo e dei suoi principi al tempo della rivoluzione digitale. Più nel dettaglio dei vari ordinamenti vanno invece i contributi successivi. German Teruel Lozano si concentra, invero, sull’annoso tema della disciplina giuridica dei discorsi d’odio in democrazia, partendo dall’esperienza spagnola. L’abuso della disciplina costituzionale dell’emergenza e le limitazioni della libertà di espressione nella storia recente di Ungheria e Romania, considerate democrazie neo-militanti e casi “prototipo” nell’Unione europea orientale, sono il focus del contributo di Giacomo Giorgini Pignatiello. Angela Correrà approfondisce la strategia giuridica intrapresa dall’Unione europea nella lotta contro i discorsi d’odio *online*, nel contesto dell’emergenza pandemica e del conflitto russo-ucraino mentre, infine, Rita Mingolla, analizza, dal punto di vista del diritto eurounitario, il difficile bilanciamento tra libertà di espressione e *deplatforming* (ovvero, la cancellazione di contenuti, pagine o profili *online* di utenti che abbiano violato i termini di servizio delle piattaforme social). In particolare qui ci si interroga sulla natura di quest’ultimo concetto quale possibile strumento di contrasto ai discorsi d’odio in quel centrale e delicato frangente della vita democratica, che è la campagna elettorale.

La terza sessione – “Libertà di espressione e disinformazione” – si

apre con il contributo di Silvia Sassi, che si occupa della disinformazione come strumento bellico, tanto in prospettiva storica quanto nel contesto delle guerre ibride contemporanee, ragionando sui possibili mezzi con cui farvi fronte. Propone un'analisi comparata della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte interamericana dei diritti umani, soffermandosi in particolare sulle deroghe al diritto di accesso alle informazioni durante gli stati di emergenza, invece il saggio di Emma A. Imparato. Valentina Cavani offre uno studio della disciplina eurounitaria e di quella statunitense sulla regolazione delle *fake news online*, specialmente a fronte delle nuove tecnologie basate sull'uso dell'intelligenza artificiale. Una ricostruzione dei profili normativi della lotta alla disinformazione negli stati di emergenza, con particolare riguardo al funzionamento del *Digital Services Act* nel contesto eurounitario, viene in ultimo effettuata da Andrea Spaziani.

Nella quarta ed ultima sezione, intitolata "Libertà di espressione, diritto di critica e controllo", Thomas Hochmann esordisce con una riflessione sul labile confine tra critica e ingiuria del Capo dello Stato nel particolare contesto dell'emergenza pandemica nell'ordinamento francese. Sabrina Praduroux si interroga, invece, sull'esistenza nell'ordinamento CEDU di un diritto alla verità come mezzo di contrasto alla disinformazione, a partire dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 10 CEDU adottata dai Giudici di Strasburgo. La portata transnazionale del Regolamento europeo relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici *online* (Reg. (UE) 2021/784), è indagata, in particolare, poi da Micol Ferrario, vagliandosi in chiave comparata la sua compatibilità con i principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali del Regno Unito, degli Stati Uniti e della Svizzera. Alessandro Brogioni si occupa invece della disciplina dei discorsi d'odio *online*, proponendo osservazioni critiche a partire dalla giurisprudenza inaugurata con la decisione della Corte Suprema del Wisconsin del 13 maggio 2020. Riflette infine sulla funzione assunta dall'Unione europea, quale garante dello stato di diritto, anche nei periodi emergenziali, Sveva Troncone, assumendo come particolare focus il caso ungherese relativo alla censura di immagini e video promozionali della deviazione dall'identità di genere corrispondente a quella assegnata alla nascita, del cambiamento di sesso e dell'omosessualità con cui i minori potrebbero venire in contatto.

Complessivamente i contributi evidenziano come problemi classici indagati dalla dottrina costituzionalistica sugli stati di emergenza presentino, a fronte della rivoluzione digitale in corso, profili nuovi che necessitano di essere affrontati al fine di trovare tempestive soluzioni.

Le libertà costituzionali, già messe a dura prova durante gli stati di eccezione, rischiano, infatti, di subire una ulteriore compressione da parte

delle innovazioni tecnologiche. Le piattaforme digitali, vere e proprie nuove agorà in cui si esplicano le libertà costituzionali dei consociati, presentano peculiarità che le differenziano significativamente dagli spazi e dai mezzi di comunicazione utilizzati in epoca analogica. L'affermazione di grandi poteri privati orientati al profitto, capaci di distorcere le grandi quantità di informazioni su cui si orientano le società contemporanee e di manipolare nonché catalizzare manifestazioni di odio, minaccia la resilienza dei principi e delle istituzioni del costituzionalismo democratico, in un periodo di regressione costituzionale a livello globale.

A fronte di simili mutamenti, dai contributi qui raccolti emerge l'esigenza di rafforzare gli istituti e gli organi di garanzia costituzionale per controbilanciare una iper-concentrazione di poteri nelle mani di pochi soggetti, spesso celati dietro all'opacità della tecnica. Il principio aureo della democrazia costituzionale, che si conferma anche durante gli stati di emergenza nelle nuove società digitali, è pertanto quello di garantire in ogni caso l'equilibrio dei pesi e contrappesi, tipico dello Stato di diritto costituzionale, nel rispetto soprattutto dei meccanismi di controllo di conformità: poteri "forti" in periodi di destabilizzante stress democratico richiedono contrappesi altrettanto incisivi che garantiscano il permanere degli spazi di controllo tanto degli organi rappresentativi che di quelli giurisdizionali.

Nel ringraziare sentitamente tutti coloro che hanno generosamente apportato il proprio contributo a queste importanti giornate di studio, nella splendida cornice di Palazzo Corigliano, sede storica dell'Università L'Orientale di Napoli, con uno sguardo rivolto al futuro desideriamo consegnare le riflessioni maturate nel presente Volume ai suoi destinatari privilegiati: le nuove generazioni, che rappresentano, come ora riconosciuto anche dalla Costituzione italiana, il cuore pulsante della nostra democrazia costituzionale.

Napoli, 18 ottobre 2024

Emma A. Imparato

Giacomo Giorgini Pignatiello

Sezione I

Libertà di espressione e poteri dei privati nel cyberspazio

Emergenza costituzionale e libertà fondamentali: doverosità o facoltatività di un'*emergency clause*?

di *Giovanna De Minico*

Sommario

1. Per aprire il discorso. – 2. Possibili letture della funzione emergenziale. – 3. La fase di apertura dell'emergenza. – 4. La fase di gestione. – 4.1. La sorte del nocciolo duro dei diritti. – 5. La fase di chiusura. – 6. Verso le conclusioni.

1. *Per aprire il discorso*

In questo lavoro rifletteremo sull'opportunità o indispensabilità di introdurre in Costituzione una clausola emergenziale e sul suo contenuto in termini di identità dei soggetti e delle funzioni, nel rispetto dell'esclusività dell'art. 138 Cost., unica via per innovare il tessuto costituzionale.

Tratteremo prima del contenuto minimo dell'ipotetica clausola perché esso ci offre gli argomenti per rispondere alla domanda se la clausola sia necessaria, o solo opportuna.

Quanto al contenuto, la disposizione dovrà prevedere il presupposto di fatto e la disciplina applicabile in caso di suo avveramento. Il presupposto è una situazione emergenziale, intendendosi per essa un fatto naturale o causato dall'uomo, imprevedibile e straordinario, in grado di alterare il corso ordinario della vita pubblica. Lo Stato, posto dinanzi all'urgenza, non può far finta di nulla, se vuole evitare che la straordinarietà degli eventi lo travolga. La necessità, dunque, gli impone di rispondere al fatto emergenziale con regole idonee per celerità, modalità, entità e durata a

ripristinare quanto prima l'assetto originario. In questo lavoro tratteremo dell'emergenza, senza fare distinzioni in ragione del fatto causativo perché il nostro obiettivo è disegnare una clausola emergenziale tendenzialmente valevole per ogni stagione straordinaria.

I Costituenti non prevedero espressamente lo stato di eccezione come fatto legittimante il ricorso a regole temporanee in deroga alla disciplina generale. Questa dose di *ius singulare* non fu consegnata in una clausola a contenuto indeterminato, applicabile ogni qual volta si fosse verificata una situazione imprevedibile e straordinaria, che rappresentasse una minaccia attuale e grave all'assetto politico-istituzionale.

Può tornare utile ripercorrere l'iter argomentativo che condusse al silenzio dell'Assemblea costituente sul punto. In II Sottocommissione l'on. La Rocca presentò una proposta diretta a dichiarare lo stato d'assedio su decisione solitaria del Capo dello Stato, constatata "la necessità e l'urgenza di una misura straordinaria a garanzia della vita del paese"¹. La proposta era meno innovativa di come appariva perché la sua impostazione era già nella relazione del Ministero per la Costituente, organo consultivo dell'Assemblea², al quale si doveva l'idea di razionalizzare lo stato d'assedio. La Sottocommissione, valutati gli argomenti a favore e contro, rifiutò però l'inserimento della clausola nel progetto in quanto la sua presenza avrebbe dimostrato "che vi [era] la preoccupazione di prevedere certe eventualità e di organizzare certe situazioni di poteri più o meno dittatoriali, che [sarebbero state] in contraddizione con la logica stessa della costituzione"³. Scartata l'ipotesi di una clausola positiva, si discusse la situazione opposta alla prima, proposta dall'on Fabbri⁴: il divieto di prevedere lo stato d'assedio in Costituzione e la sospensione delle sue norme. Le critiche dell'on. Mortati smorzarono ogni entusiasmo anche per la formulazione in negativo della clausola perché «o nella Costituzione non

¹ Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, *Relazione on.le Deputato La Rocca, Sul potere Esecutivo*, disponibile all'indirizzo http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/II_Sottocommissione/34nc.pdf.

² Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente, I, Problemi costituzionali organizzazione dello Stato*, Roma, 1946.

³ Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, *Appendici generali – Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione – Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio*, sabato 11 gennaio 1947, disponibile all'indirizzo <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm>, dove il netto rifiuto dell'on. le E. Tosato alla clausola si doveva al contesto storico-politico dell'immediato dopo guerra, e quindi al timore di un suo uso distorto a favore di forme di democrazia protetta o più dichiaratamente dittatoriali.

⁴ Dal lato opposto, l'on. G. Fabbri sosteneva una disposizione che proibisse la dichiarazione dello stato d'assedio. Anche se a conclusione del dibattito la proposta Fabbri fu approvata, poi essa scomparve in Assemblea. (Per gli atti vedi nota *supra*).

se ne debba dir nulla, affidandosi allo svolgimento futuro della prassi, o che si debba autorizzarlo in quei limiti e con quelle garanzie che, pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso»⁵.

Abbandonati entrambi i modelli, la Commissione dei 75 propose quindi all'Assemblea plenaria un testo privo di clausola emergenziale. La questione fu poi ripresa in Aula con l'emendamento Crispo⁶, che contemplava il solo stato d'assedio, indicando l'autorità competente a dichiararlo e i necessari poteri. Il soggetto prescelto era il Governo per ragioni di vicinanza effettiva alla situazione straordinaria da gestire; questi sommava nelle sue mani il potere di aprire la situazione emergenziale e di limitare o addirittura sospendere le libertà individuali poste in Costituzione; mentre il Parlamento, convocato anche se sciolto, era chiamato a ratificare l'apertura dello stato di emergenza e a valutare le misure limitative dei diritti, decise dal Governo.

L'Aula rigettò l'emendamento in forza dell'argomento *a contrario*: sospendere i diritti di libertà equivaleva a sospendere la democrazia⁷; *prevedere la clausola era dunque incompatibile con la fisiologica pretesa di ogni testo Costituzionale di durare nel tempo e di presentare alle generazioni future l'identità politico-istituzionale inizialmente scelta e poi esposta a pressioni dalla vicenda emergenziale*.

Può essere utile ripercorrere, anche se rapidamente, il tempo che precedette il secondo conflitto mondiale in Europa perché ci aiuta a comprendere le ragioni di fondo dell'avversione alla clausola. L'art. 48 della Costituzione di Weimar aveva attribuito al Presidente del Reich il potere di adottare le misure necessarie a ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica, finendo così per creare le condizioni che da lì a breve avrebbero per-

⁵ C. MORTATI, Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, *Appendici generali – Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione – Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio*, sabato 11 gennaio 1947, disponibile all'indirizzo <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm>.

⁶ Il 16 ottobre 1947, nella seduta pomeridiana, l'Assemblea costituente proseguiva l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo primo della Parte seconda del progetto di Costituzione: «Il Parlamento», disponibile all'indirizzo <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/078/index.htm?art078-012-1.htm&2>. Il presidente U. Terracini lesse l'art. 74 *bis* proposto dall'on. A. Crispo: «L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi». Interessante la discussione che seguì con interventi degli on.li G. Codacci Pisanelli, G. Persico e C. Mortati.

⁷ B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 1108 ss.

messo a Hitler di arrivare al potere per una via formalmente lecita. L'art. 48 rappresentava dunque un triste esempio di una clausola, che, nata per difendere la democrazia, di fatto ne aveva favorito la dissoluzione a vantaggio del regime dittatoriale. Quindi, la storia stava suggerendo ai nostri Padri Costituenti un atteggiamento di cautela, da qui l'assoluto silenzio sul punto del testo costituzionale.

In sintesi, i lavori preparatori della Costituzione non offrono elementi utili per ricostruire un istituto che alla fine non è entrato nel testo fondamentale; ma l'omissione non impedisce di trarre dal sistema argomenti favorevoli alla sua esistenza implicita e a come scriverla.

L'elasticità delle Costituzioni è uno di questi argomenti. Per essa si intende quella particolare qualità – da non confondersi con la debolezza della Carte costituzionali dell'800 suscettibili di essere modificate da semplici leggi ordinarie – che consente l'attivazione di poteri anche inespresi, purché compatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento⁸. Nel caso in esame la funzione emergenziale è il potere innominato indispensabile, mentre il diritto-dovere dello Stato all'autodifesa è il valore generante il primo. L'essenzialità del potere è connessa alla necessità per lo Stato di reagire al fatto emergenziale perché se invece negasse il suo accadere, si esporrebbe alla forza naturale degli eventi e all'attacco di chi sapesse approfittare del vuoto normativo per travolgerlo.

Invece, lo Stato nel momento in cui nasce afferma il diritto di esistere senza limiti di tempo e quindi pretende di proteggersi dai fatti che minacciano la sua sopravvivenza. Questo diritto è la «condizione prima della conservazione della comunità nazionale»⁹, da qui la qualificazione in termini obbligatori del comportamento difensivo: «dovere collocato al di sopra di tutti gli altri [...] che nessuna legge potrebbe far venire meno» in quanto strettamente connesso a beni essenziali e indivisibili dell'integrità, indipendenza e sopravvivenza¹⁰.

Quindi, lo Stato rinviene nel diritto-dovere all'autodifesa il titolo costitutivo della funzione emergenziale, anche se innominata per la mancanza di una norma scritta.

Una seconda ragione concorre a sostenere l'esistenza implicita della funzione in esame: l'emergenza è un evento patologico, che appartiene al

⁸ Interessanti le osservazioni di L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, III ed., vol. I, Foundation Press, New York, 2000, pp. 659 e 665, relative alla Costituzione americana. L'Autore ritiene che il potere di dichiarare la guerra sia una funzione tacita in linea con la giurisprudenza della Corte Suprema, che ne ha parlato in termini di "*inherent powers*": cioè poteri non formalmente previsti ma impliciti nel tessuto costituzionale, come tali immuni dal sospetto di illegittimità.

⁹ Corte cost., sent. 24 aprile 1957, n. 53.

¹⁰ Corte cost., sent. 18 maggio 1989, n. 256.

ciclo vitale di un ordinamento, come la nascita, le trasformazioni o l'estinzione. Ragionando per similitudine, se una Costituzione non prevedesse il potere di revisione, non le sarebbe negata la tensione a cambiare l'assetto originario, purché nel rispetto dei suoi elementi strutturali intangibili¹¹. Dunque, se la mancanza di una espressa previsione non sopprimere la domanda esistenziale di un ordinamento al cambiamento, ponendosi invece solo un problema di individuazione dell'autorità competente e di forma del suo esercizio¹², parimenti la funzione emergenziale sarà attivabile dallo Stato, anche se non consegnata in una clausola *ad hoc*, mentre rimarranno incerti i titolari della medesima e la procedura da osservare. Rimane ferma però la possibilità di desumere questi due elementi in via interpretativa da disposizioni con analogo oggetto o dai principi generali di sistema¹³.

In sintesi, potremmo dire che la modifica di una Costituzione sta al potere di revisione come l'emergenza sta al potere emergenziale. Di entrambe le funzioni l'ordinamento non può fare a meno se vuole essere un'organizzazione politica con pretesa di stabilità nel tempo e di proposta progettuale anche per le generazioni future.

A questo punto della trattazione siamo pervenuti a una certezza: la mancanza di tale clausola non significa assenza di una sicura cornice di riferimento costituzionale, che perimetra lo spazio di legittimità della funzione emergenziale.

E ora possiamo rispondere alla domanda iniziale circa l'essenzialità o opportunità della clausola *ad hoc*. Essa non sarebbe indispensabile, né inutile, ma opportuna per evitare oscillazioni interpretative in merito all'autorità competente a dichiarare l'emergenza, alla tipologia dei poteri e ai relativi limiti. Questo chiarimento ermeneutico è tanto più urgente quanto maggiore è la domanda di affidabilità, che cresce a fronte di situazioni che alterano l'ordinato svolgimento della vita istituzionale.

La certezza del diritto, risultato conseguibile grazie alla sola clausola scritta, non va confusa però con il divieto di provvedere all'emergenza in

¹¹ In questi termini si veda: G. VOLPE, *Art. 139*, in G. BRANCA (a cura di) e continuato da A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1981, p. 745.

¹² P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 115, pone in termini rigorosi questo raffronto tra emergenza e revisione.

¹³ Ricordiamo la soluzione suggerita da P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1984, p. 39, che desumeva la funzione in oggetto dalla procedura di revisione. A questa tesi si può obiettare che molte Costituzioni escludono proprio l'impiego della revisione in tempi di crisi, in quanto modificare il patto fondamentale richiede una tranquillità di pensiero che la crisi in sé tende a negare. Inoltre, si utilizzerebbe un mezzo eccessivo per un risultato conseguibile con uno strumento minore. Queste argomentazioni ci inducono a non desumere il potere emergenziale dalla funzione di revisione costituzionale.

difetto di clausola. Piuttosto si sta dicendo che l'assenza della norma costituzionale «n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République»¹⁴.

2. Possibili letture della funzione emergenziale

La funzione emergenziale è stata oggetto di opposte ricostruzioni: una è offerta dalla tesi monista, l'altra da quella dualista. Antitetiche in ogni elemento – dal paradigma del potere alle finalità – condividono solo il punto di avvio, ossia una domanda: quale è il titolo costitutivo dello stato d'emergenza?

La teoria monista¹⁵ desume la funzione emergenziale dalla Costituzione in quanto unica fonte di derivazione di ogni potere. Ne consegue che la funzione emergenziale avrà gli attributi propri del potere costituito: esiste se e nei limiti in cui l'ordinamento originario la preveda. Ecco il primo elemento di antitesi rispetto alla prospettazione dualista: un potere *in ordine* contro uno *extra ordinem*. Si tratta pertanto di un'ipotesi di *potestas* che si muove in continuità con l'architettura costituzionale nella quale si va a inserire e che può sospenderla in parte e per un tempo definito.

La sua finalità è conservativa dell'ordinamento e quindi si dovrà muovere nell'ambito del segnato in termini negativi dal nucleo inviolabile della Costituzione stessa. Con la conseguenza che saranno legittime solo le deroghe temporanee e strettamente funzionali a consentire all'ordinamento il pieno ritorno alla normalità. Quindi, se il potere eccezionale deve essere non necessario il prima possibile, dovrà evitare le lacerazioni irreversibili dell'ordine costituito, perché se ciò accadesse, chiusa la parentesi e-

¹⁴ Conseil constitutionnel, *Décision n. 85-187 DC du 25 janvier 1985*; da ultimo, ID., *Décision JORF n. 0299 du 26 décembre 2015*, p. 24084, texte n. 210, 2015.527.QPC, disponibile all'indirizzo www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015527qpc.htm.

¹⁵ Tra le voci più significative, ricordiamo: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte I, Società editrice libraria, Milano, 1904, p. 1154; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 391; L. PALADIN, G. MOTZO, *Assedio (Stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 250; e, più di recente, cfr.: V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1984, pp. 130 ss.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 77 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 218 e G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 138 ss.

mergenziale, l'ordinamento non sarebbe più lo stesso di quello che era prima del fatto emergenziale.

Un'emergenza con capacità novative dell'identità costituzionale si deve invece alla tesi dualista¹⁶, che promuove la necessità da mero fatto *extra ordinem* a fonte originaria del diritto eccezionale, capace di sospendere libertà e principi fondativi di quell'assetto politico istituzionale per affermare complessi valoriali antitetici.

Questa costruzione è chiamata dualista perché pone accanto alla Costituzione la necessità, la quale, pur mantenendo l'attributo '*extra*', le scorre accanto con la medesima forza attiva e passiva. Quindi, la necessità può tutto e nessun principio o valore costituzionale potrà resisterle, non essendo tenuta al rispetto del diritto preesistente, neanche di quello costituzionale, come il suo fine ultimo vuole: costringere l'ordinamento a evolversi dalla posizione originaria verso nuove dimensioni politiche.

Questa necessità evolutiva presenterebbe una doppia natura: di fatto lecito, se valutato in base al parametro di giudizio posto dal nuovo ordine giuridico, ma anche di fatto illecito, se giudicato secondo il parametro del vecchio ordine giuridico, solo in apparenza difeso, ma nella sostanza violato¹⁷. In questo contesto continuare a parlare di deroga significa nascondere la realtà delle cose dietro una finzione giuridica; ne sia prova il fatto che, rimossa la *fictio*, affiorerebbe un ordinamento nuovo e alternativo nella sostanza al primo, anche se nella forma continuativo, essendo entrato per la porta lasciata aperta dallo stato d'emergenza.

Pertanto, la funzione emergenziale legittima è solo quella che agisce nel rispetto del minimo costituzionale inderogabile, che – secondo la teoria dei controlimiti¹⁸ – impone di osservare la divisione dei poteri, orien-

¹⁶ Magistrali le parole di S. ROMANO quando spiega la sua tesi dualista sulla necessità in *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubb. amm. in Italia*, 1909, pp. 251 ss.

Sono evidenti le suggestioni sulla tesi romaniana di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1931 (trad. it. *Il custode della costituzione* (I ed., 1931), Giuffrè, Milano, 1981), *passim*; l'Autore ricondusse sul piano storico-costituzionale lo stato di eccezione tedesco sotto la presidenza di Hindenburg al modello del presidente investito del supremo ruolo di «custode della costituzione». Si veda altresì: E. IMPARATO, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, E.S., Napoli, 2019, p. 92, che con chiarezza argomentativa riconosce a Schmitt il merito di aver costruito l'eccezione, non come la deroga all'ordine giuridico, ma «come la 'promozione' di uno stato autoritario con un 'vero e proprio sovrano' non determinato da norme esistenti».

¹⁷ A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 17, 1987, pp. 10, 18 e 19.

¹⁸ Quello dei controlimiti è un tema orizzontale, la cui osservanza si impone a ogni pubblico potere. Rispetto al potere di revisione costituzionale si vedano: M. LUCIANI, *I diritti fondamentali come limite alla revisione della costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura

tata alla centralità parlamentare, e di preservare il nocciolo duro dei diritti fondamentali, nonché dei principi fondativi dell'ordinamento. In conclusione, il diritto eccezionale deve contemplare solo le deroghe compatibili con l'identità costituzionale di uno Stato perché il fine ultimo della funzione emergenziale è permettere al soggetto politico di ritornare quanto prima alla sua originaria identità, solo temporaneamente alterata.

3. La fase di apertura dell'emergenza

La stagione emergenziale conosce un inizio, uno svolgimento e una fine; esamineremo separatamente ciascuna fase.

L'avvio pone una precisa domanda: chi valuta se l'eccezionalità della situazione giustifica l'apertura di una parentesi emergenziale? La centralità del Parlamento è il principio costituzionale che attrarrà la decisione di sospendere l'ordine giuridico alla valutazione politica esclusiva dell'Assemblea parlamentare, in quanto la sua immediata derivazione dalla volontà popolare offre garanzie maggiori di quelle governative nell'arginare le derive liberticide e gli abusi totalitari, sempre potenzialmente presenti in una decisione straordinaria. Il Parlamento risponde con le armi pacifiche del pluralismo politico, dell'antagonismo dialettico tra maggioranza e opposizioni e della piena visibilità dei/sui processi decisionali, argini che non si pongono a chi è investito in via indiretta dal corpo elettorale. Quindi, il Governo potrà intervenire a titolo secondario, come supplente – per delega delle Camere o per urgenza riconducibile al voto parlamentare – nell'esercizio della funzione legislativa primariamente affidata al Parlamento; e questa sua accessorietà nel dichiarare l'emergenza non rappresenta una novità, quanto piuttosto la logica conseguenza della sua subordinazione genetica al Parlamento.

di), *Libertà e giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 121 ss.; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997, pp. 124 ss. Rispetto al potere emergenziale si rinvia a: P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 71 ss. e G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 85 ss. Infine, rispetto ai poteri sovranazionali si leggano *ex multis*: P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2405 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 6 ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, "europeizzazione" dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 827 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 117 ss.

Se si passa dai rapporti tra gli organi alle relazioni tra gli atti, la legge sarà la fonte legittimata ad avviare la stagione del diritto eccezionale, o anche una doppia delibera monocamerale, cioè comunque un atto imputabile alla volontà politica dell'Assemblea. Il decreto-legge quindi non potrà vantare esclusive in proposito; il fatto poi che l'indifferibilità della situazione emergenziale esiga una risposta normativa immediata sarà solo la circostanza materiale che rende la legge lo strumento meno idoneo ad avviare una stagione emergenziale e simmetricamente il decreto-legge quello più idoneo a farlo, precedendo il Parlamento nella dichiarazione.

Chiariti i rispettivi ruoli politici del Parlamento e del Governo, chiediamoci quali altri soggetti potrebbero essere coinvolti nella procedura in qualità di poteri neutrali¹⁹ e a titolo consultivo. Sarebbe a tal fine opportuno che il Capo dello Stato affiancasse con una valutazione secondo legittimità la decisione squisitamente politica sull'emergenza, la cui paternità rimarrebbe ferma in capo al soggetto politico-rappresentativo²⁰.

In realtà la ricostruzione ipotizzata si mostra non necessaria, perché la dichiarazione di stato d'emergenza, indifferentemente disposta con legge o con decreto-legge, è già sottoposta (*ex artt.* 74, comma 1, e 87, comma 5, Cost.), in ragione della forma della decisione, al riesame del Capo dello Stato, che in qualità di potere neutrale può contestare ai rispettivi autori illegittimità costituzionali formali e sostanziali. Quindi, se questo compito di garanzia diretto a prevenire illegittimità manifeste è già contemplato come elemento essenziale al perfezionamento della decisione normativa altrui, non vi sarebbe ragione per duplicarlo.

¹⁹ L'oggetto è estraneo alla nostra linea di indagine, quindi sarà sufficiente il rinvio per la fisionomia soggettiva e la compatibilità costituzionale a: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, cap. V.

²⁰ Anche l'esperienza francese ha previsto un rimedio simile tanto per la situazione eccezionale di cui all'art. 16 Cost. fr. che per lo stato d'emergenza. Quanto alla prima si deve al Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Ve République plus démocratique (noto come Comité Balladur), disponibile all'indirizzo <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000697/index.shtml>, la proposta di sottoporre al parere del Consiglio costituzionale l'atto dichiarativo della situazione di cui all'art. 16 Cost. fr. Il legislatore di revisione fece propria la proposta, inserendo nell'art. 16 il parere del Consiglio costituzionale «aux fins d'apprécier si les conditions fixées au premier alinéa demurent réunies» in funzione di *rééquilibrage* dei poteri presidenziali (cfr.: A. DI GIOVINE, *Note sul rééquilibrage delle istituzioni della V Repubblica nella revisione costituzionale del luglio 2008*, in F. LANCHESTER, V. LIPPOLIS (a cura di), *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Jovene, Napoli, 2009, *passim*). Per un'analisi degli stati eccezionali nell'ordinamento francese, inclusa l'"État d'urgence" disegnata nella tentata proposta di revisione costituzionale (Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, n° 3381 du 23 décembre 2015, Leg. XIV, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3381.asp>.) sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, cit., in part. cap. V.

Non senza ragione ci si pone la domanda inversa: si potrebbe privare la procedura dell'emanazione (o della promulgazione) del Capo dello Stato perché l'agire tempestivo lo richiede? Riteniamo che il risparmio di tempo non sia un motivo sufficiente per compensare l'omessa valutazione di costituzionalità, sia pure anticipata e sommaria, in quanto in situazioni di emergenza, che coinvolgono l'esistenza stessa dello Stato, l'ordinario sistema di *checks and balances* deve essere mantenuto fermo il più possibile. Sistema questo, che si rivela particolarmente indispensabile alla causa democratica in situazioni straordinarie, quando cioè la tenuta dell'ordinamento è messa a dura prova. Rafforza l'argomento la considerazione secondo la quale è altamente sconsigliato fare a meno delle garanzie dirette a preservare il corretto funzionamento dei poteri – tale è il fine ultimo del contributo del Capo dello Stato nel processo normativo altrui²¹ – proprio nel momento in cui l'emergenza potrebbe imboccare una pericolosa deriva totalitaria: cioè, rovesciare il patto fondativo su cui si è edificata la comunità statale.

Né si possono trarre argomenti favorevoli all'eliminazione del controllo presidenziale dall'intervento successivo ed eventuale della Corte costituzionale sul medesimo atto dichiarativo dell'emergenza, perché le due prestazioni di garanzia²² si completano a vicenda senza sovrapporsi²³; né potrebbe essere altrimenti considerato il diverso modo di essere dei rispettivi sindacati e vizi²⁴, il che esclude che l'apporto di un soggetto possa rendere superfluo e quindi eliminabile quello dell'altro.

²¹ Così: L. PALADIN, (voce) *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 213.

²² P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 337 ss.

²³ Non c'è concordia invece nel tracciare i profili comuni tra i due controlli. Infatti, alcuni studiosi ritengono che il sindacato (ex artt. 74, comma 1, e 87, comma 5, Cost.) sia di tipo discrezionale perché «le richieste presidenziali di riesame dipendano – nell'an, nel quomodo e nel quando – da libere valutazioni del Capo dello Stato, tenendosi conto non solo dell'esigenza di far osservare la costituzione, ma anche e soprattutto dei riflessi che il fatto di esercitare o non esercitare il potere in questione potrebbe produrre sul complessivo funzionamento delle istituzioni» così: L. PALADIN, (voce) *Presidente della Repubblica*, cit., p. 213; in termini sostanzialmente analoghi vedi anche: G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 1, 2011, p. 5. Mentre, P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 319 ss. e E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo*, cit., pp. 97, 102 e 119, collocano il sindacato presidenziale su un piano non distante da quello della Corte almeno per la sua natura di controllo di legittimità, e non di merito, e per la doverosità del suo esito. Una posizione ancora diversa è quella di G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 959, dove l'Autore parla di «merito costituzionale» che tende a evitare le conseguenze negative per il buon funzionamento della Costituzione.

²⁴ P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro*,

Il rifiuto presidenziale di emanare un decreto-legge, che dichiara lo stato di emergenza, è una garanzia ineliminabile soprattutto quando si procurano sacrifici pesanti e irreversibili alle libertà²⁵. Infatti, le facoltà dei diritti fondamentali si consumano tendenzialmente nel momento in cui la norma le comprime – si pensi all’interdizione alla circolazione in talune zone del paese, alla raccolta massiva di dati telematici o all’obbligo di fissa dimora – quindi, ogni rimedio che impedisce all’atto di entrare nell’ordinamento giuridico va preferito a quelli che intervengono *ex post*, cioè quando l’atto ha già prodotto i suoi effetti in quanto la menomazione ai diritti resisterà anche alla cancellazione retroattiva²⁶.

Dunque, il controllo presidenziale rende effettiva la tutela di diritti che subirebbero *medio tempore* una riduzione o addirittura un azzeramento insanabile; pertanto, l’esigenza di assicurare il pieno compimento della dimensione costituzionale della persona si deve ritenere prevalente su un marginale guadagno in termini di rapidità, che si avrebbe eliminando l’intervento del Capo dello Stato dalla procedura dichiarativa dello stato d’emergenza.

Avere ricondotto la dichiarazione dello stato di emergenza alla legge o al decreto-legge già soddisfa la richiesta di un’ampia rappresentatività e di una piena partecipazione democratica a sostegno della decisione sullo stato di emergenza, e ci esime dal considerare l’ipotesi di una dichiarazione affidata a un atto non legislativo. Certo, si potrebbe configurare un atto, magari assistito da una particolare solennità come una seduta comune delle Camere, al quale però dovrebbe comunque seguire una fonte normativa volta a disciplinare contenuti, modi di esercizio e limiti dei poteri emergenziali. E dunque l’aggiunta di una fase preliminare potrebbe solo rendere il procedimento più complesso e rallentare la produzione delle regole necessarie.

Ora rivolgiamo la nostra attenzione alla delibera del 31 gennaio²⁷, con cui il Consiglio dei ministri dichiarava lo stato d’emergenza da Covid-19, e chiediamoci come essa si rapporta al quadro di riferimento fin qui delineato.

L’atto richiamato ha le caratteristiche di una monade, chiusa in sé stes-

disponibile all’indirizzo www.astrid-online.it, 92, 2009, in http://www.astrid-online.it/rassegna/2009/12_05_2009.html.

²⁵ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., p. 342, che ricorda opportunamente anche la possibilità che la Corte costituzionale sospenda in via cautelare l’esecuzione del decreto.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 265.

²⁷ Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, 20A00737, in GU Serie Generale n. 26 del 1° febbraio 2020.

sa, perfetta senza il passaggio parlamentare, che sfugge per la sua forma a qualunque sindacato neutrale, di cui si è detto prima. Né il richiamo nella delibera a una legge ordinaria, cioè al d.lgs. n. 1/2018²⁸, è sufficiente a ritenere soddisfatta o a superare la necessaria centralità del Parlamento, perché un decreto legislativo non ha la forza di alterare la subordinazione costituzionale del Governo al Parlamento in un rapporto ancillare in senso inverso.

Anche ulteriori ragioni impediscono di assumere il d.lgs. n. 1/2018 a base legale della dichiarazione emergenziale²⁹. La tesi vuole trarre da un atto di più di quanto esso possa dare, tenuto presente il suo ambito materiale e l'autorità legittimata a decidere. Quanto al primo, il d.lgs. n. 1/2018 intende rispondere a una situazione straordinaria di rischio sanitario dagli effetti limitati rispetto a quelli causati dalla pandemia in corso: lo provano le misure da assumere che si risolvono nella rimozione dei materiali, costruzione di alloggi di prima accoglienza, ripristino delle infrastrutture e simili. Mentre l'emergenza del 31 gennaio ha investito ogni aspetto della vita, pubblica e privata, ogni soggetto dal decisore politico nazionale e locale alle persone fisiche, potenziali soggetti esposti al rischio e sicuri destinatari delle misure limitative dei diritti, e ha travolto tutto il fascio delle libertà fondamentali, nessuna esclusa. Infine, il d.lgs. n. 1/2018 indica l'autorità competente per la protezione civile come soggetto legittimato ad aprire la parentesi eccezionale; mentre il decreto del 31 gennaio è atto del Governo.

Quindi, non è il d.lgs. n. 1/2018 il titolo legittimante la dichiarazione d'emergenza, la quale dovrà cercare altrove la sua base legale.

Pertanto, la *policy* emergenziale pandemica ha rifiutato la tesi della natura costituita del potere emergenziale perché gli ha consentito per l'avanzata dei criteri orientatori di scrivere su una lavagna bianca. In tal modo ha confuso l'emergenza con l'apertura di una nuova stagione costituzionale, di per sé illegittima in presenza di Costituzione: «Poiché il nostro ordinamento, e lo vorrei sottolineare, non conosce – a differenza di altri ordinamenti giuridici – un'esplicita disciplina per lo stato di emergenza, abbiamo dovuto costruire, basandoci pur sempre sulla legislazione vigente, un metodo di azione e di intervento che mai è stato sperimentato prima»³⁰.

Al contrario, l'ordinamento francese – almeno nelle sue prime mosse,

²⁸ D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Raccolta 2018) (1) Codice della protezione civile. (18G00011), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2018;1>.

²⁹ La ricostruzione sopra ricordata si deve principalmente a: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 11 aprile 2020.

³⁰ Così: *Informativa del Presidente Conte alla Camera del 24 Marzo 2020*, disponibile all'indirizzo <http://www.governo.it/it/articolo/coronavirus-informativa-del-presidente-conte-alla-camera/14380>.

la «Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19»³¹ – è stato più rispettoso dell'*institutional balance* nell'affidare al Governo il compito di dichiarare lo stato di emergenza, supportarlo con adeguati dati scientifici, renderlo oggetto di tempestiva informativa al Parlamento e, infine, esporlo a pubblicità integrale.

4. La fase di gestione

La nostra *emergency clause* dovrebbe anche disegnare la dimensione dinamica del potere emergenziale: chi gestisce l'emergenza e con quali poteri. Questa fase, diversamente dalla prima, non è riservata al Parlamento perché l'Esecutivo per struttura e competenza si presenta adatto a tale compito, peraltro questa divisione del lavoro conserverebbe la necessaria dualità soggettiva tra controllante e controllato, sempre preziosa in democrazia.

Anche per il momento operativo si riproporrebbe l'interrogativo: creare nuovi strumenti o utilizzare l'esistente? Qui possiamo giovarci di quella regola non scritta, secondo la quale i nuovi rimedi sono necessari a condizione che quelli esistenti siano insufficienti allo scopo. Questo *self-restraint* normativo si giustifica in ragione del fine ultimo della funzione emergenziale: ricondurre l'ordinamento alla sua normalità originaria. Tale funzione potrebbe essere compromessa se le deroghe non fossero mantenute al minimo indispensabile; in altri termini, si fa luogo a una deroga solo se non se ne possa fare a meno, diversamente essa sarebbe di ostacolo all'obiettivo di ripristinare lo *status quo ante*.

Il principio di base dello stato d'emergenza, cioè che siano legittime solo le deviazioni dalla regola generale indispensabili per consentire all'ordinamento di recuperare quanto prima la normalità, vale anche per l'art. 77 Cost. e per il decreto-legge. Saranno accettabili deroghe nei limiti in cui il decreto-legge si mostri atto funzionalmente idoneo a disciplinare la straordinarietà con immediatezza.

Fatta questa premessa, come valutare l'introduzione di un decreto sub-

³¹ Consultabile in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>. La legge è stata comunque oggetto di pesanti critiche per la violazione dei parametri di legittimità costituzionale e per l'impostazione governocentrica dell'intera stagione emergenziale. In questi termini cfr.: O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?*, in *Recueil Dalloz*, 16, 2020, pp. 891 ss. e V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2020, p. 5. Analogamente D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'urgenza sanitaria*, in *Oss. cost.*, 3, 2020, 2 giugno 2020, pp. 308 ss.

legislativo atipico, immediatamente vigente e con efficacia definitiva *ab initio* e quindi perfetto in assenza di conversione? L'atto sarebbe idoneo ad affrontare tempestivamente la straordinarietà e l'emergenza, ma questa capacità assiste anche il decreto-legge. Il tratto distintivo dei due decreti non è l'efficacia immediata, loro elemento comune, ma il fatto che il decreto atipico si perfezioni in assenza della volontà parlamentare. La sua atipicità si risolve nel riservare al Parlamento una posizione marginale nel processo produttivo del diritto, marginalità questa, dovuta all'erosione governativa delle sue prerogative normative. La previsione costituzionale del decreto-legge offre una fonte funzionalmente idonea a disciplinare la straordinarietà con immediatezza, ma nel rispetto della sovranità parlamentare. Quindi, la deroga di questo ipotetico decreto atipico, consistente nell'eliminare la centralità parlamentare, sarebbe costituzionalmente illegittima in punto di diritto e priva di giustificazione sul piano pratico.

Prendiamo come campione di azione gestoria quanto è accaduto durante l'emergenza da Covid-19 e conduciamo un'analisi secondo il metodo finora impiegato: cioè, confrontiamo le condotte effettivamente assunte con i modelli astratti che l'ipotetica clausola d'emergenza dovrebbe prevedere.

Valuteremo allora se la nuova sequenza regolativa³², decreti-legge e d.p.c.m., rispetti il principio della centralità parlamentare.

Riteniamo che le Camere, già estromesse dall'avvio dell'emergenza, non abbiano recuperato un ruolo da protagoniste neanche nella sua gestione: due circostanze confermano questo giudizio.

La prima attiene al fatto che quando il Governo è ricorso ai decreti-legge, il Parlamento non si è riappropriato delle prerogative regolatorie neppure durante il processo di conversione, in quanto era depotenziato nella sua rappresentatività politica dalla rinuncia al *plenum* dei suoi componen-

³² M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, cit., pp. 12 ss., cui si deve l'ancoraggio dei d.p.c.m. non solo ai decreti-legge Covid-19, ma anche al T.U. n. 1/2018; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020, pp. 96 ss. e, anche se con opportuni caveat, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020.

Tra le voci contrarie cfr.: G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, pp. 39 ss.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quad. cost.*, 1, 2020, pp. 494 ss.; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020, in cui si afferma che: "Ciò che non sarebbe stato consentito in sede di delegazione legislativa si è pensato fosse ammissibile con un decreto legge a maglie larghe, anzi ... larghissime!".

ti, effetto inevitabile della riduzione numerica autoimpostasi³³; inoltre, non era libero nel giudicare la gestione emergenziale dell'Esecutivo, perché il sistematico ricorso alla questione di fiducia sterilizzava il suo voto in un necessario "sì". Infatti, le questioni di fiducia, almeno quelle sui d.l. nn. 6/2020 e 19/2020, rispondevano prevalentemente all'esigenza di ricondurre all'ordine una maggioranza parlamentare ribelle; non, dunque, di arginare l'ostruzionismo delle opposizioni, il cui numero di emendamenti si era mantenuto entro limiti fisiologici e quindi necessitava di correzione con rimedi estremi.

La seconda circostanza ha poi paralizzato del tutto il ruolo delle Camere: il Governo ha inaugurato una catena normativa, che, iniziata col decreto-legge, si è compiuta nei d.p.c.m., atti estranei alla giurisdizione del Parlamento in ragione della loro natura formalmente amministrativa³⁴. La sequela dei d.p.c.m. ha conformato con limiti incrementali l'intero fascio delle libertà fondamentali, noncuranti della protezione costituzionale rappresentata dalla coppia riserva di legge e riserva di giurisdizione. Qui vengono in rilievo le prime, che comportano che il legislatore parli per primo, dettando una disciplina sufficientemente prescrittiva del rapporto libertà/potere pubblico. Solo in seconda battuta potrà intervenire l'atto normativo secondario del governo, il regolamento. Nel caso in esame se è pur vero che il d.l. n. 6/2020³⁵ (ma il discorso vale anche per il successivo d.l. n. 19/2020³⁶) non ha disposto una girata in bianco al Presidente del consiglio, è innegabile che abbia fatto meno di quanto avrebbe dovuto fare per soddisfare l'assorbente attribuzione di competenza disposta dalla riserva. L'art. 2 del d.l. n. 6/2020 enumera infatti le misure restrittive delle libertà, ma lascia alla valutazione politica del Presidente del consiglio la scelta di quale rendere concretamente operante senza neanche vincolare il suo libero apprezzamento politico ai parametri della necessità, qui degradata ad adeguatezza, e della precauzionalità, qui diluita nella pro-

³³ Il riferimento è agli accordi informali, conclusi all'unanimità tra i presidenti di tutti i gruppi di Camera e Senato, per lavorare a ranghi ridotti in modo da assicurare il numero legale ed evitare il rischio del contagio dovuto al *plenum*. Tra i costituzionalisti che hanno parlato di un accordo *contra constitutionem* perché "incide sul voto, diritto inalienabile della funzione di ciascun parlamentare": M. VILLONE, *Camere a eletti contingentati è in-costituzionale*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2020.

³⁴ Tra i molti, cfr.: F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24 ore*, 13 marzo 2020; T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Giur. it.*, 5, 2013, pp. 1027 ss. e N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale dir. amm.*, 12, 2012, pp. 1209 ss.

³⁵ Reperibile in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/23/20G00020/sg>.

³⁶ Reperibile in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/25/79/sg/pdf>.

porzionalità, non sempre peraltro rispettata³⁷. Ne è venuto fuori un quadro delle libertà fondamentali – si pensi a quella personale, che con il divieto di allontanamento dalla propria dimora è accostabile alla misura dell’arresto domiciliare – ridefinite, non dalla legge, e neppure dal decreto-legge, più che legittimo vista l’urgenza del provvedere, ma da un atto formalmente amministrativo del Presidente del consiglio. La degradazione della fonte³⁸, e con essa l’amministrativizzazione delle libertà, ha indebolito la protezione riservata ai diritti fondamentali, stante la diversità del regime giuridico del d.p.c.m. da quello proprio del decreto-legge. Il primo infatti ha un’efficacia definitiva, contro la provvisorietà del decreto-legge; si risolve nella volontà incontestabilmente monocratica del Presidente del consiglio, cui fa da contraltare la subordinazione del decreto-legge alla parola ultima del Parlamento; è esente sia dall’esame di legittimità preventivo e sommario del Capo dello Stato che da quello successivo e approfondito della Corte costituzionale, ai quali invece il decreto-legge non si sottrae³⁹.

Questo affannoso rincorrersi tra fonte primaria e sub-secondarie non è stato occasionale, ma si è ripetuto a ondate periodiche: la medesima sequenza si legge nel d.l. n. 19/2020⁴⁰ e nei d.p.c.m. derivati. Questo decreto si colloca su un piano non distante dal d.l. n. 6/2020, prima esaminato; e il fatto che ripresenti le misure sacrificatorie dei diritti contenute nei d.p.c.m. antecedenti non serve a sanare i vizi di questi ultimi perché al tempo in cui lo strappo alla riserva di legge si consumava, il d.l. n. 19/2020 non esisteva ancora⁴¹.

³⁷ V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 10.

³⁸ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 16; S. LIETO, *Emergenza e compatibilità costituzionale tra limitazione dei diritti, concentrazione dei poteri e sicurezza*, E.S., Napoli, 2023, p. 195, invita il lettore a riflettere sulla distribuzione emergenziale delle fonti, che potrebbe comportare «la configurazione di nuovi assetti normativi, sia nel senso di una stabilizzazione dei modelli sperimentati in via di prassi, sia di nuovi dispositivi ad hoc in vista di eventi analoghi in futuro».

³⁹ A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, disponibile all’indirizzo <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri107.pdf>, 6 aprile 2020, p. 217; l’Autore lamenta con la consueta chiarezza l’insufficienza del controllo giurisdizionale sui d.p.c.m. e quindi l’urgente «bisogno di promuovere e far valere i controlli di natura politica (in senso lato), tra i quali annovero qui quelli posti in essere dal Presidente della Repubblica sugli atti del Governo».

⁴⁰ Disponibile all’indirizzo <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/25/20G00035/sg>.

⁴¹ F. ANCORA, *Coronavirus, spostamenti, motivazioni*, disponibile all’indirizzo <http://rivista.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=view&path%5B%5D=574&path%5B%5D=465>, 174, rileva l’ulteriore criticità data dalla sfuggevolezza del linguaggio prescrittivo dei d.p.c.m. in contrasto con la certezza del diritto.

Va però sottolineato un elemento di novità del d.l. n. 19/2020: non si legge più la clausola di apertura – disposta nell’art. 2 del d.l. n. 6/2020 – a favore di misure innominate restrittive dei diritti, da prescriversi in caso di insufficienza dei rimedi tipizzati. Insomma, per uno sopravvenuto scrupolo di obbedienza costituzionale il d.l. n. 19/2020 non ripresenta la clausola in bianco e blinda le misure su quelle enumerate nel suo art. 1, ma, nonostante questa opportuna cancellazione, il decreto in esame continua nella sistematica alterazione del sistema delle fonti e nel trascurare quanto la riserva gli avrebbe imposto di fare⁴².

Né riteniamo che la parlamentarizzazione dei d.p.c.m. consegna a questi atti la necessaria copertura costituzionale. Il passaggio camerale è stato introdotto con l’emendamento 2.41⁴³ all’art. 2 del disegno di legge di conversione del d.l. n. 19/2020⁴⁴, che consente al Parlamento di esprimere il suo parere sulla misura transattiva ancora provvisoria tra le libertà, che retrocedono, e la salute pubblica, che avanza. Le Camere, quindi, non condivideranno col Governo il momento decisivo dei futuri d.p.c.m., perché si limitano a formulare un indirizzo politico non vincolante al Presidente del consiglio, che potrà per ragioni politiche disattenderlo. Infatti, a differenza di una legge di conversione, costitutiva ed essenziale per la definitiva efficacia del decreto, il parere parlamentare per la sua natura consultiva lascia alla discrezionalità politica del Presidente del consiglio la scelta di osservarlo o meno. Per cui mentre un d.p.c.m. guadagna definitivamente efficacia nonostante il parere contrario delle Camere, un decreto-legge la perde per mancata conversione; ancora la parlamentarizzazione del d.p.c.m. è una consultazione solo eventuale, potendo il Presidente del consiglio non provocarla in caso di urgenza, cui si oppone l’indispensabilità della legge di conversione, pena la decadenza del decreto. Né si può

⁴² Così A. D’ALOIA, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *Biolaw Journal*, Special issue, 1, 2020, p. 17.

⁴³ Leg. XVIII, *Elenco generale delle proposte emendative (110) in Assemblea riferite al C. 2447-A, All. A*, Seduta di martedì 12 maggio 2020, disponibile all’indirizzo https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/assemblea/html/sed0338/allegato_a.htm#.ART.2. Al comma 1, dopo il secondo periodo, aggiungere il seguente: “Il Presidente del Consiglio o un ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo. *2. 51. (Testo modificato nel corso della seduta). Ceccanti, Enrico Borghi, Fassina, De Luca, Bruno Bossio, Navarra, Nesci. (Approvato)”.

⁴⁴ Leg. XVIII, *AC n. 2447, Disegno di legge di conv. recante “Conversione in legge del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19”*, ora convertito con l. 22 maggio 2020, n. 35, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2020-05-22;35>.

condividere la tesi, secondo la quale il passaggio parlamentare costringa indirettamente il Governo a desistere dal ricorso al d.p.c.m. perché l'effetto di *moral suasion* connesso alla parlamentarizzazione è inibito quando ragioni di urgenza giustificano il perfezionarsi del d.p.c.m. senza il passaggio parlamentare; in assenza di urgenza invece, il Governo non si avvarrà del d.p.c.m. proprio per la norma sulla parlamentarizzazione. Dunque, in entrambi i casi l'effetto induttivo non si avrà, contrariamente a quanto auspicato nella mozione di maggioranza dell'11 maggio⁴⁵.

In sintesi, se si ritiene che i d.p.c.m. violino la gerarchia delle fonti, la parlamentarizzazione non è in grado di ripristinarla perché essa copre con una parvenza di legittimità costituzionale una catena normativa che, nata illegittima, continua a esserlo.

In sintesi, questa inedita sequenza regolatoria fondata sui decreti-legge e d.p.c.m. solo formalmente rispetta la gerarchia delle fonti, ma nella sostanza aggredisce l'ordine gerarchico e le riserve in ragione di un tessuto normativo, che sposta la prescrittività regolatoria dal decreto-legge al d.p.c.m., promosso sul campo a fonte monocratica quasi primaria.

Conclusivamente, pur in assenza di una clausola emergenziale, il Governo trovò nell'emergenza pandemica un'occasione per creare catene normative che si collocano fuori dal dettato costituzionale⁴⁶. Inoltre, al frenetico susseguirsi delle fonti primarie o pseudo tali a livello statale seguì un'onda di ordinanze comunali e regionali, spesso antinomiche, che mise in tensione l'unità della politica governativa emergenziale⁴⁷.

4.1. *La sorte del nocciolo duro dei diritti*

Il secondo binario della nostra clausola si articola nell'osservanza del nocciolo duro dei diritti, la parte insopprimibile di ogni libertà, indisponibile non solo al privato, ma anche al potere pubblico qualunque forma assuma, interna e sovranazionale, ordinaria e straordinaria. Quindi, tale contenuto essenziale è inderogabile anche dal potere emergenziale.

Quanto alla definizione di questo minimo indefettibile, esso non si pre-

⁴⁵ *Mozione* (primo firmatario D. CRIPPA *et alii*) n. 1-00348, in *Camera dei Deputati, Leg. XVIII, Resoconto d'Assemblea, All. A*, Seduta di lunedì 11 maggio 2020, https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0337&tipo=documenti_seduta.

⁴⁶ Una tesi intermedia tra l'illegittimità e la legittimità dei d.p.c.m. si deve a: G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, p. III, che parla di: "auto-assunzione di un potere *extra ordinem* che si legittima per via di necessità".

⁴⁷ S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 542, dove l'Autore critica l'attivismo regionale perché invasivo dell'"esclusività delle competenze statali nel caso di un'emergenza sanitaria di tali dimensioni, almeno nella fase delle misure di confinamento e di blocco delle attività produttive".

sta a essere disegnato una volta per tutte ed *ex ante* dalla disposizione costituzionale emergenziale, perché non è un'entità immobile e autonoma dalla relazione col diritto antagonista, con cui di volta in volta si rapporta⁴⁸.

A una clausola emergenziale che ingessa il nocciolo duro in una dimensione assoluta e statica si preferisce pertanto una costruzione progressiva nel tempo e *per relationem*, dove il *case law* della Corte costituzionale è il termine di questo rinvio mobile. Questa tecnica consentirà l'adattamento costante del testo all'evolversi giurisprudenziale, evitando così continue revisioni formali della disposizione emergenziale.

Torniamo ora all'esempio della gestione emergenziale durante il Covid per valutare se la catena normativa dei decreti-legge e d.p.c.m., di cui si è detto, abbia rispettato o compromesso il nocciolo duro delle libertà implicate.

Ebbene, nella prima fase dell'emergenza da Covid-19 il diritto alla salute è stato ritenuto prevalente sulle altre libertà; il Governo infatti si è assunto la responsabilità di rovesciare l'equiordinazione disegnata dal Giudice Supremo⁴⁹ e ha consegnato una posizione di vantaggio al diritto collettivo alla salute, consentendogli di tiranneggiare su ogni altra situazione soggettiva in ragione del fatto che, se non fosse assicurata la vita, ogni altra pretesa sarebbe inutilmente riconosciuta per mancanza del titolare o per sua impossibilità a esercitarla. Quindi, tutte le libertà sono divenute simultaneamente recessive, anche quelle che era inutile sacrificare, come si vedrà nel prosieguo⁵⁰.

Nella fase due – quella avviata dal d.p.c.m. 26 aprile⁵¹ – questa supremazia si è rovesciata al tocco di una bacchetta magica, che la ha orientata a favore della ripresa economica. E allora il bilanciamento ha ribaltato l'ordine delle priorità poste nell'iniziale d.l. n. 6/2020, e la salute, bene

⁴⁸ Sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, cit., in part. pp. 111-132, per una ragionata ricostruzione dell'istituto proprio in riferimento alle leggi della paura e per l'articolazione nel tempo delle diverse posizioni dottrinali sul tema.

⁴⁹ Emblematica per la sua chiarezza la sentenza della Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85 (c.d. caso Ilva).

⁵⁰ Si veda leggendo il dialogo tra S. PRISCO e F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, in *Osservatorio emergenza Covid-19. Paper*, 24 marzo 2020; per le osservazioni sul sacrificio eccessivo delle libertà antagoniste si rinvia a: A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 558 e C. MAGNANI, *Libertà d'espressione e sfera pubblica nell'emergenza: crisi del costituzionalismo?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2023, p. 102. In termini più generali si veda: European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights Report – 2023*, 2024, p. 4 ss., in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2023-fundamental-rights-report-2023_en_1.pdf.

⁵¹ Reperibile in http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/Dpcm_img_20200426.pdf.

supremo fino al mese di aprile, è stato costretto ad arretrare da maggio in poi dinanzi all'iniziativa economica. Il d.p.c.m. 26 aprile ha imposto dunque una lettura dei diritti sensibile alla volontà politica delle maggioranze di turno, che a loro volta hanno assecondato gli interessi dell'imprenditoria, ansiosa di rimuovere il blocco produttivo a qualunque costo. Questa forte pressione di una sola classe produttiva sul decisore politico spiega le ragioni per cui la salute da bene sommo e inviolabile degrada a valore trascurabile, superato dalla ripresa economica, che guadagna l'apice nella gerarchia dei valori. Il fatto che la Corte abbia costantemente escluso il bilanciamento tra grandezze ineguali, libertà fondamentali e diritti economici, rimanda alla precisa volontà di preservare le libertà dal calcolo economico del momento, perché meritano di essere difese e messe in sicurezza anche dal pericolo rappresentato dalla volontà maggioritaria delle forze di governo. Ma questo non è stato il risultato perseguito dal d.p.c.m. 26 aprile.

Ora chiediamoci se i d.p.c.m. nel condurre indebitamente questo bilanciamento si siano attenuti ai principi di proporzionalità e necessità, che sono il faro che deve guidare il legislatore primario e, a maggior ragione, quello secondario.

Qui il bilanciamento tra il sacrificio alle libertà, che arretrano tutte insieme, e il guadagno di quell'unica che avanza, il diritto collettivo alla salute, non è stato condotto in modo selettivo, perché l'intero fascio delle libertà fondamentali, da quella personale a quella di culto, ha subito una drastica riduzione in termini indifferenziati e simultanei al punto che sarebbe più corretto parlare di un sostanziale azzeramento dei diritti che non di una loro compressione relativa: si pensi alla libertà personale, costretta tra le mura di casa in obbedienza al divieto di uscire dalla propria dimora. Sarebbe stato più ragionevole selezionare quale diritto comprimere di più e quale in misura minore in ragione della idoneità funzionale di ciascuna libertà a esporre la collettività al rischio del contagio. Stessa grossolanità si coglie nel d.p.c.m. 9 marzo 2020⁵², che estende il c.d. *lockdown* all'intero spazio nazionale, indipendentemente dal grado di esposizione al rischio dei singoli territori che questo spazio compongono. Neppure il d.p.c.m. 26 aprile 2020 si sottrae a questa critica, poiché nel compiere l'azione opposta ai primi d.p.c.m., alleggerisce il peso gravante sui diritti fondamentali e sulle libertà economiche, uniformandolo territorialmente. Un'azione politica più sofisticata avrebbe dovuto graduare l'alleggerimento *ratione loci* perché questo allentare poteva essere ancora insufficiente in una zona

⁵² Reperibile in https://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-03-09&atto.codiceRedazionale=20A01558&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario.

con indice di rischio prossimo allo zero; mentre la medesima misura sarebbe potuta risultare eccessiva dove permaneva un elevato grado di pericolo. Questa mancata differenziazione per oggetto e territorio ha reso queste misure di ritorno alla normalità viziate per irragionevolezza o per difetto di indispensabilità.

Il loro scostamento dal parametro della necessità è ancora più evidente se si considera che le misure sono legittime se rappresentano l'estrema ratio, cioè se superano la prova della necessità, vale a dire se non esista altro rimedio meno sacrificatorio di quello disposto per gli stessi diritti. Ebbene, questa valutazione di ultima spiaggia non sembra aver preceduto i tanti d.p.c.m. Infatti, se l'obiettivo era prevenire il diffondersi del contagio tra la popolazione, tenerci tutti in casa non era indispensabile, perché lo stesso risultato di contenimento si poteva conseguire con un'efficace azione di presidio sul territorio diretta a rilevare la catena dei contagi e, dopo averli accertati, a disporre verso taluni soggetti, non verso tutti indiscriminatamente, le misure adeguate al caso.

5. La fase di chiusura

Riteniamo necessario completare l'ipotetica clausola emergenziale con la previsione in capo al Parlamento, già titolare del potere di dichiarare l'emergenza, anche di quello di prorogarla, nel caso in cui lo stato di necessità si dovesse protrarre oltre il termine inizialmente previsto. Quindi, se il Parlamento non fosse stato il responsabile della prima mossa perché di fatto anticipato da un Governo più sollecito di lui nel dichiarare con decreto-legge l'emergenza, non per questo sarebbe estromesso definitivamente dal processo emergenziale, il quale non si esaurisce in un unico atto, snodandosi invece in una sequenza di atti e fatti tendenti al recupero della normalità. Infatti, l'Assemblea rappresentativa avrà almeno altre due occasioni per affermare la sua presenza: nel convertire il decreto, cioè quando rilegge la valutazione governativa in merito all'indispensabilità iniziale di avviare la situazione emergenziale, che potrà non condividere rifiutando la conversione; e poi nell'approvare la legge di proroga⁵³, cioè quando il Parlamento sceglie se differire o meno la durata dello stato di

⁵³ Allo stesso modo il Parlamento dovrebbe essere investito anche del potere di ritirare lo stato d'emergenza in anticipo sulla scadenza del termine, qualora non reputasse più necessario il suo mantenimento, come del resto prevedeva l'art. 36-1 del citato progetto di revisione costituzionale francese, come risultante dal testo approvato in prima lettura dal Senato 22 marzo 2016 (<http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2015-2016/395.html>), il cui comma 7 prevedeva che: «[i]l peut être mis fin à l'état d'urgence par la loi ou par décret délibéré en conseil des ministres».

crisi. In questo momento ancora una volta potrà ritornare sulla decisione governativa di mantenere in vita la situazione straordinaria e decidere liberamente se farla propria o contestarla, negando la proroga.

E siccome il potere di proroga si può considerare un prolungamento di quello iniziale dichiarativo dell'emergenza, per ragioni di simmetria istituzionale andrebbe riconosciuto il suo esercizio, non la sua titolarità, anche al Governo che, con gli strumenti di cui dispone e alle condizioni prima dette, potrà decidere la proroga. In ogni caso, la legge di conversione del decreto-legge di proroga si dovrà attenere al modello speciale eventualmente previsto nella clausola emergenziale per la legge di proroga del Parlamento.

Bene si colloca nella nostra riflessione sulla scrittura di un'*emergency clause* un richiamo al pensiero di Ackerman⁵⁴. Lo studioso considera una regola di maggioranze crescenti al progressivo rinnovarsi nel tempo dello stato d'emergenza come una garanzia contro gli abusi del potere emergenziale. Così, il consenso necessario delle minoranze intorno alla proposta di proroga risulta giustificato dalla posta in gioco. Diversamente da come appare, l'oggetto di questa garanzia è evitare la trasformazione dello stato di diritto in un «*état de droit de nécessité*»⁵⁵, dove la temporaneità delle eccezioni alla legalità ordinaria tende a scivolare col trascorrere del tempo nella definitività della legalità straordinaria e quindi a introdurre, in luogo dell'ordine politico e giuridico preesistente, un'inedita normalità atipica.

Se l'obiettivo dell'Esecutivo è stabilizzare l'emergenza, ossia rendere permanente ciò che dovrebbe essere precario, è indispensabile il consenso delle minoranze, il cui assenso deve crescere man mano che l'emergenza esce dalla temporaneità per avvicinarsi al paradigma della definitività. Quindi, compiere questa conversione causale della fattispecie emergenza – in un'espressione normalizzare lo stato d'eccezione, evento comunque sconsigliabile per la sua pericolosità – richiede una consapevolezza e un'aggregazione di consensi ben più ampie di quelle sufficienti a sostenere un Governo.

⁵⁴ B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2006 (trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008), pp. 116-121.

⁵⁵ Così: S. PIERRE-CAPS, *Constitutionnaliser l'état d'urgence?*, in *Civ. eur.*, 31, 2016, p. 153; D. DYZENHAUS, *L'état d'exception*, in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tomo II, *Distribution des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 751-752, rilevando che: «Un état d'exception permanent semble être une contradiction dans les termes. Si les Conditions sont telles que l'ordre politique et juridique doit être reconfiguré indéfiniment, c'est le nouveau normal, pas un état d'exception».

Lo studioso espone le esigenze di fondo a sostegno di questa raffinata costruzione giuridica. L'Esecutivo, soggetto politico favorito dall'emergenza come destinatario di poteri innominati necessari a gestirla, è incline a conservare il più a lungo possibile questa situazione di "grazia istituzionale". Ebbene, prevedere il consenso crescente delle minoranze parlamentari al rinnovarsi della domanda governativa di differimento dello stato emergenziale può essere un efficace contrappeso a una richiesta di proroga priva del necessario presupposto.

Se consideriamo la situazione da un altro punto di vista, si potrebbe ritenere che il dibattito pubblico, la votazione alla Camera e al Senato, l'uscire dal segreto delle stanze del potere possano o rafforzare la convinzione di mantenere in vita il regime eccezionale o smascherare il tentativo di affermare uno stato di polizia. L'alternativa si scioglie nel dibattito assembleare e nel maggiore coinvolgimento del pluralismo politico-rappresentativo: un esito conservativo o eliminativo della situazione eccezionale che solo le maggioranze crescenti potranno garantire⁵⁶.

All'esigenza di evitare l'asservimento dei poteri straordinari a scopi eversivi si accompagna un ulteriore bisogno: le libertà retrocedono forzatamente dinanzi all'imperativo emergenziale, senza neppure la prova di un'effettiva aggressione alla sicurezza. Allora se questa inversione del rapporto libertà-sicurezza tende a stabilizzarsi nel tempo, è più che opportuno riservare alle minoranze, soggetto unitario almeno nella difesa politica delle libertà, la parola ultima sul conservare questa relazione a termini invertiti, o invece ripristinarla nella sua corretta fisiologia. Anche in merito a quest'esigenza, la scala mobile che Ackerman valorizza si propone come uno strumento che esprime una presunzione di principio a favore delle libertà.

A ciò si aggiunga la considerazione che questo consenso addizionale possa avere un duplice effetto positivo sull'Esecutivo: da un lato, lo disincentiva ai colpi di mano, trasformando il temporaneo in definitivo, perché il Governo non ha certezza di ottenere la proroga richiesta; dall'altro, lo invita a un cauto uso dei poteri emergenziali, visto che dovrà cercare il consenso fuori dalla sua maggioranza.

A questo punto, rileviamo però un punto debole nella teoria dello studioso: la sua impostazione unilaterale. Il veto delle opposizioni rappresenta il vero presidio per la democrazia che merita di essere protetta, cioè posta al riparo da presumibili tentativi egemonici e da mire totalitarie, specialmente in tempi di crisi. E in questa illimitata fiducia nella funzione garantista del veto, Ackerman dimentica che le opposizioni si potrebbero

⁵⁶ Spiega bene questa esigenza B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, cit., p. 117.

avvalere di questo strumento al solo fine di disturbare l'azione di governo, cioè per meri scopi emulativi, avversariali all'Esecutivo.

Con ciò non si vuole dire che il «sistema della scala mobile» debba rimanere fuori dalla ipotetica clausola emergenziale introdotta in via di revisione costituzionale, ma che non andrebbe enfatizzata la sua funzione protettiva dalle proroghe abusive in quanto, diventato un elemento eccezionale della dinamica antagonista tra maggioranza e opposizione, risponderà alla logica politica del gioco delle parti. Quindi, la minoranza userà il veto o comunque minaccerà di farlo a prescindere dal venir meno del fatto emergenziale e lo finalizzerà a un risultato politico e quindi non necessariamente al ritorno alla normalità; con ciò il veto perderà i suoi attributi di prestazione neutrale posta a difesa della legalità istituzionale.

6. Verso le conclusioni

In attesa che il legislatore di revisione scriva l'*emergency clause*, sempre che la ritenga opportuna, chiediamoci se l'ordinamento possenga in sé i rimedi per autoconservarsi.

La puntuale individuazione dei mezzi con cui un ordinamento giuridico assediato dall'emergenza – qualunque sia la sua causa, naturale o umana – difende la sua sopravvivenza è un'operazione preliminare alla loro applicazione, e quindi merita di essere esaminata per prima.

Consideriamo un'emergenza causata dall'uomo, ad esempio, gli attacchi terroristici, che oggi si manifestano con modalità endemiche, pulviscolari e ricorsive, un tempo sconosciute; ebbene, dinanzi a questo pericolo non occasionale lo Stato di diritto non può rispondere con le stesse armi dei suoi aggressori. Il problema di ogni democrazia è appunto una questione di mezzi: essa dispone di azioni difensive e preventive più limitate in quantità e qualità di quelle dell'"ordinamento" dell'illegalità. Se lo Stato reagisse a un eccidio torturando i terroristi catturati in quanto potrebbero fornirgli utili notizie per evitare successivi attacchi, accetterebbe di fare esattamente ciò che il terrorismo gli intima. Invece, nella lotta contro il terrorismo, la democrazia deve continuare a essere se stessa e quindi agire in accordo con i canoni dello Stato di diritto. Durante una situazione d'emergenza si avverte più forte il bisogno di rispettare le regole⁵⁷ di quanto lo si percepisca in tempi normali, perché la situazione straordinaria è solo una parentesi di vita eccezionale, che si apre e si chiude all'interno di un contesto ordinamentale temporaneamente alterato, congelato

⁵⁷ F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, cit., p. 29.

nell'esercizio di alcune sue funzioni, confinato in uno stato di sospensione, dal quale deve uscire quanto prima per ritornare alla sua piena dimensione costituzionale.

La cultura della legalità è innanzitutto divisione dei poteri. Ebbene, il discorso su come ripartire i poteri emergenziali tra Parlamento e Governo è già stato sviluppato nelle pagine precedenti, invece quello relativo a come regolare i confini tra il Legislatore e la Corte costituzionale va ora completato nel rispetto delle coordinate dello stato di diritto: dalla sua corretta impostazione dipenderà la complessiva compatibilità costituzionale del governo dell'emergenza.

Esaminiamo ora il dover essere del legislatore e del giudice.

Il primo – nel suo duplice volto del Parlamento e del Governo legittimati a diverso titolo alla decisione politica sull'emergenza – andrà richiamato alla stretta osservanza del binomio precauzionalità/proporzionalità nel disegnare le misure di contrasto alla strategia del terrore, la cui aderenza non richiede alcuna innovazione normativa, neanche a livello ordinario, trattandosi di principi desumibili dai dettati costituzionali esistenti, e ampiamente elaborati dalle Corti Supreme.

E siccome in questa comparazione tra ineguali, i due piatti della bilancia sono disallineati in origine in quanto confrontano un danno attuale alle libertà con un vantaggio futuro e ipotetico alla sicurezza, il legislatore dovrà riportarli in equilibrio, disegnando misure asimmetriche benevole, cioè dirette a procurare un minore sacrificio alle libertà a fronte del maggior vantaggio alla sicurezza a compensazione della discrasia temporale tra i due beni in gioco.

Quanto alla regola della precauzionalità, essa si dirà osservata se il legislatore avrà sacrificato un diritto a fronte dell'inevitabile necessità di prevenire un pericolo serio e attuale. Dunque, la legge della paura, per intenderci quella diretta a prevenire e reprimere i fatti di terrorismo⁵⁸, dovrà stare attenta a non ricadere nelle facili tentazioni delle valutazioni legali tipiche, cioè di quelle tecniche che con presunzioni assolute reputano certo un evento la cui pericolosità è considerata astrattamente sussistente, avendo omesso di verificare con prognosi *ex ante* l'attitudine concretamente lesiva della condotta. I reati di pericolo in astratto, molto apprezzati dal legislatore, comprimono nell'immediato i diritti a fronte di una minaccia terroristica priva di una concreta attitudine lesiva della sicurezza.

Infine, il legislatore si dovrà arrestare nel comprimere i diritti prima di intaccarne il nocciolo duro che, costituendo il minimo indefettibile di ciascuna libertà fondamentale, si oppone come limite insuperabile sia al po-

⁵⁸ Ci sia consentito per un'ampia trattazione di questa tipologia di rinviare al nostro lavoro monografico, *Costituzione Emergenza e Terrorismo*, cit., in part. pp. 61-85.

tere di modificare in via permanente l'assetto costituzionale, cioè alla funzione di revisione, sia a quello di derogare in via temporanea alle garanzie dei diritti, cioè alla funzione di emergenza, come si è detto nelle pagine precedenti. Questo nocciolo duro concorre con i principi fondativi a mantenere invariata l'architettura di un dato ordinamento politico-giuridico, rappresentando il suo minimo identitario sufficiente a distinguerlo da un altro ordine, autonomo e sovrano come il primo.

Se il legislatore venisse meno a quanto ora indicato, dovrebbe entrare in gioco la Corte costituzionale, la cui tolleranza verso il legislatore ha consentito finora che discipline emergenziali scivolassero verso la definitività, che deroghe lievi ai diritti evolvessero in vistosi strappi allo statuto inderogabile delle libertà fondamentali, che misure proporzionali e precauzionali mutassero in norme irragionevolmente asimmetriche e governate da presunzioni assolute.

Dato il mutamento identitario del fenomeno terroristico, il giudice costituzionale non potrebbe più concedere quelle generose aperture di credito finora accordate al legislatore della paura. Questo cambio di rotta si impone perché il Giudice supremo non potrà più ricorrere all'argomento della temporaneità per limitarsi ad annunciare, non già a disporre, le illegittimità costituzionali rilevate in quanto la transitoria violazione della Costituzione può al più rappresentare un'esimente all'annullamento delle sole norme a efficacia predefinita nel tempo, ragionamento questo, comunque da noi non condiviso in radice. Questa via è preclusa quando, a causa di un terrorismo divenuto una presenza stabile nella vita delle persone, anche l'azione regolatoria tende a permanere, il che esclude il ricorso alla giustificazione della ragionevole parentesi temporale entro cui si consuma l'illecito costituzionale, in quanto il nuovo modello di legge della paura è temporaneo solo nel senso che esibisce un termine iniziale, posto nella consapevolezza e nell'attesa di un numero indefinito di proroghe successive. Né dall'altro canto si chiede al Giudice di invadere opportunità e merito politico, terreni a lui preclusi, ma di riappropriarsi dei suoi strumenti di riesame che gli consentono, al di là della mera legittimità formale, di arrivare alla sostanza della decisione normativa, sempre che vi siano sintomi di eccesso di potere legislativo tali da far sospettare il cattivo uso della funzione normativa emergenziale, ferma restando la necessità di un loro concreto accertamento. Qui si chiederebbe al Giudice di riesaminare secondo ragionevolezza l'indispensabilità dell'arretramento dei diritti, la compensazione nei limiti del possibile vantaggio alla sicurezza con la probabilità di avveramento dell'evento temuto⁵⁹. La Corte

⁵⁹ O. PFERSMANN, E.A. IMPARATO, *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzio-*

non deve esprimersi sull'adeguatezza della misura di compressione, né tantomeno sulla validità della misura in sé e per sé, perché non le compete di valutare se questo «sia il mezzo più appropriato per sradicare o, almeno, per fronteggiare con successo il terrorismo [...] perché si risolverebbe in un sindacato su una scelta operata in tema di politica»⁶⁰.

Senza considerare poi che nel momento in cui la Corte si dovesse riappropriare del suo compito su questo tema, l'esito non sarebbe quello di impedire al legislatore della paura di derogare alle regole costituzionali sulle libertà fondamentali, altrimenti il diritto eccezionale non sarebbe più tale. La Corte sarebbe più correttamente chiamata a verificare se le deroghe abbiano rispettato il nocciolo duro dei diritti, e disposto una disciplina alternativa a quella costituzionale limitatamente alla parte debole di ciascuna libertà. Quindi, al Giudice sarebbe richiesto di rendere quella prestazione di garanzia a tutela del minimo indefettibile dell'ordinamento, che è la ragione della sua esistenza.

Questo strumento, come per ogni domanda rivolta a un giudice, anche se supremo e garante della legittimità costituzionale, sarà sempre un rimedio estremo, cioè, operante solo se seguito e preceduto da misure ulteriori. E questo perché si vuole evitare che l'intera responsabilità della legalità dello stato emergenziale gravi in via esclusiva sul potere giudiziario, che verrebbe impropriamente investito del ruolo di risolutore di ultima istanza dell'emergenza. In un contesto democratico, questo ruolo andrebbe piuttosto condiviso, giocato cioè tra un concerto di autorità che intervengono secondo un preciso ordine di ingresso: innanzitutto il decisore politico e solo in seconda battuta il giudice delle leggi. Dunque, nella nostra visione si esclude l'affidamento della decisione sull'emergenza a un solo potere, sia esso politico o neutrale, perché la solitudine al potere porta con sé una torsione autoritaria inevitabile e, come tale, pericolosa in un sistema democratico.

In questo quadro in cui ciascun potere è chiamato a fare quanto gli compete – il legislatore in sede di valutazione originaria e iniziale sul se e come governare l'emergenza, e il Giudice in sede di riesame sulla idoneità dell'emergenza a conservare l'ordinamento – un posto non marginale spetterà anche ai cittadini.

Questi ultimi potrebbero prendere parte al giudizio dinanzi alla Corte con modalità al momento inedite, non necessariamente disegnate sul modello del sindacato di *amparo*⁶¹, e con l'utile effetto di rendere il proces-

ne, in *Federalismi.it*, n. 15/2023, p. 161, e, in part., pp. 178-180 sul riesame qualitativo e quantitativo della Corte sul rispetto dei limiti ai diritti.

⁶⁰ Corte cost., sent. 1° febbraio 1982, n. 15, un suo commento, tra i tanti, in *Giur. cost.*, I, 1982, pp. 85 ss.

⁶¹ Nella letteratura spagnola in argomento si vedano: M. CARRILLO, *La objetivación*

so costituzionale aperto alla partecipazione dei titolari delle libertà fondamentali, sempre che abbiano subito una concreta lesione di diritti per effetto di leggi irragionevolmente sacrificatorie. Del resto, in coerenza col principio per cui la pretesa processuale è il portato sul piano giustiziale di una pretesa già esistente a livello di diritto sostanziale, se il cittadino, e non solo lo Stato, è il titolare del diritto alla sicurezza, oltre che delle altre libertà fondamentali, dovrà poter Andare dinanzi a un giudice per far valere rispettivamente la sua pretesa alla sicurezza, aggredita da una legge della paura eccessivamente spostata sulla difesa delle libertà, o la sua riservatezza, minacciata da una legge eccessivamente liberticida.

Il fine ultimo è evitare che l'emergenza terroristica, nella sua ricorsività e ordinaria straordinarietà, porti a giustificare la rinuncia permanente alle libertà, che in questo caso sarebbe ancora più odiosa di un qualunque altro sacrificio, perché la compressione, un tempo misura eccezionale e transitoria, è divenuta di fatto normale e perenne.

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che non si tratterebbe di una perdita di diritti imposta indifferentemente a tutti, ma solo a coloro le cui libertà vengono compresse, a dispetto di un atteso vantaggio, in termini di protezione della sicurezza, spettante a chiunque, anche a quelli che non hanno sopportato nessuna restrizione. Quindi, la dinamica di questo scambio delle libertà contro la sicurezza almeno dovrebbe operare nel rigoroso rispetto di quanto richiesto dalla coppia proporzionalità/precauzionalità, considerato che quotidianamente si consuma un *do ut des* asimmetrico nel suo fisiologico funzionamento: «So the kind of tough actions, the “lesser evils”, that are sanctioned by the need to defend democracy against its enemies, can do temptingly good work as explanations of why the liberty of some must be truncated to preserve the security of the whole»⁶².

Ora, quel parallelismo con i diritti sociali prima avviato si compie nel senso che, come queste situazione soggettive vengono sacrificate proprio quando ci sarebbe maggior bisogno di *welfare state* perché, se si riduce la ricchezza, le classi meno agiate vengono private in tutto o in parte delle prestazioni suppletive di cui godevano nei periodi di espansione economica; così durante l'emergenza terroristica, in cui l'autorità guadagna terreno a discapito dell'individuo e delle sue libertà, queste andrebbero maggiormente sussidiate per evitare che arretrino oltre misura in nome della sicurezza. Il parallelo tiene fino in fondo: i diritti sociali sono quelli che

del recurso de amparo: una necesidad ineludible, in *Rev. Vasca Adm. púb.*, 2008, pp. 87 ss.; F. CORDÓN MORENO, *El proceso de amparo constitucional*, La Ley, Madrid, 1987, pp. 14 ss.; A. ESPINOSA DÍAZ, *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*, 2010, in http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf.

⁶² Così: C. GEARTY, *Liberty and security*, Polity Press, Cambridge, 2013, p. 97.

pagano il prezzo più alto della crisi economica, le libertà fondamentali sono sacrificate più di ogni altro valore in tempo di minaccia alla sicurezza.

Lo stato di diritto non dovrebbe permettere questo ossimoro e, per ritornare alla nostra similitudine, dovrebbe accordare una protezione aggiuntiva alle classi meno fortunate nei periodi di ricchezza decrescente e allo stesso modo rafforzare i presidi alle libertà minacciate da un pericolo terroristico ad aggressione crescente e abituale.

Se legislatore e giudice deviano dai loro compiti, il terrorismo ha vinto. Il pericolo maggiore però non viene dal futuro attacco, quanto da quegli atteggiamenti dello stato di prevenzione⁶³ che tendono ad affermarsi come un'abituale pratica di governo e offrono ai cittadini una prestazione di sicurezza assolutizzante che prescinde dall'esistenza di uno stato di necessità, al punto di trasformare una condizione atipica e temporanea del potere in un paradigma ordinario e definitivo di esercizio della sovranità.

Quindi, si propone la cultura della legalità come metodo politico di lotta civile al terrorismo, capace di affermare una sua moralità interiore, basata sul rispetto della dignità e dell'uguaglianza di tutte le persone, sul sacrificio delle libertà solo se strettamente indispensabile, sulla trasparenza e massima corralità possibile dei luoghi della decisione sull'emergenza. Libertà e democrazia sono gli unici beni meritevoli di essere difesi in tempo di terrorismo⁶⁴, perché quando le cose vanno bene non corrono alcun rischio di menomazione; quando tali valori sono in tensione, lo Stato li baratta contro un'improbabile sicurezza. Se ciò dovesse accadere con frequenza, cessato il periodo del terrore, l'ordinamento riconquisterà una "normalità anomala", nel senso che la vita istituzionale e delle persone non ritornerà a svolgersi come prima, perché questa fittizia normalità sarà stata conseguita con un sacrificio⁶⁵.

E allora chiediamoci: a chi gioverebbe la legge della paura, se il danno procurato fosse maggiore del pericolo dal quale prometteva di difenderci?

⁶³ In merito le belle osservazioni di E. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in C. AMIRANTE (a cura di), *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 75 ss.; da ultimo, riprese con arricchimento di idee da: G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 17 ss.

⁶⁴ R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, Relazione svolta al Collegio Ghisleri di Pavia, disponibile al seguente indirizzo: https://www.robertobin.it/ARTICOLI/Democrazia_terro_rismo.pdf.

⁶⁵ Sia consentito il rinvio a un nostro saggio, *Relazione di sintesi della prima sessione. Una pace mai cercata davvero*, in corso di pubblicazione su numero monografico di *DPCE on line*, 2024, per la medesima questione trattata rispetto all'emergenza bellica.

Intelligenza artificiale, libertà di espressione e moderazione dei contenuti *online* nell'età delle emergenze. Il ruolo di “*Global Regulator*” del *Digital Service Act*

di Lucia G. Sciannella

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il modello europeo del *Digital Service Act* e responsabilità delle piattaforme nella regolazione dei contenuti *online*. – 3. Effetto Bruxelles” e “reazioni secondarie” del *Digital Service Act*. – 3.1. “Effetto Bruxelles” del *Digital Service Act* e normativa statunitense: spunti di comparazione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La moderazione dei contenuti *online* rappresenta una delle questioni più dibattute nell'era digitale, ponendosi al crocevia tra la salvaguardia dell'ambiente *online* e la tutela della libertà di espressione. Per un verso, la moderazione dei contenuti è vitale per prevenire la diffusione di materiale illegale e dannoso, come incitamento all'odio e altri gravi ipotesi di reato, perseguibili ai sensi della normativa della gran parte degli ordinamenti giuridici. Per altro verso, tale attività non manca di porre sfide alla tutela della libertà di espressione, tra cui la determinazione del confine tra discorso accettabile e inaccettabile, l'intersezione tra normative giuridiche diversificate e territorialmente delimitate e una Rete che trova, inve-

ce, nell'aspatialità la sua principale connotazione identitaria, nonché il rischio di *bias* nei sistemi di moderazione automatizzati¹.

Recentemente, la pressione su piattaforme come *Facebook* e *Twitter* per moderare attivamente i contenuti è aumentata, soprattutto a seguito di eventi significativi e scandali relativi a interventi ritenuti lesivi della libertà di espressione². In risposta, le piattaforme hanno adottato tecnologie avanzate di Intelligenza Artificiale (IA) per filtrare i contenuti su vasta scala³, sollevando questioni relative agli errori di moderazione e alla mancanza di contesto nelle decisioni algoritmiche⁴.

¹ Nel 2002 eBay ha bandito i cimeli nazisti e del Ku Klux Klan, così come altri simboli di odio razziale, religioso ed etnico. Subito dopo, le piattaforme condivisero una comune battaglia per contrastare la pedopornografia. Insomma, aziende e non pochi Governi hanno, nel tempo, affinato questi strumenti di moderazione di prima generazione, perfezionando le politiche, facendo però crollare il mito che il cyberspazio potesse essere immune dalla legge. Cfr. R. BINNIS, R. GORWA, C. KATZENBACH, *Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance*, in *Big Data & Society*, 2020.

² Uno degli episodi più conosciuti di sospensione di un *account* è quello dell'ex Presidente degli USA, Donald Trump, il quale è stato permanente sospeso da Twitter e temporaneamente da Facebook e YouTube dopo l'assalto a Capitol Hill del 6 gennaio 2021. Inoltre, nel 2018, Ales Jones, il controverso conduttore del sito web, "Infowars", noto per la promozione di teorie del complotto, è stato bandito da diverse piattaforme, tra cui YouTube e Facebook, in ragione delle violazioni delle politiche interne contro l'odio e l'incitamento alla violenza. Nel 2020, Twitter ha bloccato la condivisione di un articolo del *New York Post* riguardante Hunter Biden, figlio del Presidente Joe Biden, citando preoccupazioni relative alle politiche sulla distribuzione di materiale ottenuto tramite hacking. La decisione ha suscitato molte critiche per il potenziale effetto di censura e di interferenza politica, portando Twitter a modificare successivamente le sue politiche sulla condivisione di contenuti hackerati. Anche la piattaforma YouTube ha spesso ricevuto critiche per la sua politica di demonetizzazione dei video che non sono considerati "adatti agli inserzionisti". Questo ha riguardato creatori di contenuto di vari ambiti, dai videogiochi ai canali di notizie, sollevando questioni sulla trasparenza e sulla coerenza dell'intervento di moderazione della piattaforma. Su queste tematiche, cfr., in particolare, G. GOSZTONYI, *Censorship from Plato to Social Media*, Springer, Cham, 2023; M. BUCALO, *La libertà di espressione in Rete fra content moderation dei social network e regolazione dell'Unione europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022; A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri*, in *Forumcostituzionale.it*, 2021, pp. 428 ss.; M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, pp. 811 ss.; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere: libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017; B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione?*, in *Federalismi.it*, 2019, pp. 2 ss.

³ La maggior parte delle piattaforme pubblica rapporti sulla trasparenza per quanto riguarda l'attuazione delle loro politiche di moderazione, dai quali si evince una crescita progressiva dei contenuti considerati illegali o dannosi. Ad esempio, secondo i dati forniti dal *Facebook Transparency Center*, da luglio a settembre 2022, i suoi moderatori hanno agito su 10,6 milioni di contenuti illeciti. Twitter ha agito contro 1,1 milioni di *account* a causa di comportamenti incitanti all'odio, tra gennaio e giugno 2021 (*Twitter Transparen-*

Più recentemente, l'emersione di una vera propria "età delle emergenze", legata all'intensificarsi di fenomeni terroristici e, da ultimo, alla pandemia e alla guerra⁵, con la circolazione di una quantità importante di in-

cy Center, 2021). I termini "illegale" e "dannoso" vengono spesso utilizzati insieme per caratterizzare contenuti *online* ritenuti problematici. Sebbene questi ultimi siano definiti, in taluni casi, in modo molto restrittivo se riferito a minori, più in generale vengono riferiti a contenuti offensivi e provocatori. Indubbiamente, ciò che effettivamente significa "illegale" varia da Stato a Stato, a causa delle leggi nazionali. Anche all'interno dell'ordinamento comunitario, un commento condiviso su Twitter potrebbe essere perseguito ai sensi del diritto nazionale in Germania, ma tollerato in Francia o Italia. Per tale ragione, le azioni di moderazione delle piattaforme sono specifiche per ogni singolo contesto nazionale (in tal senso, cfr. J. DELCKER, *Germany's balancing act: Fighting online hate while protecting free speech*, in *Politico*, 2020, <https://www.politico.eu/article/germanyhate-speech-internet-netzdg-ontroversiallegislation>; G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in *Federalismi.it*, 1/2022, pp. 83 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *L'Unione europea e regolamentazione del digitale: il Digital Services Package e il Codice di buone pratiche sulla disinformazione*, in *Nomos*, 2/2022, pp. 2 ss.; M. CIANCIMINO, *La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui Social Network*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2022; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Canterano, 2019, pp. 21 ss.; G. CASSANO, *Il caso Trump, la cacciata dai social media ed il diritto positivo. Brevi note in tema di ostracismo nell'era digitale*, in *Diritto di Internet*, 2021, pp. 217 ss.; P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 266 ss.).

⁴ L'avvento del Web 2.0 e, con esso dei forum e dei Social Network, ha spinto le piattaforme a sviluppare forme sempre più sofisticate di controllo dei commenti degli utenti, al fine di individuare contenuti che incitano all'odio o, più semplicemente, contrastare la disinformazione e la circolazione di notizie false. Tale attività è stata inizialmente affidata a moderatori umani ma, negli ultimi tempi, con l'aumento esponenziale dei contenuti *online*, vengono sempre più utilizzati *software* di intelligenza artificiale per creare *bot* in grado di riconoscere temi e comportamenti *online* ritenuti contrastanti con la *policy* interna delle piattaforme. Il risultato è un panorama sfaccettato in cui ogni sito web ha adottato criteri personalizzati per decidere cosa è consentito e cosa è, invece, da filtrare e rimuovere. Inoltre, l'attività è stata resa più complessa dall'approvazione, da parte dei singoli Paesi, di normative a tutela della privacy e dei diritti degli utenti *online*. A tutto ciò si è aggiunta una crescente pressione politica, poiché diversa è la chiave interpretativa per individuare quali contenuti debbano essere o meno tollerati nella sfera *online*. Cfr. D.K. CITRON, *Hate Crimes in Cyberspace*, Harvard University Press, Cambridge, 2014; M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

⁵ La pandemia ha rappresentato un importante banco di prova per la circolazione delle informazioni in Rete. Etichettato come "infodemia", il problema della cattiva informazione e della disinformazione legate al Covid-19 ha spinto Governi e piattaforme di *Social Media* a imporre varie restrizioni ai contenuti diffusi via web, proprio in ragione dell'alta pericolosità dei discorsi non sorretti da evidenze scientifiche. L'Organizzazione Mondiale della Sanità aveva esortato le piattaforme a esercitare i loro ampi poteri sulle proprie reti per soffocare la diffusione di informazioni false, sottolineando che la disinformazione si stava "diffondendo più velocemente del virus" (<https://www.bbc.com/news/technology-51497800>).

formazioni non vagliate con accuratezza, nonché di immagini e video di *deep fake*⁶, hanno spinto le piattaforme verso una revisione del tradizionale *toolkit* di moderazione dei contenuti *online*, mediante un utilizzo massiccio di *bot* di IA⁷, rendendo ancora più opachi i meccanismi che presiedono all'esercizio di tale importante attività⁸.

In questo scenario, il dibattito sia pubblico che istituzionale, particolarmente marcato in Europa⁹, ha rivelato una crescente sfiducia nella ca-

⁶ Il 15 marzo 2019, Brenton Tarrant si è connesso in Rete e ha pubblicato un messaggio su un *thread* di estrema destra, per diffondere annunciare un imminente attacco contro i propri "nemici". Circa venti minuti dopo, Tarrant è entrato in una moschea a Christchurch, in Nuova Zelanda, con un'arma automatica e una videocamera e ha trasmesso in *streaming*, su Facebook, l'uccisione di 51 persone. Facebook ha rimosso il *live streaming* 17 minuti dopo l'accaduto, lasciando però il tempo a 4000 persone di visualizzare il video. Nelle ventiquattro ore successive, Facebook ha rimosso il video incriminato 1,5 milioni di volte. Su risposta di alcuni Governi, le principali piattaforme *online*, come Facebook, Twitter e YouTube, si sono impegnate ad adottare misure specifiche per la rimozione immediata e permanente dei contenuti estremisti violenti (<https://edition.cnn.com/2019/03/15/tech/christchurch-internet-radicalization-intl/index.html>).

⁷ Ciò ha, di fatto, trasformato le piattaforme di *Social Media* in grandi e complesse infrastrutture, ossia sistemi integrati, in gran parte invisibili, altamente standardizzati, che monopolizzano la produzione e la circolazione delle informazioni. In particolare, le *Big Tech* hanno un numero straordinario di utenti, sono onnipresenti nella vita quotidiana e sono sempre più intrecciati con altri sistemi mediatici (così M. ANANNY, T. GILLESPIE, *Public Platforms: Beyond the cycle of shocks and exception*, University of Oxford, Oxford, 2017).

⁸ Nel solo mese di marzo 2020, in piena crisi da coronavirus, il gruppo Meta ha pubblicato avvisi di verifica dei fatti su 40 milioni di post relativi alla pandemia e ha rimosso centinaia di post che, secondo la *policy* dell'azienda, avrebbero causato disinformazione (<https://about.fb.com/news/2020/12/coronavirus/#combating-misinformation-overview>).

⁹ Il continente europeo si è, già da tempo, affermato, a livello globale, come un laboratorio di regolamentazione per quanto concerne la moderazione dei contenuti *online*. Il 1° gennaio 2018, in Germania, è stata approvata la *Network Enforcement Act* (*NetzDwerk-durchsetzungsgesetz* o NetzDG), con cui si è intervenuto nell'ambito delle attività di moderazione dei Social Network che contano almeno 2 milioni di utenti registrati, ritenendo le piattaforme responsabili in caso di diffusione di contenuti illegali, di cui all'art. 86 ss. c.p., che comprendono la propaganda di organizzazioni o l'utilizzo di simboli ritenuti contrari alla Costituzione tedesca, la diffamazione di gruppi religiosi o ideologici o insulti ad altri utenti. Le piattaforme sono tenute – a pena di sanzioni – a rimuovere i "contenuti manifestamente illeciti" entro 24 ore dal ricevimento della richiesta; in caso contrario hanno a disposizione 7 giorni per bloccare l'accesso, a meno che la verifica di illegittimità non si basi su altre circostanze di fatto e la rete rinvii tale valutazione a un organismo di autoregolamentazione riconosciuto. Le sanzioni sono ingenti (fino a 50 milioni di euro) e applicabili anche se il reato non è stato commesso in territorio tedesco. La legge è stata oggetto di forti critiche, poiché la velocità e le sanzioni imposte possono incoraggiare le piattaforme a ricorrere all'*overblocking* dei contenuti. Anche in Francia, con l. 22 dicembre 2018, n. 2018-1202, sono stati introdotti strumenti per combattere la "manipolazione dell'informazione" nel contesto delle campagne elettorali. Analogamente al caso tedesco, l'obiettivo del legislatore è stato di adottare misure volte a migliorare la trasparenza dell'attività di moderazione dei contenuti da parte delle grandi piattaforme. Nei tre mesi che precedono le elezioni, le piattaforme devono registrare in un pubblico registro *online*

pacità delle piattaforme *online* di autoregolarsi. Questo ha alimentato la pressante necessità di sviluppare strumenti di co-regolamentazione efficaci, in grado di obbligare le piattaforme ad assumere comportamenti più responsabili e trasparenti.

Il *Digital Service Act* (DSA), approvato recentemente dal legislatore europeo, è emblematico di questo cambiamento di paradigma. Rappresentando uno dei provvedimenti regolativi più avanzati nel campo della moderazione dei contenuti, il DSA ha imposto alle piattaforme digitali stringenti obblighi di trasparenza e *standard* di sicurezza, al fine di tenere in “debita considerazione” i “diritti fondamentali” degli utenti, così come riconosciuti nella Carta dell’UE¹⁰. Questo approccio articolato al costituzionalismo digitale, fatto proprio dall’UE, è sempre più considerato una risposta pragmatica alla problematicità della moderazione dei contenuti

l’identità degli utenti che pagano per la promozione di contenuti di interesse generale, nonché gli importi pagati e il modo in cui i dati degli utenti vengono utilizzati. Contrariamente al progetto originario, la legge non colpisce direttamente le *fake news*, ma riguarda soltanto i commenti che potrebbero alterare il processo elettorale e diffusi in modo mirato. Le piattaforme devono inoltre adottare misure di trasparenza e renderne conto dinanzi al *Conseil supérieur de l’audiovisuel*. Più recentemente, il legislatore francese ha approvato la legge “*sur le contenus haineux sur Internet*” (AVIA), allo scopo di combattere i contenuti d’odio in Rete, mediante l’obbligo, a carico delle piattaforme, di moderare i contenuti ritenuti “odiosi” entro 24 dalla segnalazione. Tale intervento normativo non ha però superato il vaglio di costituzionalità del *Conseil constitutionnel*, portando a un forte ridimensionamento delle sue disposizioni originali (su questi aspetti, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network*, in *Medialaws*, 1, 2017, pp. 186 ss.; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell’era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *Medialaws*, 1, 2017, pp. 91 ss.; E. MARIQUE, A. STROWEL, *La régulation des fake news et avis factices sur les plateformes*, in *Revue Internationale de droit économique*, 3, 2019, pp. 383 ss.).

¹⁰ L’UE ha già adottato una serie di misure di autoregolamentazione per contrastare la diffusione *online* di contenuti illeciti. Questi sforzi sono parte di un approccio più ampio per garantire che le piattaforme operino in modo responsabile e trasparente all’interno del mercato unico digitale. In particolare, nel 2018 è stato lanciato il Codice di buone pratiche contro la disinformazione, che rappresenta il primo tentativo di affrontare il problema della circolazione di contenuti falsi su scala transnazionale. Le principali piattaforme hanno aderito volontariamente a questo codice, impegnandosi, tra l’altro, a migliorare la trasparenza per quanto concerne la sponsorizzazione dei contenuti, a implementare politiche per identificare e chiudere account attivi nella diffusione di disinformazione. Dal 2016, l’UE ha altresì implementato un Codice di condotta per contrastare l’incitamento all’odio *online*, cui hanno aderito diverse piattaforme Social (Facebook, Microsoft, YouTube, Twitter). Il codice richiede alle piattaforme di rivedere e rimuovere contenuti di incitamento all’odio entro 24 ore dalla segnalazione. È stato un passo significativo verso la responsabilizzazione delle piattaforme nel moderare attivamente i contenuti che violano leggi statali sull’incitamento all’odio (in tema, cfr. O. POLLICINO, *I codici di condotta tra selfe-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, pp. 1051 ss.; M.R. ALLEGRI, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità del provider*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 207 ss.).

online gestiti da organismi privati¹¹, suscettibile di estendersi oltre i confini dell'UE e contribuire a stabilire un quadro unificato di principi e norme dell'ecosistema digitale¹².

Alla luce di quanto premesso, dopo aver indagato natura e portata dei singoli istituti introdotti nel DSA in tema di moderazione dei contenuti e responsabilità delle piattaforme *online*, l'obiettivo del presente contributo è quello di verificare se tale intervento regolativo possa contribuire all'emersione di un vero e proprio formante tecnologico, in grado di svolgere un ruolo centrale nella ridefinizione dei codici fondanti l'ordinamento giuridico europeo e, indirettamente, di quelli dei paesi terzi¹³. Nel caso in discorso, il ruolo del formante tecnologico si evidenzia nell'ambito dell'esercizio della libertà di espressione, in cui le trasformazioni di una realtà sempre più complessa, qual è quella dell'infosfera¹⁴, difficile da adattare ai concetti tradizionali, stanno determinando non solo la scomparsa dei principi sui quali si basa il paradigma liberale e costituzionale di tale "pietra angolare"¹⁵ dell'ordinamento democratico, ma anche a ridefinire le basi stesse del sistema di tutela che ne presidia l'esercizio.

Interessante, ai nostri fini, sarà verificare in che modo il sistema di *hard law*, elaborato dal legislatore europeo per responsabilizzare le piattaforme nell'attività di moderazione dei contenuti *online*, possa estendere il proprio impatto a livello globale, replicando il c.d. "effetto Bruxelles". Altrettanto interessante sarà indagare se tale regime possa servire da modello in grado di affermarsi come standard in altri ordinamenti giuridici, a partire da quello statunitense, per valutare in che misura il formante tecnologico possa sfidare la portata del Primo Emendamento.

2. Il modello europeo del Digital Service Act e responsabilità delle piattaforme nella regolazione dei contenuti online

Il *Digital Service Act*, approvato dal legislatore europeo il 19 ottobre 2023 ed entrato definitivamente in vigore il 17 febbraio 2024, rappresenta

¹¹ Cfr. G. FROSIO, C. GEIGER, *Towards a Digital Constitution*, in *Verfassungblog*, 20 febbraio 2024, <https://verfassungsblog.de/towards-a-digital-constitution/>.

¹² Nel caso di specie, il modo in cui le piattaforme di *Social Media* sono – o non sono – regolate influisce sui fondamenti normativi dell'ordine democratico (così G. SCHLAG, *European Union's Regulating of Social Media: A Discourse Analysis of the Digital Services Act*, in *Politics and Governance*, 11(3), 2023, p. 174).

¹³ D.C. NUNZIATO, *The Digital Services Act and the Brussels Effect on Platform Content Moderation*, in *GW Law Faculty Publications & Other Works*, 24(1), 2023.

¹⁴ L. FLORIDI, *The Logic of Information*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

¹⁵ Corte cost. 17 aprile 1969, n. 84.

lo sforzo più avanzato per regolamentare la moderazione dei contenuti da parte delle piattaforme *online*. Esso si rivolge direttamente a tutti i “prestatori di servizi intermediari”, come *Social Media*, servizi di *hosting*, *e-commerce*, *app store* e motori di ricerca, obbligandoli ad adottare un’ampia gamma di misure progettate per garantire la trasparenza e ridurre la circolazione di materiale illecito in Internet¹⁶.

Come già segnalato dalla Commissione europea¹⁷, i servizi della società dell’informazione sono diventati una parte significativa dell’economia del mercato UE e della vita quotidiana dei cittadini. Questi servizi sono oggetto di frequenti abusi da parte di terzi, soprattutto per quanto concerne attività illegali, come l’incitamento all’odio, la propaganda terroristica, la pedopornografia. In ragione di tale constatazione, il DSA intende favorire una “ambiente *online* sicuro”, partendo dal presupposto che «ciò che è illegale nel mondo offline dovrebbe essere illegale online»¹⁸. Poiché le piattaforme esercitano un controllo sulle azioni dei propri utenti, fornendo – o negando – l’accesso a un servizio, nonché moderando il dibattito, il DSA mira a ricondurre entro stretti ambiti di legalità il loro coinvolgimento in questo processo decisionale interno, imponendo una forma di regolazione pubblica del loro potere privatistico¹⁹.

Il raggiungimento di tale obiettivo è perseguito con la previsione di una serie di obblighi a carattere graduale e asimmetrico, in grado influire sull’attività *online* dei *providers*, in funzione della natura del servizio svolto e della dimensione. Tali obblighi mirano a conseguire obiettivi di interesse pubblico quali, «la sicurezza e la fiducia dei destinatari del servizio, compresi i consumatori, i minori e gli utenti particolarmente esposti al rischio di essere vittima di discorsi d’odio, molestie sessuali o altre azioni

¹⁶ Come chiarito dal considerando 40 DSA, «tali obblighi dovrebbero in particolare mirare a conseguire diversi obiettivi di interesse pubblico quali la sicurezza e la fiducia dei destinatari del servizio, compresi i consumatori, i minori e gli utenti particolarmente esposti al rischio di essere vittima di discorsi d’odio, molestie sessuali o altre azioni discriminatorie [...]».

¹⁷ Commissione europea, *Raccomandazione 2018/334*, 1° aprile 2018, in tema di «misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online».

¹⁸ Già menzionata nella risoluzione del Parlamento europeo sulle piattaforme *online* e il mercato unico digitale del 2017 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017IP0272>), tale definizione sconta il limite che le normative interne degli Stati membri sono diverse e, talvolta, anche contrastanti. Ad esempio, molti Paesi (Germania, Austria, Belgio, Francia) hanno adottato una legislazione specifica contro la negazione dell’Olocausto, mentre altri Paesi non hanno leggi specifiche in materia e, dunque, bisognerebbe far riferimento alla normativa generale sull’incitamento alla violenza per moderare, in maniera armonica, in tutto l’ordinamento comunitario, contenuti che negano l’Olocausto.

¹⁹ Cfr. A. CHANDER, *When the digital services act goes global*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 28, 2023, pp. 1068 ss.

discriminatorie», unitamente alla «tutela dei pertinenti diritti fondamentali sanciti dalla Carta», nonché «la significativa assunzione della responsabilità da parte di tali prestatori e il conferimento di maggiore potere ai destinatari»²⁰.

Sotto questo profilo, il DSA rappresenta una risposta all'avvertita questione di aggiornare la normativa in tema di esenzione dalla responsabilità delle piattaforme. Il legislatore aveva la possibilità di proseguire regolamentando singole sfere di mercato e diverse tipologie di contenuti, sulla scia di quanto già fatto con la Direttiva "Copyright"²¹ e con il Regolamento "TERREG"²², oppure provare ad affrontare l'ecosistema digitale da una prospettiva olistica, che ponesse a base della normativa l'intermediazione *online* nella sua complessa struttura e articolazione.

Al fine di raggiungere tali obiettivi, con il *Digital Service Act*, l'UE ha messo in campo un testo normativo lungo e complesso, articolato in quattro capitoli. Il primo capitolo, detta alcune nozioni fondamentali che sono destinate a influenzare l'ambito di applicazione del Regolamento. Esso si circoscrive soggettivamente e territorialmente «ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi intermediari»²³. A seguire, detta una lista impor-

²⁰ Considerando 41 DSA.

²¹ Per quanto concerne la protezione del diritto d'autore, la Direttiva 2019/790 ha stabilito una serie di obblighi a carico dei fornitori di servizi di *sharing*, con particolare riguardo al dovere di garantire l'indisponibilità di alcune opere protette da *Copyright* (art. 17). Stando al considerando 70 di detta Direttiva, tali misure devono essere adottate, «[...] fatta salva l'applicazione delle eccezioni e limitazioni del diritto d'autore, comprese in particolare quelle che garantiscono la libertà di espressione degli utenti».

²² Infine, il Regolamento 2021/784 del 29 aprile 2021 (TERREG) adottato per contrastare la diffusione di contenuti terroristici *online* ha dettato importanti obblighi, a carico delle piattaforme in merito alla rimozione di contenuti illeciti e all'attuazione di specifiche misure, volte a contrastare la diffusione di contenuti terroristici *online*. Per attuare tale obiettivo, le autorità competenti devono emettere un'ingiunzione, cui deve seguire la rimozione dei contenuti da parte del servizio di *hosting*. Tale Regolamento incorpora – in maniera piuttosto vaga – linee guida che chiedono ai fornitori di tenere conto dei rischi e del livello di esposizione ai contenuti terroristici, nonché degli effetti sui diritti di terzi e dell'interesse pubblico all'informazione (considerando 22). I fornitori di servizi di *hosting* sono obbligati a rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti terroristici almeno entro un'ora dal ricevimento di un ordine di rimozione da parte di un'autorità competente di uno Stato membro (art. 3, § 3). Ai sensi dell'art. 5.8 TERREG, i prestatori di servizi di *hosting*, quando attuano misure specifiche per contrastare la diffusione di contenuti terroristici nei loro servizi, non hanno l'obbligo di utilizzare strumenti automatizzati. Tuttavia, se si fa ricorso a mezzi automatizzati, i fornitori dovrebbero adottare misure adeguate attraverso la supervisione e la verifica umana e garantire l'accuratezza per evitare di bloccare o rimuovere contenuti non correlati al terrorismo (considerando 25).

²³ Art. 2, § 1, DSA.

tante di definizioni, raggruppando la composita conformazione dell'ecosistema digitale nell'ampia categoria di "servizi di intermediazione"²⁴. Tra tali soggetti si evidenzia, tra l'altro, la "piattaforma digitale", come *species* di prestatore di servizi di *hosting* che «su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico»²⁵, come nel caso dei *Social Network* e del *Marketplace*²⁶. All'estremità della catena di distribuzione dei servizi digitali vi è il "destinatario del servizio", ossia «qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza un servizio intermedio, in particolare per ricercare informazioni o renderle accessibili»²⁷.

I prestatori di tali servizi non hanno alcun «obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali»²⁸. Tali tutele di responsabilità potrebbero altresì applicarsi anche qualora i fornitori di servizi intermediari rilevassero, rimuovessero o disabilitassero volontariamente contenuti illegali. In questo modo, la struttura portante della tutela della responsabilità dei servizi di intermediazione rimane sostanzialmente intatta rispetto a quanto già previsto dalla Direttiva 2000/31/UE. Sono stati solamente aggiornati gli obblighi dei servizi intermediari a seguito di ordini impartiti di fornire informazioni in merito ad elementi specifici di contenuto illegale che dovessero essere emessi dalle autorità giudiziarie e amministrative nazionali²⁹. Ci sono però nuovi obblighi di "*due diligence*" cui è dedicato il capitolo secondo del DSA. Pur conservando il principio per cui «nella prestazione di un servizio della società dell'informazione (...) il prestatore del servizio non è responsabile delle informazioni trasmesse o a cui si è avuto acces-

²⁴ I servizi intermediari vengono ripartiti in: (i) servizi di semplice trasporto ("mere conduit"), ossia quelli che operano la trasmissione, mediante una rete di comunicazione, di informazioni fornite da un utente o forniscono accesso ad una rete di comunicazione; (ii) servizio di memorizzazione temporanea ("caching"), che si realizza quando la trasmissione di dati comporti la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di informazioni, al fine di rendere più efficiente la successiva trasmissione delle medesime informazioni ad altri destinatari; (iii) servizi di memorizzazione di informazioni ("hosting"), ossia la memorizzazione delle informazioni fornite dall'utente, su richiesta dell'utente stesso (art. 3 DSA).

²⁵ Art. 3, lett. i), DSA.

²⁶ Secondo quanto precisato alla lett. k), la piattaforma mette a disposizione informazioni, fornite dal destinatario del servizio e su richiesta di quest'ultimo, a favore di un numero potenzialmente illimitato di terzi. Questo significa che i servizi di comunicazione interpersonale, come la posta elettronica o la messaggistica istantanea, non rientrano nella definizione di "piattaforma", poiché i destinatari sono specificamente identificati dal mittente.

²⁷ Art. 3, lett. b), DSA.

²⁸ Art. 8 DSA.

²⁹ Art. 9 DSA.

so»³⁰, vengono introdotte nuove previsioni che integrano tale regime, al fine di garantirne un'applicazione armonizzata. Al fine di beneficiare dell'esenzione da responsabilità il presupposto, di cui all'art. 5 DSA, è che il servizio sia fornito in maniera neutra, tramite un trattamento puramente tecnico e automatico delle informazioni fornite dal destinatario del servizio³¹.

Come anticipato, affinché l'*hosting provider* possa beneficiare dell'esenzione, deve agire prontamente al momento dell'individuazione (tramite indagini volontarie o segnalazioni esterne) per rimuovere le attività o i contenuti illegali o per impedirne l'accesso. Una novità significativa rispetto al regime precedente è che la decisione del prestatore di intraprendere azioni mirate a identificare e contrastare i contenuti illegali, anche tramite strumenti automatizzati con un tasso di errore limitato, non incide sull'esenzione dalla responsabilità, a condizione che tali azioni siano eseguite in buona fede e con diligenza³². Tale cambiamento di prospettiva, talvolta definito come clausola del "buon samaritano", è cruciale per garantire la certezza del diritto e non scoraggiare le attività che sono fondamentali per contrastare la diffusione di contenuti illegali *online*³³.

Per quanto riguarda le attività di *marketplace*, il legislatore europeo ha introdotto un ulteriore elemento di novità rispetto alla previgente normativa. L'esenzione per gli *hosting provider* non si applica se le informazioni sulle transazioni possono indurre un consumatore medio a credere che provengano dalle piattaforme *online* o da operatori da essa controllati³⁴. Ciò accade, ad esempio, quando non vengono chiaramente mostrate l'identità o le informazioni di contatto dell'operatore commerciale che effettivamente vende il prodotto o il servizio sulla piattaforma³⁵.

³⁰ Art. 4, § 1, DSA.

³¹ Più in dettaglio, i regimi di responsabilità sono differenziati in ragione della tipologia di prestatori di servizi intermediari. I servizi di "mere conduit" possono beneficiare dell'esenzione se non si dà origine alla trasmissione, non ne seleziona il destinatario e non modifica le informazioni trasmesse. Per i servizi di "caching", non si devono modificare le informazioni e si deve agire tempestivamente per rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni che costituiscono contenuti illegali. Infine, i servizi di "*hosting provider*" non devono essere effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali oppure agire, nell'immediatezza, per rimuovere i contenuti illegali o disabilitarne l'accesso. L'esenzione, in ogni caso, non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore (art. 6 DSA).

³² Art. 7 DSA.

³³ In linea con quanto affermato al considerando 26, le indagini volontarie dei prestatori di servizi intermediari sono uno strumento di importanza fondamentale per raggiungere tale obiettivo.

³⁴ Art. 6, § 3, DSA.

³⁵ Per ciascuno dei tre regimi di esenzione, il DSA conferma l'approccio della Diretti-

Il cuore pulsante del *Digital Service Act* è senz'altro rappresentato dal capitolo III, rubricato «Obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro». Il capitolo è suddiviso in cinque sezioni, in cui il legislatore ha innalzato il numero e la portata degli obblighi dei prestatori di servizi digitali in funzione di due fattori: la tipologia del prestatore e la sua dimensione.

Oltre ai meccanismi che devono essere implementati per migliorare i sistemi di moderazione dei contenuti, sono previsti vari obblighi che si impongono alle piattaforme *online*, che vanno dalla sospensione degli *account* degli utenti³⁶, alla notifica di taluni reati alle autorità competenti³⁷, fino all'adozione di misure che favoriscono la trasparenza dei servizi, come la tracciabilità e l'identificazione dei soggetti che operano al loro interno³⁸. Tali obblighi si applicano, cumulativamente, alle piattaforme *online* di grandi dimensioni³⁹ (c.d. "VLOP", *Very Large Online Platform*) e ai «motori di ricerca di dimensioni molto grandi» (c.d. "VLOSE", *Very Large Online Search Engine*), che hanno «un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni»⁴⁰. Questi ultimi devono uniformarsi alle regole specifiche della loro categoria e a quelle applicabili a tutte le piattaforme *online*.

Infine, il capitolo IV del DSA stabilisce un ampio elenco di disposizioni in tema di «attuazione, cooperazione, sanzioni ed esecuzione». Gli Stati membri devono istituire autorità competenti per vigilare sul rispetto del Regolamento, tra cui il coordinatore dei servizi digitali⁴¹. Il DSA attribuisce a questa figura il potere di richiedere informazioni ai fornitori intermediari, svolgere indagini e comminare sanzioni⁴². Tali poteri dei coordinatori si combinano con gli ampi poteri concessi alla Commissione UE per monitorare il rispetto del Regolamento da parte delle grandi piattaforme *online*. Tra l'altro, la Commissione può richiedere informazioni, effettuare colloqui e ispezioni, adottare misure provvisorie in caso di rischio di danni gravi e adottare decisioni di condanna nei riguardi delle

va "e-commerce" nel lasciare impregiudicata la possibilità che un'autorità giudiziaria o amministrativa richieda al prestatore del servizio di prevenire o porre fine a una violazione, se già in corso.

³⁶ Art. 17, § 1, DSA.

³⁷ Art. 18 DSA.

³⁸ Art. 24 DSA.

³⁹ La motivazione per l'identificazione di ulteriori obblighi può essere trovata nel considerando 75, il quale sottolinea il ruolo di queste piattaforme nel facilitare il dibattito pubblico e la diffusione delle informazioni.

⁴⁰ Art. 33, § 1, DSA.

⁴¹ Art. 49 DSA.

⁴² Art. 51 DSA.

grandi piattaforme per inosservanza del DSA⁴³. Parallelamente, è prevista la creazione di un “Comitato europeo per i servizi digitali”, quale organo consultivo che contribuisce all’applicazione coerente del Regolamento, composto dai coordinatori dei servizi digitali⁴⁴.

In ordine ai contenuti pubblicati dagli utenti, il DSA li suddivide in tre categorie: (i) contenuti illegali⁴⁵; (ii) contenuti incompatibili con i termini e le condizioni dei servizi⁴⁶; (iii) contenuti dannosi⁴⁷. Solo per le

⁴³ Art. 59 DSA.

⁴⁴ Art. 61 DSA.

⁴⁵ Il concetto di “contenuto illegale” è definito all’art. 2, lett. g), DSA, come «qualsiasi informazione che, di per sé o con riferimento ad un’attività, compresa la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell’Unione o alle norme di legge di uno stato membro interessato, qualunque sia l’oggetto specifico o la natura di tale legge». Ciò implica, dal punto di vista sostanziale, che i “contenuti illegali” sono riferibili sia alle informazioni la cui diffusione è illegale (incitamento al terrorismo), sia le informazioni relative ad attività illegali (pedopornografia). Il DSA rinvia alla vigente normativa UE per individuare la tipologia esatta di “contenuti illegali”. Da qui, possiamo individuare: a) incitamento al terrorismo; b) contenuti che promuovono lo sfruttamento sessuale di minori; c) incitamento al razzismo e alla xenofobia; d) violazione del Copyright. Laddove il contenuto sia ritenuto illegale ai sensi del diritto nazionale o dell’UE, il fornitore di servizi intermediario è tenuto ad adottare misure di moderazione, il che significa rimuovere tale contenuto e la mancata adozione di tale misura potrebbe far valere la responsabilità se diffuso attraverso i suoi servizi, indipendentemente dagli utenti.

⁴⁶ I contenuti che violano i termini e le condizioni sono contenuti non formalmente illegali, ma che non possono essere diffusi in base alle regole del fornitore di servizi intermediari, ad esempio le regole di decenza. La base giuridica per la moderazione di contenuti incompatibili con i “termini e condizioni di servizio” è il rapporto contrattuale tra il fornitore e il destinatario dei servizi. Ai sensi del DSA, i fornitori intermediari di servizi sono liberi di decidere quali contenuti ritengano dannosi e se moderarli. Ma, per evitare che tale attività possa spingere la singola piattaforma a soluzioni arbitrarie, l’art. 14 DSA prevede due tipologie di strumenti a tutela degli utenti. In primo luogo, nei termini del servizio, gli utenti devono essere informati circa le procedure, i mezzi e gli strumenti per la moderazione dei contenuti. Tali informazioni devono essere chiare e inequivocabili, oltre che facilmente accessibili (art. 14, § 1, DSA). In secondo luogo, gli intermediari *online* sono tenuti a esercitare la dovuta diligenza, obiettività e proporzionalità nel moderare i contenuti, tenendo conto delle esigenze delle parti coinvolte e dei diritti fondamentali dei destinatari del servizio, quali la libertà di espressione, la libertà e il pluralismo dei media, e altri diritti e libertà fondamentali sanciti dalla Carta (art. 14, § 4, DSA).

⁴⁷ Il DSA non definisce espressamente la locuzione “contenuto dannoso”. Si tratta di una deliberata decisione del legislatore europeo, come evidenziato nella nota esplicativa al DSA, secondo cui «esiste un ampio consenso tra le parti interessate sul fatto che i contenuti “dannosi” (anche se non, o almeno non necessariamente, illegale) non dovrebbe essere definito nella legge sui servizi digitali e non dovrebbe essere soggetto a obblighi di rimozione, perché si tratta di un ambito delicato con gravi implicazioni per la tutela della libertà di espressione» (Nota del progetto di legge sui servizi digitali, COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD), p. 11). Sono considerati “dannosi” i contenuti che non sono formalmente illegali ma che possono essere considerati non etici e socialmente indesiderabili per altri motivi (si pensi, ad esempio, a contenuti che promuovono atti di violenza, razzi-

VLOP e VLOSE è previsto l'obbligo di moderare anche i "contenuti dannosi", indipendentemente dal fatto che siano illegali o contrari ai termini e condizioni del servizio⁴⁸.

Il capitolo terzo prevede stringenti norme procedurali dirette a rendere aperta e trasparente l'attività di moderazione di tali contenuti. In particolare, tutti i prestatori di servizi digitali sono tenuti a: (i) motivare, in maniera chiara ed esaustiva, la moderazione di un particolare contenuto⁴⁹; (ii) prevedere una procedura di revisione interna⁵⁰; (iii) adottare principi di trasparenza⁵¹. Gli *hosting providers* e le piattaforme *online*, a causa del

smo e xenofobia). Ai sensi dell'art. 25, § 1, DSA si impone obblighi di moderazione dei contenuti dannosi solo alle piattaforme *online* di grandi dimensioni (VLOP) e ai motori di ricerca di grandi dimensioni (VLOSE). Secondo il successivo art. 26, questi ultimi sono tenuti a gestire il "rischio sistemico", mediante misure che comprendono valutazioni finali e, ove necessario, misure adeguate a mitigare tale rischio (art. 27). A tal fine devono essere sottoposti anche a controlli indipendenti (art. 28). Da ciò consegue che i VLOP e VLOSE devono istituire un sistema di gestione del rischio che affronti il pericolo di diffusione di contenuti dannosi attraverso i loro servizi, come disinformazione, interferenze elettorali o cyberbullismo. Nell'effettuare tale valutazione del rischio, le piattaforme devono considerare in che modo i loro sistemi di moderazione dei contenuti, i sistemi di raccomandazione e i sistemi di selezione e visualizzazione degli annunci pubblicitari influiscono sulla diffusione di contenuti illegali e dannosi (art. 26, § 2, DSA).

⁴⁸ Artt. 34 e 35 DSA.

⁴⁹ Secondo l'art. 17 DSA, «i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni forniscono a tutti i destinatari del servizio interessati una motivazione chiara e specifica per le seguenti restrizioni imposte a motivo del fatto che le informazioni fornite dal destinatario del servizio costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le proprie condizioni generali». Seguendo l'approccio generale e asimmetrico, tale obbligo di motivazione si applica ai fornitori di un servizio di *hosting* di dati, indipendentemente dalla loro dimensione.

⁵⁰ Una delle innovazioni più importanti del DSA è l'obbligo di stabilire procedure di revisione interna per alcune decisioni che comportano la moderazione dei contenuti (art. 20 DSA). Tale procedura non riguarda tutti i fornitori di hosting di dati, ma solo le piattaforme *online* che, oltre al servizio di *hosting*, su richiesta del destinatario, archivia e diffonde informazioni al pubblico. Oggetto della procedura di revisione interna sono le decisioni adottate dalle piattaforme riguardo ai contenuti che l'utente condivide o che influenzano lo stato del suo *account*. Tali procedure devono essere di facile accesso e di agevole gestione, favorendo l'invio di reclami sufficientemente precisi e adeguatamente motivati. Parimenti, le procedure devono essere gratuite per l'utente e devono poter essere gestite digitalmente. Le piattaforme devono risolvere i reclami «in modo tempestivo, non discriminatorio, diligente e non arbitrario».

⁵¹ Il DSA detta una serie di norme che tentano di affrontare la frequente opacità con cui le piattaforme attuano le proprie politiche di moderazione dei contenuti. Tali obblighi hanno portata diversa a seconda del tipo di prestatore di servizi della società dell'informazione e anche della dimensione. In primo luogo, vincola tutti gli operatori di servizi digitali la norma che impone di specificare nei loro termini di servizio «informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio» (art. 14, § 1, DSA). Quanto alla modalità di svolgimento della moderazione, l'art. 14, § 4, impone ai prestatori di servizi intermediari

ruolo che esercitano in Rete e nello sviluppo dei processi democratici sono tenuti, altresì, a prevedere: (i) un meccanismo di *notice and take down*⁵², che consente agli utenti di segnalare la presenza di contenuti illegali⁵³; (ii) l'obbligo di notifica in caso di sospetto di reati penali⁵⁴; (iii) una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie⁵⁵; (iv) la previsione di un canale prioritario di segnalazione dei contenuti illegali per i «segnalatori attendibili»⁵⁶.

Tra gli obblighi specifici delle VLOP e delle VLOSE vi è la gestione dei «rischi sistemici»⁵⁷ che possono derivare dalla progettazione e dal funzionamento del loro servizio, rischi che il DSA identifica con la diffusione di contenuti illeciti, effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali degli utenti, effetti negativi sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla pubblica sicurezza e, infine, «qualsia-

di agire «in modo diligente, obiettivo e proporzionato (...) tenendo debitamente conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte, compresi i diritti fondamentali dei destinatari del servizio, quali la libertà di espressione, la libertà e il pluralismo dei media, e altri diritti fondamentali sanciti dalla Carta». Il successivo art. 15 impone, a tutti i prestatori di servizi intermediari, di mettere a disposizione del pubblico, almeno una volta l'anno, «relazioni chiare e facilmente comprensibili sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento». Tali «relazioni di trasparenza» devono contenere la descrizione dell'attività di moderazione dei contenuti illeciti effettuata nel corso di un anno. La natura delle informazioni da produrre cambia in base alla tipologia del servizio prestato e alle dimensioni della piattaforma. Oltre ai contenuti rimossi su richiesta dell'utente, il DSA obbliga le piattaforme a segnalare i contenuti rimossi a seguito di proprie indagini interne.

⁵² È ben noto che il regime di notifica è suscettibile di abusi da parte di utenti che utilizzano segnalazioni per censurare opinioni con cui non concordano. Per questa ragione, l'art. 17 DSA precisa che le piattaforme devono fornire «una motivazione chiara e specifica per le seguenti restrizioni a motivo del fatto che le informazioni fornite dal destinatario del servizio costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le proprie condizioni generali» (art. 16, § 1, DSA).

⁵³ Art. 16, § 1, DSA.

⁵⁴ Art. 18 DSA.

⁵⁵ Art. 21 DSA.

⁵⁶ Art. 22 DSA.

⁵⁷ Sotto tale locuzione vengono ricompresi, tra gli altri, la diffusione di contenuti illegali, lo svolgimento di attività illegali, effetti reali o prevedibili del servizio sull'esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti UE, gli effetti negativi reali o prevedibili sui processi democratici, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché la sicurezza pubblica e, infine, effetti negativi sulla tutela della salute pubblica e dei minori e gravi conseguenze per il benessere fisico e mentale della persona e per la violenza di genere (considerando 80, 81, 82, 83 DSA). Vi è da dire che tali disposizioni sembrano eccessivamente aperte e vaghe e potrebbero avere ripercussioni negative sul piano dell'esercizio della libertà di espressione. Inoltre, nonostante il riferimento alla ragionevolezza e alla proporzionalità, la portata delle specifiche misure di mitigazione sono lasciate alla discrezione delle piattaforme e, in ultima istanza, alle decisioni degli organismi nazionali di regolamentazione.

si effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona»⁵⁸. La gestione del rischio comporta una valutazione annuale da parte delle piattaforme, cui deve far seguito l'adozione di misure di riduzione del rischio e, nel lungo periodo, un'attività di supervisione da parte di un organismo indipendente⁵⁹. Le piattaforme devono implementare sistemi che garantiscano la rilevazione tempestiva e l'azione contro tali contenuti problematici, come quelli che incitano all'odio o diffondono disinformazione⁶⁰.

Questo potrebbe includere tecnologie di moderazione dei contenuti, ma anche politiche che incentivano comportamenti *online* responsabili. È chiaro che tale tipologia di intervento suscita perplessità per quanto concerne le modalità attuative, visto che i rischi sistemici non conoscono confini e le piattaforme operano su scala globale; quindi, la collaborazione tra diversi ordinamenti è essenziale, ma anche complessa da realizzare. Sul piano pratico, le piattaforme sono chiamate a garantire un difficile equilibrio tra la tentazione di cedere a una regolamentazione stringente, soprattutto per evitare di incorrere in pesanti sanzioni, e la volontà di non soffocare eccessivamente il dibattito *online*. Sotto questo profilo, una gestione efficace dei rischi sistemici richiede un aggiornamento continuo delle politiche e dell'infrastruttura tecnologica, in risposta all'evoluzione delle minacce e delle dinamiche di mercato. Pertanto, le piattaforme devono acquisire una forte dinamicità di azione per offrire risposte sempre aggiornate ed efficaci senza, al contempo, compromettere la loro competitività.

Inoltre, come ben specificato al considerando 84, nel valutare i rischi, le VLOP e le VLOSE «sono tenuti a prestare attenzione «al modo in cui i loro servizi sono utilizzati per diffondere contenuti fuorvianti o ingannevoli, compresa la disinformazione»⁶¹. Inoltre, secondo il considerando

⁵⁸ Art. 34, § 1, DSA.

⁵⁹ Art. 35 DSA.

⁶⁰ Uno dei problemi rimasti aperti e insoluti nel DSA è la mancanza di una definizione di “disinformazione”, che potrebbe portare a una gestione frammentata del problema nei vari Stati membri dell'UE. In tema, resta la definizione contenuta nel Codice di autoregolamentazione dell'UE, in cui la disinformazione è intesa quale «informazione manifestamente falsa o fuorviante che, cumulativamente, siano prodotta, presentata o diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico e che può causare danni pubblici, intesi come minacce ai processi democratici, nonché a beni pubblici come la protezione della salute, dell'ambiente o della sicurezza dei cittadini dell'UE». Cfr. V. ZENOVICH, *The EU Regulation of Speech. A critical View*, in *MediaLaw*, 1/2023, p. 15, <https://www.medialaws.eu/rivista/the-eu-regulation-of-speech-a-critical-view/>.

⁶¹ A tal fine, le VLOP e VLOSE devono attentamente valutare gli effetti dei loro sistemi di raccomandazione algoritmica, della moderazione dei contenuti, della pubblicità e

108 DSA, la Commissione europea può assumere l’iniziativa di sviluppare protocolli di crisi volontari per coordinare risposte rapide, collettive e transfrontaliere nell’ambiente *online*⁶². Ciò può verificarsi, ad esempio, quando si abusa delle piattaforme per la rapida diffusione di contenuti illegali o quando vi sia la necessità di una rapida diffusione di informazioni affidabili⁶³.

del trattamento dei dati. Alla valutazione dei fattori di rischio deve, inoltre, seguire l’adozione di misure di attenuazione che siano «ragionevoli, proporzionate ed efficaci» (art. 35, § 1, DSA).

⁶² Su questa base, la Commissione ha pubblicato, il 26 marzo 2024, le Linee-guida per le VLOP e VLOSE, al fine di mitigare i processi elettorali (Commissione europea, *Guidelines for providers of Very Large Platform and Very Large Online Search Engines on the mitigation of systemic risks for electoral processes pursuant to the Digital Service Act*, C(2024), 2121 final, 26 marzo 2024). La Commissione “incoraggia fortemente” i fornitori di VLOP e di VLOSE a “seguire rapidamente” le Linee-guida. Questo incoraggiamento è supportato dalle forti pressioni che la Commissione ha già iniziato a esercitare, in particolare, nei riguardi della piattaforma “X” (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_6709). Le misure proposte includono azioni per identificare e gestire i rischi elettorali, la cooperazione con le autorità e i privati previsti dal DSA, nonché azioni specifiche per mitigare i rischi legati all’IA generativa. Per quanto approfondite, tali linee guida mancano spesso di precisione e le raccomandazioni risultano eccessivamente vaghe. Concetti chiave come “processi elettorali”, “rischi”, “manipolazione”, “interferenze” di Paesi stranieri non sono adeguatamente definiti. Un elemento di rilievo può essere individuato nell’incoraggiamento a collaborare con entità indipendenti della società civile, ricercatori ed esperti esterni. Nonostante il ruolo centrale riconosciuto in capo a tali attori privati, le linee guida non specificano come rendere trasparente questa cooperazione multi-stakeholder, una lacuna che contrasta con l’obiettivo del DSA di creare un ambiente sicuro, prevedibile e affidabile. La fiducia dei cittadini nella moderazione dei contenuti *online* rischia, pertanto, di essere compromessa se manca chiarezza in merito a chi influenzi tali decisioni. Attesa la sensibilità di queste attività, le linee guida dovrebbero anche garantire che i soggetti coinvolti nei processi di mitigazione del rischio siano indipendenti da qualsiasi potere politico, inclusa la Commissione europea.

⁶³ A partire dalla fine di ottobre 2023, VLOP e VLOSE hanno pubblicato i rapporti sulla trasparenza, i quali includono informazioni sulla moderazione dei contenuti, con il numero di notifiche che ricevono dagli utenti, il numero di contenuti rimossi su iniziativa della piattaforma, il numero di ordini che ricevono dall’autorità giudiziaria o amministrativa degli Stati membri, l’accuratezza e il tasso di errore dei sistemi automatizzati di moderazione dei contenuti stessi. Inoltre, i rapporti forniscono informazioni sui soggetti impegnati nella moderazione, comprese le loro qualifiche e competenze linguistiche. L’esame dei rapporti rivela numerose differenze nelle procedure di *reporting* adottate dalle singole piattaforme. La rendicontazione sugli strumenti specifici del DSA, come il meccanismo di notifica e azioni e i reclami ai sensi dell’art. 20, ha comportato l’attuazione di nuovi sistemi di rendicontazione.

La maggior parte dei VLOP e VLOSE ha trasformato i propri rapporti in un’opportunità per dimostrare un impegno autentico verso la trasparenza, potenziando così la fiducia degli utenti e la creazione di spazi *online* sicuri, andando oltre i requisiti minimi con politiche e iniziative che includono la moderazione linguistica e la condivisione delle informazioni tra le piattaforme. La maggior parte dei VLOP e VLOSE ha pubblicato la relazione in un formato leggibile e ha fornito un file PDF o una pagina web con descrizioni

Infine, gli obblighi di trasparenza prevedono una procedura attraverso la quale il coordinatore dei servizi digitali e la Commissione possono richiedere «l'accesso ai dati necessari per monitorare e valutare la conformità al Regolamento»⁶⁴. Su richiesta del coordinatore dei servizi digitali o della Commissione, le piattaforme devono fornire spiegazioni in ordine alla progettazione, alla logica, al funzionamento e alla sperimentazione dei sistemi algoritmici, compresi quelli di raccomandazione⁶⁵, nonché agli impegni assunti a norma dei codici di condotta e dei protocolli di crisi⁶⁶. La richiesta deve essere motivata e deve fare riferimento a un «termine ragionevole» entro il quale la piattaforma *online* deve darvi risposta⁶⁷.

3. “Effetto Bruxelles” e “reazioni secondarie” del Digital Service Act

Come già accaduto per il GDPR, sono molti a chiedersi se il DSA riuscirà a perpetuare un'azione di “*cross-fertilization*” in altri ordinamenti, già definito come “effetto Bruxelles”⁶⁸. Si tratta di un “*normative po-*

qualitative e dati quantitativi in tabelle, alcuni dei quali includono anche file CSV. Conformemente a quanto previsto dal DSA, VLOP e VLOSE ha evidenziato il volume di ordini di rimozione di provenienza governativa e quello, invece, relativo alle notifiche degli utenti. In particolare, nel corso del periodo di riferimento di cinque mesi, Meta ha elaborato 524.821 avvisi ai sensi dell'art. 16 DSA, provenienti da utenti sulla sua piattaforma Facebook e 351.403 su Instagram. Amazon ha elaborato 417.846 in sei mesi. Con volumi altrettanto elevati, durante il rispettivo periodo di riferimento di un mese, TikTok ne ha elaborati 36.165, mentre YouTube ha elaborato 42.090 notifiche in due settimane.

In questo contesto, solo circa la metà dei VLOP/VLOSE ha fornito informazioni sui propri metodi di rilevamento di contenuti illegali. La maggior parte delle decisioni sulla moderazione dei contenuti sono automatizzate e molti servizi dedicano risorse umane solo alla moderazione dei contenuti in alcune lingue dell'UE. Le piattaforme sembrano inoltre limitare la visibilità dei contenuti problematici, piuttosto che rimuoverli del tutto. Ciò suggerisce che i processi tecnici che alimentano le pratiche di moderazione dei contenuti rimangono una scatola nera; le attuali misure di moderazione dei contenuti non riescono a punire o impedire efficacemente la pubblicazione di contenuti illeciti o dannosi; e ad alcuni cittadini dell'UE non vengono concesse garanzie sufficienti nella loro lingua madre.

⁶⁴ Art. 40 DSA.

⁶⁵ Art. 40, § 3, DSA.

⁶⁶ Art. 37 DSA.

⁶⁷ La piattaforma, invece, dispone di un termine di quindici giorni per manifestare la propria opposizione alla richiesta, richiedendone la modifica quando non ha accesso ai dati o quando non hanno accesso ai dati o tale accesso comporterebbe vulnerabilità per la sicurezza del loro servizio o per la protezione delle informazioni riservate, in particolare dei segreti commerciali (art. 40, §§ 4 e 5, DSA).

⁶⁸ Nel 2012, Anu Bradford ha coniato la locuzione “effetto Bruxelles” per descrivere la capacità dell'Europa di influenzare unilateralmente i mercati globali. Secondo l'A., ogni attore politico che riesce a sfruttare e combinare determinati fattori – grandezza del mercato, capacità di regolazione, standard rigorosi, obiettivi non negoziabili – è in grado

wer”⁶⁹ che l’UE è in grado di esercitare attraverso le sue istituzioni e *standard* legali.

Ad esempio, il GDPR e le sue disposizioni hanno modellato non solo i termini di servizio delle principali piattaforme di *Social Media*, ma hanno avuto anche un impatto sulle normative di molti paesi ⁷⁰.

Molte norme del DSA, probabilmente, sono destinate a generare un effetto Bruxelles “*de facto*”⁷¹, incentivando i cambiamenti delle dinamiche commerciale e di scambio nei paesi extra-UE⁷². Inoltre, sussistono buone possibilità che le norme dell’UE sui servizi digitali influenzino la regolamentazione di altri ordinamenti, essendo più che probabile la diffusione “*de jure*” in quei contesti nazionali che intrattengono relazioni commerciali con l’UE⁷³. Ma non solo. Un’azione di “*legal transplant*” potrebbe essere favorita, a livello globale, dagli stessi Governi, in ragione

di imporre il *benchmark* globale in specifici ambiti regolativi. A partire dagli anni '90, l’UE è riuscita a rafforzare tale ruolo, affermandosi come “*global regulatory hegemon*”. In pratica, molte aziende globali adottano gli standard europei nella progettazione di prodotti e servizi perché ciò permette loro di conformarsi a un unico regime normativo. Anche se questo approccio può richiedere adattamenti più costosi rispetto ad altri sistemi normativi, gli attori economici prediligono il modello europeo perché facilita una produzione standardizzata riconosciuta su scala globale. Di conseguenza, prodotti e servizi conformi agli standard UE possono essere più facilmente commercializzati a livello internazionale (A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How The European Union Rules the World*, cit., pp. 22 ss.).

⁶⁹ Concetto sviluppato, com’è noto, da I. Manners, un sostenitore del costruttivismo sociale. Manners propone un approccio teorico al modo in cui l’UE modella l’ambiente internazionale, non tanto attraverso l’uso di strumenti materiali (come il potere militare, misure economiche o legali), ma attraverso un’azione di “*legal transplant*”, che riesce quasi sempre a produrre feconde contaminazioni di *standard* e norme, rendendo l’UE un attore di primo piano nella politica globale. Formulato all’inizio degli anni 2000, il concetto di identità dell’UE come potenza normativa nelle relazioni internazionali è diventato uno strumento teorico sempre più radicato nell’ambito del dibattito scientifico e istituzionale. I. MANNERS, *The Concept of Normative Power*, in *World Politics*, “DIIS Brief”, May 2009, http://subweb.diis.dk/graphics/Publications/Briefs2009/B09_maj_Concept_Normative_Power_World_Politics.pdf (ultimo accesso 24 ottobre 2014).

⁷⁰ In argomento, G.V. CERVI, *Why and how does the EU rule global digital policy: an empirical analysis of EU regulatory influence in data protection laws*, in *Digital Society*, 2022.

⁷¹ Il DSA introduce obblighi per le piattaforme che, nonostante siano specificamente progettati per l’UE, hanno il potenziale di influenzare le loro attività sul piano globale. Questi includono, in particolare, i requisiti di trasparenza, l’obbligo di motivare le azioni intraprese contro i contenuti pubblicati dagli utenti, nonché la previsione di meccanismi di risoluzione delle controversie. In tema, cfr. N. HELBERGER, P. SAMUELSON, *The Digital Services Act as a Global Transparency Regime*, in *Verfassungblog.de*, 7 marzo 2024, <https://verfassungsblog.de/the-digital-services-act-as-a-global-transparency-regime>.

⁷² Indubbiamente, i requisiti molto dettagliati del DSA in tema di moderazione dei contenuti possono fungere da *benchmark* anche in altri contesti e spingere le piattaforme ad applicarli nel mercato globale (D.C. NUNZIATO, *op. cit.*, pp. 4 ss.).

⁷³ In tal senso, M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance and New School Speech Regulation*, in *U.C. Davis Law Review*, 2018, p. 1192.

dell'obiettivo del DSA di offrire fattivi strumenti di controllo di Internet e norme procedurali per limitare il potere delle piattaforme. Sotto tale profilo, il DSA si propone come un paradigma legislativo vantaggioso per i Governi che intendono confrontarsi con problemi comparabili nella regolazione del cyberspazio e nel conseguimento di un punto di equilibrio tra competitività dell'economia digitale e tutela dei diritti degli utenti. In termini pratici, i Governi potrebbero valutare positivamente il DSA quale formante legislativo per rafforzare la supervisione sulle operazioni delle grandi piattaforme *online*, attraverso l'introduzione di requisiti giuridici rafforzati in materia di trasparenza e responsabilità. In particolare, talune misure previste nel DSA potrebbero essere apprezzate da Governi e autorità regolatorie per effettuare controlli più incisivi della circolazione dei flussi di informazioni in Rete durante situazioni emergenziali. A tal proposito, si pensi all'impatto che potrebbe avere, a livello globale, il meccanismo di risposta alle crisi sulla moderazione dei contenuti. L'art. 36 DSA prevede che in situazioni di crisi la Commissione possa imporre ai fornitori di piattaforme o di motori di ricerca di grandi dimensioni di intraprendere determinate azioni, tra cui adattare i processi di moderazione dei contenuti, compresa la velocità e la qualità del trattamento delle notifiche relative a specifici contenuti illegali e, se del caso, la rapida rimozione o la disabilitazione dell'accesso ai contenuti notificati. A preoccupare è il potere conferito alla Commissione (un organo a chiara connotazione politica) di obbligare le piattaforme *online* ad attuare misure specifiche sulla moderazione dei contenuti: ciò consentirebbe alla Commissione UE di introdurre qualunque nuova restrizione ritenga opportuna, data la situazione di crisi, e quindi nuovi vincoli alla libertà di espressione.

Ora, nel contesto europeo e, più in generale, nelle democrazie avanzate, il DSA potrebbe, in effetti, fungere da "*benchmark*" nell'ambito dell'individuazione degli strumenti di tutela della libertà di parola dei cittadini nella sfera *online*, proiettando nel mondo norme di trasparenza e istituti di controllo, al fine di evitare il rischio di abusi. Come già accennato, il DSA introduce obblighi per le piattaforme *online* impegnate nella moderazione dei contenuti e istituisce organi di controllo imparziali e indipendenti sul loro operato, accordando all'utente non solo di chiedere spiegazioni sulle restrizioni ai propri contenuti, ma anche di attivare ricorsi e chiedere risarcimenti.

Il proposito del legislatore europeo è di motivare le piattaforme digitali a eliminare i contenuti illeciti o potenzialmente dannosi, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali degli utenti. Questi obiettivi sono condivisi da numerosi ordinamenti⁷⁴. Similmente all'UE, diversi Stati manifestano

⁷⁴ Sono molti i Paesi che si stanno muovendo in questa direzione. A parte Australia e

preoccupazione per la diffusione di disinformazione e incitamento all'odio nel cyberspazio⁷⁵. Allo stesso tempo, esiste una legittima apprensione riguardo l'influenza smisurata che le piattaforme *online* esercitano sul dibattito globale, avendo il potere di determinare chi può esprimersi, chi viene escluso e chi ha la possibilità di monetizzare le proprie parole. Ma, secondo alcuni, un sistema normativo particolarmente articolato come il DSA potrebbe produrre, appunto, "reazioni secondarie" in grado di colpire negativamente la libertà di espressione, soprattutto in contesti ordinamentali illiberali o in democrazie "fragili"⁷⁶.

In questa prospettiva, esiste il rischio che Governi autoritari possano sfruttare i poteri di raccomandazione e le linee guida stabilite dal DSA per esercitare pressione sulle piattaforme, inducendole ad adottare regole che controllino le informazioni diffuse *online*. Tra l'altro, il DSA richiede che le piattaforme nominino un rappresentante locale responsabile del rispetto della normativa, questa disposizione potrebbe essere utilizzata per introdurre meccanismi di controllo più stringenti sulle operazioni delle piattaforme, rendendole più suscettibili alle richieste governative di rimuovere contenuti o di divulgare dati personali degli utenti. In tale scenario, il DSA potrebbe diventare uno strumento per intensificare la sorveglianza sui media e su Internet, compromettendo il pluralismo e la libertà di espressione.

In definitiva, l'"effetto Bruxelles", legato alla capacità del *Digital Service Act* di contaminare altri ordinamenti, preoccupa nella misura in cui potrebbe favorire – dietro la messa in opera di un articolato e complesso sistema di *accountability* a carico delle piattaforme⁷⁷, destinato a diventare pervasivo nelle situazioni di emergenza – una restrizione alla libertà di espressione come mezzo per garantirla⁷⁸.

Singapore, Taiwan, Pakistan, India, la proposta di legge brasiliana sulle "fake news" prevede l'adozione di protocolli di crisi e mitigazione dei rischi supervisionati dallo Stato, allo scopo di rallentare la diffusione della disinformazione *online*.

⁷⁵ Secondo un recente studio del "Center for International Media Assistance" (CIMA), tra il 2016 e il 2022 sono state emanate o modificate 91 leggi, a livello globale, per includere disposizioni riguardanti informazioni false o fuorvianti. Nel solo 2020, sono state approvate 36 nuove leggi sulla disinformazione, dimostrando una maggiore preoccupazione del governo riguardo a questo problema nel contesto della pandemia (<https://www.cima.ned.org/publication/chilling-legislation/>).

⁷⁶ In un interessante contributo, A. Chander si interroga sulle ricadute che il DSA è suscettibile di produrre in contesti autoritari e lo fa utilizzando il c.d. "Putin Test", ossia chiedendosi cosa succederebbe se un *leader* autoritario potesse avere a disposizione una normativa analoga al DSA. Secondo l'A., in tali contesti, è possibile che si sfrutti vari meccanismi presenti nel DSA per ampliare il controllo sulla diffusione delle informazioni (A. CHANDER, *When the Digital Services Act Goes Global*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 38, 2023, p. 1076).

⁷⁷ Così V. ZENO-ZENCOVICH, *The EU Regulation of Speech. A critical View*, cit., p. 15.

⁷⁸ Secondo alcuni, «Many of these rules can be weaponized by activist politicians, who

3.1. “Effetto Bruxelles” del Digital Service Act e normativa statunitense: spunti di comparazione

La modifica, a livello globale, delle politiche di moderazione dei contenuti da parte delle principali piattaforme di *Social Media* indotta dal DSA rischia altresì di acuire i già tesi rapporti tra UE e Usa, per quanto concerne la gestione dell’ecosistema digitale e il flusso transfrontaliero di dati.

La disciplina sulla responsabilità degli intermediari *online* trova la sua prima e importante norma di riferimento nella sezione 230 del *Communications Decency Act* (CDA)⁷⁹, adottato nel 1996⁸⁰, nel quadro della normativa di riforma sulle telecomunicazioni⁸¹. Questa normativa consente alle principali piattaforme di operare senza dover controllare attivamente i flussi informativi e potendo altresì moderare i singoli contenuti senza rischio di implicazioni legali⁸². Anzi, secondo l’interpretazione più avva-

have an incentive to promote speech favorable to them, and to punish speech that criticizes them or regales an opponent. As we have seen, there are a variety of mechanisms in the Digital Services Act that are open to such exploitation. That may be true of all laws: they depend on the prosecutor, the regulator, the policeman, and the judge to administer them impartially. But when it comes to speech regulations, we should be especially concerned because here the motivations to bend the law in one’s favor are at their apex» (A. CHANDER, *When the Digital Services Act Goes Global*, cit., p. 1085).

⁷⁹ Dalla sua entrata in vigore, la sez. 230 della CDA è stata oggetto di due distinte modifiche. La prima, nel 1998, ha riguardato l’introduzione di un nuovo obbligo per i servizi *online* di informare gli utenti sulle protezioni che potevano essere attivabili dai genitori nei riguardi dei figli minori, mentre la seconda, nel 2017, ha previsto una deroga per alcuni i casi riguardanti la prostituzione e la circolazione di materiale sessualmente esplicito.

⁸⁰ Nel 1995 era già stato promulgato il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), che fornisce tutela ai fornitori di servizi Internet, comprese le piattaforme di *Social Media*, per materiale caricato dagli utenti, in violazione della normativa sul Copyright. A differenza di quanto previsto alla sez. 230 CDA, in cui, indipendentemente dal fatto che il fornitore di servizi sia stato informato del contenuto dannoso, è esente da responsabilità, per applicare l’immunità ai sensi del DMCA, è necessario che dopo aver ricevuto una notifica, il fornitore rimuova il materiale illecitamente pubblicato.

⁸¹ *Communications Decency Act*, 47 USC, § 230.

⁸² La sez. 230 CDA consente alle piattaforme di rimuovere o filtrare contenuti che considerano «osceni, lascivi, sporchi, eccessivamente violenti, molesti o altrimenti discutibili», avendo ampio spazio per creare e applicare le proprie politiche di moderazione dei contenuti. Contrariamente a quanto da alcuni ritenuto, la sez. 230 non richiede che le piattaforme siano neutrali nei loro sforzi di moderazione. Pertanto, ogni piattaforma stabilisce le proprie politiche e linee guida, che possono includere discorsi d’odio, disinformazione e contenuti violenti. Anche se non richiesto dalla legge, molte piattaforme – come nel caso dell’“*Oversight Board*” di Facebook – hanno sviluppato meccanismi di appello per gli utenti che ritengono che i loro contenuti siano stati rimossi ingiustificatamente. Alcune piattaforme hanno anche iniziato a rilasciare rapporti di trasparenza per evidenziare quanto e quali tipi di contenuti vengono rimossi o segnalati. Negli USA, le polemiche riguardanti la moderazione dei contenuti e la censura *online* si sono intensificate negli ultimi anni,

lorata, imporre alle piattaforme l'obbligo di motivare le loro decisioni di moderazione, o addirittura di revocarle, potrebbe confliggere contro ciò che risulta essere un diritto costituzionalmente garantito⁸³. Di conseguenza, le piattaforme non solo non sono ritenute responsabili dei contenuti pubblicati da terzi e il cui accesso sia da queste facilitato, ma anche delle decisioni prese in buona fede e volte a eliminare o limitare l'accesso a contenuti che potrebbero essere considerati "discutibili", secondo l'insindacabile giudizio della piattaforma stessa, anche nei casi in cui detto contenuto sia pienamente lecito. Questa regola generale presenta una serie di limitate deroghe riferite a contenuti che violano la legge penale, la proprietà intellettuale, la *privacy* e materiale sessualmente esplicito. Si tratta, in ogni caso, di una clausola *disclaimer* ampia e generica.

Ai sensi dell'art. 230 CDA, i fornitori di servizi informatici interattivi sono esonerati da responsabilità anche quando vengono avvisati della presenza di contenuti potenzialmente dannosi. La giurisprudenza ha riconosciuto che imporre tale responsabilità, sulla base di informazioni o notifiche, impedirebbe ai fornitori di regolamentare la diffusione dei contenuti all'interno dei propri servizi, poiché li porrebbe in un costante dilemma tra la soppressione di discorsi controversi o l'assunzione di responsabilità. In questo contesto ciò sarebbe in contraddizione con lo scopo della disposizione legale⁸⁴, che è proprio quello di tutelare i fornitori da tali obblighi⁸⁵.

Una questione ricorrente in tema di applicazione della sez. 230 DCA è se la stessa immunizzi l'uso di algoritmi per filtrare e ordinare i contenuti, similmente a quanto è ormai di uso comune in quasi tutte le piattaforme Social⁸⁶. La giurisprudenza ha finora preso le distanze dalla possibilità di

spesso polarizzando il dibattito politico e pubblico. Una delle critiche più frequenti è che le piattaforme di *Social Network* sono prevenute contro specifici punti di vista politici. I conservatori, soprattutto dopo i fatti di Capitol Hill del 6 gennaio 2021, hanno accusato le piattaforme di censurare le voci di destra e conservatrice. Al contrario, dal fronte dei democratici, vi è la preoccupazione che non venga fatto abbastanza per contrastare la disinformazione e i discorsi d'odio. Cfr. D.K. CITRON, *Extremist Speech, Compelled Conformity and Censorship Creep*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 2018, pp. 1035 ss.

⁸³ Cfr. J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society*, cit., pp. 1149 ss.; R.D. BASTIAN, *Content Moderation Issues Online: Section 230 Is Not to Blame*, in *Texas A&M Journal of Property Law*, 8(2), 2022, pp. 43 ss.; D.K. CITRON, B. WITTES, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity*, in *Fordham Law Review*, 86, 2017, pp. 403 ss.

⁸⁴ L'immunità legale concessa alle piattaforme di *Social Media*, insieme ad altri fornitori di servizi di intermediazione *online*, incentiva l'implementazione di politiche di autoregolamentazione. Inoltre, varie agenzie sono responsabili della supervisione delle attività delle piattaforme, emettendo pareri consultivi e valutazioni di conformità.

⁸⁵ *Zeran c. Am. Online, Inc.* 129 F3d 327 (4° Cr. 1997); *Blumenthal c. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (DDC 1998).

⁸⁶ Per una discussione più dettagliata, cfr. E.N. HOLMES, *Liability for Algorithmic Recommendations*, Rep. CSR, R47753.

ritenere le piattaforme responsabili per l'uso di algoritmi di moderazione o, meglio, l'utilizzo di tali strumenti non può essere paragonata ad attività editoriale⁸⁷.

Il dibattito sulla portata della sez. 230 del CDA è tornato di attualità a seguito dell'*Executive Order* n. 13925 adottato dal Presidente Trump il 28 maggio 2020, recante il titolo di "*Preventing Online Censorship*". La decisione è intervenuta, com'è noto, a seguito della decisione della piattaforma Twitter di sospendere l'*account* del Presidente per incitamento all'odio. Il provvedimento accusa i Social Network di censura selettiva, ritenendo le loro azioni di moderazione dei contenuti degli utenti non neutrali e assunti in violazione della libertà di espressione. Pertanto, si affida alla Federal Communications Commission (FCC) il compito di elaborare provvedimenti regolativi in merito alla portata applicativa della sez. 230 CDA. L'*Executive Order* propone, tra l'altro, di restringere l'interpretazione di "buona fede" nelle azioni di moderazione dei contenuti, suggerendo che le piattaforme debbano fornire una spiegazione dettagliata e una notifica agli utenti prima di procedere alla rimozione dei contenuti.

Il provvedimento di Trump è stato revocato nel maggio 2021, dal Presidente Biden⁸⁸, il quale ha tuttavia sollecitato una riforma della sez. 230 CDA, spostando il focus sul limitato intervento delle piattaforme verso contenuti problematici, piuttosto che su una censura percepita ingiusta. L'amministrazione Biden ha suggerito di rimuovere le tutele per le grandi piattaforme che ospitano contenuti illegali o violenti.

Parallelamente, diverse leggi statali hanno tentato di regolare la moderazione dei contenuti. In particolare, nel settembre 2021, il Texas ha adottato l'*"House Bill"* che impone alle piattaforme (con più di 50 milioni di utenti al mese) di pubblicare rapporti biennali di trasparenza e vieta ogni forma di censura basata su opinioni o localizzazione geografica⁸⁹.

Sulla stessa scia, sempre nel 2021, anche la Florida ha approvato il disegno di legge SB7072, che si rivolge specificamente ai *Social Network*, attraverso una disposizione che si applica solo alle piattaforme con più di 100 milioni di utenti al mese e prevede importanti sanzioni in caso di oscuramento dei *post* di candidati a cariche elettive locali o statali⁹⁰.

⁸⁷ *Force v. Facebook Inc.*, 934, F. 3d, 53, 66-69 (2d Cir. 2019).

⁸⁸ Il provvedimento in discorso è consultabile al seguente link: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/05/14/executive-order-on-the-revocation-of-certain-presidential-actions-and-technical-amendment/>.

⁸⁹ *Texas House Bill* 20, Tex HB 20, 87th Leg., Reg. Sess. (2021).

⁹⁰ Il 29 settembre 2023, le leggi del Texas e della Florida sono stati portate all'attenzione della Corte Suprema federale. Le argomentazioni prescelte per l'analisi del caso attengono a due particolari aspetti, ovverosia «whether the First Amendment prohibits viewpoint – content, or speaker-based laws restricting select websites from engaging in edito-

A giugno 2022, lo Stato di New York ha approvato la legge S4511A al fine di contrastare la proliferazione l'incitamento all'odio nel *Social Network*, mentre a settembre 2022, la California ha approvato la legge AB587, che mira a combattere odio e disinformazione *online*, richiedendo rapporti dettagliati sulle pratiche di moderazione dei contenuti. Nello stesso periodo, in California è stata approvata la l. n. AB 587 con l'intento di proteggere gli utenti, tra l'altro, dall'incitamento all'odio e dalla disinformazione *online*. La legge obbliga le piattaforme a stabilire termini di servizio dettagliati, che includano istruzioni su come gli utenti possono segnalare violazioni, le eventuali misure disciplinari applicabili a tali violazioni e i tempi per la risoluzione delle stesse. Le piattaforme devono pubblicare rapporti semestrali dettagliati sulle loro attività di moderazione dei contenuti.

In questo scenario, le norme stringenti del DSA riguardanti la moderazione dei contenuti e le procedure di notifica e rimozione potrebbero spingere le piattaforme *online* a eliminare un'ampia gamma di contenuti, inclusi dibattiti politici, affermazioni critiche o espressioni degli utenti che possono essere segnalati come illegali secondo le leggi vigenti in vari Paesi dell'UE ma che, al contrario, negli Stati Uniti sarebbero protetti dal Primo Emendamento.

Anche sul piano procedurale, il DSA impone alle piattaforme requisiti particolarmente onerosi che potrebbero creare tensioni con le leggi statali americane più recenti. Come già accennato, il DSA richiede che le piattaforme notifichino agli utenti le decisioni di moderazione dei contenuti, fornendo spiegazioni dettagliate e offrendo l'opportunità di appello sia internamente, sia in sede giudiziaria. Tali requisiti, benché pensati per disincentivare la moderazione eccessiva, potrebbero non avere questo effetto a causa del regime di immunità condizionale del DSA e delle severe penalità finanziarie. Nell'ordinamento statunitense, in linea con la portata del Primo Emendamento e con la giurisprudenza della Corte Suprema, obblighi eccessivi a carico delle piattaforme sono ritenuti incostituzionali, com'è stato recentemente confermato nel giudizio riguardante la legge della Florida⁹¹.

rial choices about whether, and how, to publish and disseminate speech — or otherwise burdening those editorial choices through onerous operational and disclosure requirements». La Corte ora dovrà rispondere a una questione fondamentale nella controversia sulla moderazione dei contenuti *online*. La decisione finale sicuramente influenzerà notevolmente il modo in cui le piattaforme conducono le loro attività e sicuramente condizionerà la legislazione di altri Stati federati e quella federale (cfr. L.P. REED SMITH, *Pause: Texas Social Media Law on Hold as it heads to Supreme Court for Review*, in *Lexology*, 18 ottobre 2022, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=217b9447-6ca0-4888-9313-ebb571d57c6e>).

⁹¹ A partire dalla nota sentenza sul caso “Zauderer”, la Corte ha ritenuto che le richieste di spiegazione, pur costituendo un valido strumento per promuovere la trasparenza,

La teoria costituzionale statunitense, con il suo forte accento sulla libertà di espressione garantita dal Primo Emendamento, ha contribuito a creare un formante normativo relativamente permissivo per le piattaforme di *Social Media*. Questo orientamento, come appena visto, contrasta con l'approccio più regolamentato dell'UE, che impone ora – con il DSA – controlli stringenti sulla moderazione dei contenuti *online*. Fino ad oggi, l'“effetto Bruxelles” è stato possibile grazie a punti di intersezione presenti sia dall'ordinamento europeo che in quello statunitense, nonché alla portata dirompente del formante tecnologico sul tessuto normativo⁹². Ora, il DSA, impattando su uno degli elementi caratterizzanti di quell'ordinamento giuridico, ossia la libertà di espressione, potrebbe paventare che il conflitto tra “sovranità digitali” e tra diversi paradigmi della libertà di espressione possano emergere con forza e influenzare il modello economico e il ruolo sociale delle piattaforme a livello globale. In tale eventualità, è improbabile che uno dei due “imperi digitali”⁹³ accetti di essere regolato dall'altro, facendo così ricadere sulle piattaforme stesse il compito di decidere dove operare e sulla base di quali regole. In questo caso, sofisticati sistemi di IA e l'utilizzo di tecnologie di geolocalizzazione potrebbero consentire alle piattaforme una diversa moderazione dei contenuti *online* sulle due sponde dell'Atlantico. Ma, come già accennato, i sistemi di IA potrebbero non garantire un'ampia tutela del dibattito *online*, a causa dell'incapacità di cogliere sfumature o suggestioni. Dal punto di vista giuridico, da un lato, le Corti statunitensi potrebbero richiedere la protezione di contenuti in grado di influenzare il dibattito pubblico interno, anche se generati in altro ordinamento e, dall'altro, la Corte di giustizia potrebbe imporre la rimozione dei contenuti illegali anche al di là dei confini territoriali⁹⁴.

possono ritenersi ammissibili solo se non impongono un onere eccessivo alle aziende (Corte Suprema, *Zauderer v. Office of Disc. Counsel*, 471 U.S. 626 (1985)). In linea con questo precedente, recentemente, nel caso “*NetChoice v. Florida*”, avente ad oggetto la citata normativa della Florida, l'Undicesimo Circuito ha annullato la parte della legge che richiedevano alle piattaforme di fornire avvisi e spiegazione per ogni singola azione di moderazione, ritenendola indebitamente onerosa (*United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit*, n. 21-12355, 23 maggio 2023).

⁹² Del resto, già L. Lessig sottolineava l'interazione tra legge e codice nel suo testo più noto, *Code and other Laws of Cyberspace* e *Code: Version 2.0*. Nell'attuale fase, non sono solo i legislatori a controllare ciò che possiamo e non possiamo fare, ma il codice – così come progettato e programmato – controlla anche l'architettura dei singoli ordinamenti. Lessig lo spiega in poche parole: “il codice è legge”.

⁹³ A. BRADFORD, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, OUP, Oxford, 2023.

⁹⁴ Si veda, su questo orientamento, Corte giust., III sez., sent. C-18/18, *Eva Glawischning-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, 3 ottobre 2019.

Questo scenario complesso richiederà, dunque, un bilanciamento delicato tra i diversi formanti – tecnologico e normativo – al fine di garantire il rispetto della libertà di espressione e non impattare negativamente sullo sviluppo dell’economia digitale, fondamentale per determinare il ruolo dell’UE e degli USA nel panorama globale.

4. *Considerazioni conclusive*

Con il *Digital Service Act*, l’UE ha inteso offrire una risposta fattiva alle preoccupazioni espresse circa le carenze del sistema di moderazione dei contenuti attualmente applicato dalle principali piattaforme di Social Media, stabilendo nuovi standard normativi basati sulla trasparenza e sulla responsabilità delle piattaforme *online*. Sono molti gli obblighi previsti a carico di questi ultimi, di natura asimmetrica, in quanto cambiano di intensità e di portata a seconda del tipo di fornitore e del volume d’affari. La portata di molti di questi obblighi, tuttavia, è dubbia, in quanto, in taluni casi, potrebbe interferire in maniera negativa con lo svolgimento del libero dibattito nella sfera *online*. Il fatto che la vigilanza sia in parte attribuita alla Commissione europea, ossia un organo di natura politica, solleva questioni su possibili conflitti di interesse, in grado di condizionare la circolazione delle informazioni in Rete, mediante l’esercizio di un potere di intervento di natura censoria⁹⁵. Tali ipotesi potrebbero amplificarsi in tempi di crisi ed emergenza, allorquando, dinanzi a conflitti, atti di terrorismo, catastrofi naturali, nonché pandemie e altre gravi minacce per la salute pubblica, l’attivazione del «meccanismo di risposta alle crisi»⁹⁶ potrebbe prefigurare scenari distopici, come la limitazione massiva della libertà di espressione sotto la giustificazione dell’urgenza o della salvaguardia della sicurezza nazionale.

Diventa, pertanto, essenziale monitorare attentamente l’implementazione di queste norme per assicurare che non superino il loro scopo originario, proteggendo la sicurezza e la dignità degli utenti senza, al contempo, compromettere i principi fondamentali di libertà e trasparenza che sostengono un Internet democratico.

Sottolineando le “reazioni secondarie” connessi alla globalizzazione del DSA, la vera sfida sarà bilanciare efficacemente la protezione contro contenuti dannosi con la tutela della libertà di espressione, perché se la circolazione di informazioni illecite – o anche meramente fuorvianti – è un problema per la sfera democratica, soprattutto in momenti di crisi e di emergenza, i rimedi a disposizione potrebbero essere anche peggiori del male.

⁹⁵ Così V. ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 14.

⁹⁶ Art. 36 DSA.

Tutela della libertà di espressione *online* e residuo ruolo dei poteri pubblici nei confronti dei poteri privati

di Aldo Iannotti della Valle

Sommario

1. Stati di emergenza e libertà di espressione in ecosistemi digitali globalizzati. – 2. La libertà di espressione alla prova di nuove forme di giustizia privata: rischi e prospettive alla luce del caso dell'*Oversight Board* di Meta. – 3. L'*Oversight Board* tra gestione dell'emergenza e tutela della libertà di espressione: il caso della disinformazione sul Covid-19. – 4. Il residuo ruolo dei poteri pubblici nei confronti dei poteri privati: luci e ombre del *Digital Services Act*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Stati di emergenza e libertà di espressione in ecosistemi digitali globalizzati

Gli stati d'emergenza¹ impongono di prestare ancor più attenzione alla tutela della libertà di espressione e di verificarne l'effettività e il bilan-

¹ È insegnamento consolidato che «di fronte ad una situazione d'emergenza, [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza» (Corte cost. 1° febbraio 1982, n. 15, commentata in *Giur. cost.*, 1982, pp. 85 ss., da L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*; G. BATTAGLINI, *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*). Il mutamento del quadro giuridico di riferimento, in ragione dell'emergenza, di qualunque emergenza si tratti, impone di prestare particolare attenzione alla tutela dei diritti e al bilanciamento tra gli stessi, come l'emergenza Covid-19 da ultimo ha reso evidente. Sul diritto dell'emergenza, a seguito dell'emergenza Covid, si vedano, tra i molti con-

ciamento con altri diritti: da un lato, infatti, si pone il diritto dei cittadini di informarsi sulla gestione dell'emergenza da parte dei pubblici poteri e di esprimere il proprio diritto di critica; dall'altro, si pone il problema del bilanciamento con altri diritti fondamentali coinvolti², anche in relazione al rischio di "fake news"³.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso delle emergenze sanitarie: l'esperienza recente ha evidenziato la delicatezza del bilanciamento tra la libertà di espressione ed il diritto alla salute⁴, a fronte del dilagare di una pandemia⁵. Il contesto emergenziale ha reso evidente che la piena tutela

tributi, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 11 aprile 2020, pp. 4 ss. (anche in *Rivista AIC*, n. 4, 2020, pp. 109 ss.); G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020. Sulla gestione dell'emergenza Covid sia anche consentito rinviare alla trattazione contenuta in A. IANNOTTI DELLA VALLE, F. MARONE, *Parlamentarismo e regionalismo alla prova della pandemia: bilancio costituzionale di un'emergenza*, in *Le Regioni*, 4, 2021, pp. 725 ss.

² Come è noto, l'art. 21 Cost. it. prevede espressamente solo il buon costume quale limite alla libera manifestazione del pensiero ma, negli anni, la giurisprudenza della Corte costituzionale e l'elaborazione dottrinale hanno consentito di enucleare una serie di limiti impliciti, a partire dalla stessa prima sentenza della Corte, secondo cui «è evidentemente da escludere che con la enunciazione del diritto di libera manifestazione del pensiero la Costituzione abbia consentite attività le quali turbino la tranquillità pubblica» (Corte cost. 5 giugno 1956, n. 1). In dottrina, tra gli innumerevoli contributi, si vedano soprattutto C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; C. ESPOSITO, *La libertà manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 191 ss.; P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, pp. 5 ss.; A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 451 ss.

³ Con riguardo al fenomeno delle *fake news*, la dottrina si distingue tra chi ha espresso dissenso per forme di regolamentazione sulla "qualità" delle notizie, mettendo in luce i benefici apportati alla libertà di espressione dalle piattaforme digitali (in questo senso, T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. inf.*, 4-5, 2017, pp. 657 ss.), e chi avverte la necessità di regole internazionali che possano favorire il contrasto alla disinformazione e alle *fake news*, tenuto conto dei danni che possono arrecare alla società (L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale. I pubblici poteri tra globalizzazione ed era digitale*, Mondadori, Milano, 2022, p. 94).

⁴ Il limite consistente nelle misure necessarie alla protezione della salute, non contemplato dalla Costituzione italiana, è invece previsto dall'art. 10 CEDU.

⁵ Con specifico riguardo all'emergenza Covid-19 e alla disinformazione sui vaccini, cfr. L. MORONI, *L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 tra legittimità e notizie false*, in *Oss. cost.*, 3, 2023, pp. 155 ss., che ha considerato in tale contesto un possibile limite alla libera manifestazione del pensiero l'ordine pubblico inteso in senso materiale, richiamando l'impostazione di A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 227, secondo cui è legittimo reprimere il «pensiero esclusivamente a partire dal "danno", oggettivamente valutabile, che esso possa arrecare agli interessi della collettività».

del diritto fondamentale alla salute non può non coinvolgere anche profili di ordine pubblico, dalla Corte costituzionale «inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale»⁶.

Le problematiche correlate alla tutela della libertà di espressione durante un'emergenza sono tanto più accentuate se si guarda alle piattaforme digitali, che sono divenute il luogo elettivo per trarre informazioni e a propria volta manifestare il pensiero per la maggioranza dei cittadini.

Lo spostamento del dibattito pubblico su piattaforme digitali comporta ulteriori criticità dal punto di vista della regolamentazione, demandata sempre più all'autoregolamentazione dei poteri privati che ne detengono il controllo, nonostante il tentativo dei pubblici poteri di fornire una più generale cornice regolatoria (si pensi soprattutto all'Unione europea e al *Digital Services Act* su cui ci si soffermerà nel prosieguo).

Nell'esercitare questo crescente controllo sulla libertà di espressione, tuttavia, i poteri privati manifestano tutti i propri limiti proprio nel contesto degli stati di emergenza: questo è avvenuto non soltanto durante l'emergenza pandemica, ma anche in occasione delle guerre in Ucraina e nella striscia di Gaza, come dimostrano i casi concreti su cui ci si soffermerà nel prosieguo.

Le ragioni del fenomeno affondano in un contesto socio-politico più ampio, che risale allo sgretolamento del potere sovrano degli stati nazionali e alla cosiddetta globalizzazione giuridica.

Come è noto, la formazione dello Stato moderno si era accompagnata all'affermazione della categoria teorico-generale della sovranità⁷ come

⁶ Questa accezione ampia del concetto di ordine pubblico è quella fatta propria, sin dai primi anni, dalla giurisprudenza costituzionale, che lo ha perciò definito «*un bene collettivo, che non è dammeno della libertà di manifestazione del pensiero*»: così Corte cost. 8 marzo 1962, n. 19 (con nota di C. ESPOSITO, *La libertà manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, cit., pp. 191 ss.), che ha aggiunto che «*per turbamento dell'ordine pubblico bisogna intendere l'insorgere di un concreto ed effettivo stato di minaccia per l'ordine legale mediante mezzi illegali idonei a scuoterlo*» e che «*occorre perciò concludere che anche la libertà di manifestazione del pensiero (come del resto questa Corte già ha avuto occasione di affermare nelle sentenze n. 1 del 1956, e nn. 33, 120 e 121 del 1957) incontra un limite nell'esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell'ordine pubblico*» (nello stesso senso anche Corte cost. n. 168/1971 e n. 138/1985). Va tuttavia rilevato che in dottrina è prevalsa un'accezione più restrittiva e rigida del concetto di ordine pubblico, portando nella maggioranza dei casi a escludere un fondamento costituzionale tale da poter costituire un limite alla libera manifestazione del pensiero: tra i numerosi Autori che si sono occupati del tema cfr. A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 240, secondo cui il concetto di ordine pubblico risiede «*nel rispetto del metodo democratico, letto come divieto di ricorrere alla violenza e per estensione come divieto di compiere azioni illegali*». A tal proposito, L. PALADIN, *Libertà di pensiero*, cit., pp. 5 ss., ha osservato come probabilmente la Corte costituzionale avesse inteso l'ordine pubblico «*come un'espressione sintetica, riassuntiva di altri precetti o valori costituzionalmente contrapposti alla libertà di pensiero*».

⁷ Cfr. F. BILANCIA, *Sovranità, Relazione al XXXI Convegno Annuale dell'Associazione*

suo essenziale presupposto⁸, ma l'idea di sovranità è profondamente mutata nel tempo⁹.

Già nel 2002 Cassese ha avuto modo di affermare che «“sovrani” della globalizzazione sono le grandi imprese multinazionali»¹⁰, a dimostra-

ne italiana dei costituzionalisti (Trento 11-12 novembre 2016), in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, p. 3: «Un primo punto fermo che si intende qui assumere, pertanto, è la coincidenza temporale, caratterizzante la stessa genesi materiale – se non teoretica – del diritto pubblico, tra la formazione delle entità statali e la comparsa del concetto di sovranità, [...]». In tal senso, l'A. condivide l'affermazione secondo cui «*State and sovereignty emerge as concepts of modern Western rationalism*» di M. LOUGHLIN, *Why Sovereignty?*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A.L. YOUNG (a cura di), *Sovereignty and the Law. Domestic, European and International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 34.

⁸ Secondo M.S. GIANNINI, *Sovranità* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. 43, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 224 ss., la sovranità «è l'espressione dinamica della statalità». Per G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1067, «la sovranità è un flusso che prorompe dal vertice organizzativo dello Stato e si distribuisce tra le varie funzioni che questo svolge verso la società e verso gli uomini che la compongono [...] Così la sovranità conferisce contenuti ed efficacia alle leggi che compongono l'ordinamento normativo, ma allo stesso tempo, adattandosi e quindi modificandosi, conferisce impulsi e giustificazioni agli atti del potere esecutivo, anzi allo stesso potere della sua complessità, ripresentandosi come forza imperativa dei provvedimenti, esenti da obblighi di consenso o accettazione. Ugual vicenda si ripropone per la parte giudiziaria, ovvero per i meccanismi attraverso i quali si costruisce e si palesa la corporeità della giustizia: anche questa viene impartita dallo Stato attraverso l'emanazione di pronunce che si sovrappongono ai rapporti della vita quotidiana e ne definiscono i tratti giuridicamente validi ed effettivi. Insomma la sovranità definisce insieme lo Stato come unità politica, come organizzazione e come ordinamento giuridico».

⁹ T.E. FROSINI, *Elogio della sovranità*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2013, p. 2, osserva come la sovranità sia un concetto cangiante nel tempo, dal momento che «nel corso della storia si è affrancata nella dimensione territoriale e di governo dello Stato, per poi sciogliersi nella titolarità in capo al popolo attraverso la declinazione del costituzionalismo liberale». Sulla mutevolezza del concetto di sovranità, cfr. M.S. GIANNINI, *Sovranità*, cit., p. 227, che afferma che «anche il contenuto della sovranità, come accade per ogni nozione giuridica di vertice, è soggetta alle variabili, dipendenti e indipendenti, spazio-temporali; rispondere che ogni ordinamento ha le proprie supreme potestà pubbliche sarebbe errato, poiché le supreme potestà pubbliche dello Stato non sono tali perché supreme, ma perché sono dello Stato».

¹⁰ Così S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 15. Cfr. anche A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati? A proposito di un libro di Katharina Pistor*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2021, pp. 1007-1008, secondo cui «con la globalizzazione, l'azienda multinazionale può esercitare l'opzione della defezione, essendo divenuta la legge dello stato una opportunità da scegliere à la carte, mentre alla persona fisica restano soltanto quelle della protesta o della lealtà»; d'altra parte, lo stesso A. sottolinea come «le strade per la codifica del capitale sono sempre più quelle che passano attraverso studi legali, arbitri, attività lobbistica e sempre meno attraverso l'esercizio del potere istituzionalizzato dello Stato: quest'ultimo ha depolitizzato la sfera sociale, rafforzando i diritti privati, determinando un conflitto e una situazione di crisi di difficile soluzione». Il contributo recensisce il volume K. PISTOR, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019 (trad. it. *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, con postfazione di F.

zione del protagonismo delle Big Tech nello scenario pubblicistico. Se ciò è vero, e oggi è difficile dubitarne, è necessario allora che alla posizione di primo piano assunta dai poteri privati non corrisponda l'inerzia dei poteri pubblici nella tutela dei diritti.

Poteri pubblici e poteri privati si muovono all'interno di un nuovo assetto, che non presenta più le caratteristiche di un ordine giuridico globale¹¹, ma che viene più appropriatamente definito come «spazio giuridico globale», dal momento che non è possibile riscontrare alcun ordine gerarchico al suo interno. Questo spazio giuridico globale, come si è osservato, «non è ordinato gerarchicamente, né su più livelli: esso è “marmorizzato”, perché la sfera globale, quella transnazionale, quella sovranazionale e quella nazionale sono tutte mescolate tra loro»¹².

Il disordine che caratterizza lo spazio giuridico globale si spiega proprio perché le coordinate che avevano tradizionalmente caratterizzato l'esercizio del potere tendono a sgretolarsi, nel corso di un vero e proprio processo di progressiva «destatalizzazione del diritto»¹³.

Il mondo digitale è paradigmatico di questo nuovo assetto¹⁴. Oggi la tendenziale inadeguatezza degli Stati nazionali a regolare fenomeni globali e complessi¹⁵, come il *web*, risente (e allo stesso tempo forse è causa) della crisi della sovranità statale¹⁶.

DI CIOMMO, S. DI NOLA, M. VATIERO, Luiss University Press, Roma, 2021), che formula alcune proposte «per tentare di sottrarre il controllo del codice del capitale ai detentori degli asset e dei loro avvocati» (così A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 1008).

¹¹ S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, trad. it. di L. CASINI, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 22, osserva che «non esistono un unico ordine giuridico né un governo globali, bensì molti regimi settoriali, senza che ve ne sia uno gerarchicamente sovraordinato [...] La global polity è l'impero della “ad-hoc-crazia”: i regimi regolatori non seguono un modello comune e non sono uniformi perché devono bilanciare, in ogni settore, diversità nazionali con regole globali». A tal proposito, si vedano anche L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Il Mulino, Bologna, 2018, e il più recente L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale*, cit.

¹² Così S. CASSESE, *Chi governa*, cit., p. 23.

¹³ In questi termini, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, pp. 41-43, che suggerisce «di considerare l'interazione tra frammentazione dei regimi regolatori globali e proliferazione delle corti» anche per «constatare se esistano le condizioni per la formazione di un “diritto globale generale”».

¹⁴ Cfr. M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022, che osserva: «le nuove tecnologie hanno avuto un ruolo importante nel trasformare il quadro dei poteri». In particolare, lo sviluppo di tali tecnologie «sta avvenendo sotto l'egida quasi esclusiva di poteri privati e specialmente delle grandi imprese del web».

¹⁵ S. CASSESE, *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2022, p. 4, osserva che «interi campi dell'azione pubblica che erano dominati da forze politiche nazionali sono ora nel dominio di forze politiche multinazionali (organismi sovranazionali o globali, Big Tech)».

¹⁶ Con specifico riferimento all'impatto delle nuove tecnologie sulle categorie classi-

In sostanza, si sta dissolvendo quell'asimmetria tra pubblico e privato che aveva caratterizzato lo Stato moderno, in cui il potere veniva espresso essenzialmente secondo logiche gerarchiche e prevedibili dai cittadini¹⁷.

Questi fenomeni riverberano anche sulla qualità della produzione normativa.

Se le logiche gerarchiche¹⁸ valgono sempre meno, contano sempre più quelle di codeterminazione della regola di diritto che, a sua volta, «incrocia più livelli normativi, con diversi gradi di vincolatività [...] più fonti interagiscono tra loro, mettendo in discussione antichi confini e storici assetti»¹⁹. In questo contesto, i poteri privati si insinuano negli spazi lasciati dai poteri pubblici e guadagnano un ruolo centrale²⁰.

Questa tendenza, che comporta il sempre più frequente utilizzo di strumenti privatistici in luogo di quelli pubblicistici, si manifesta in molteplici forme²¹.

che del costituzionalismo e sulla teoria della sovranità si veda A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Firenze, 2017, pp. 19-38. Cfr. anche L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale*, cit., p. 89, che afferma che «globalizzazione e rivoluzione tecnologica hanno condizionato enormemente l'organizzazione e il funzionamento dello Stato».

¹⁷ Cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 68.

¹⁸ Per S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., p. 44, il problema di dover ricercare i criteri regolatori dei rapporti tra più ordinamenti ha origine «dall'assenza di una gerarchia generale e prestabilita tra ordinamenti giuridici» e, in secondo luogo, «è collegato alla debolezza intrinseca del potere esecutivo statale».

¹⁹ Così, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 25. Questa complessa interazione tra diversi livelli normativi è stata definita da dottrina internazionale con la formula «regime complex» (in particolare, K. RAUSTIALA, D.G. VICTOR, *The Regime Complex of Plant Genetic Resources*, in *International Organization*, 58, 2004, p. 277) ed è stata ripresa da S. CASSESE, *Chi governa*, cit., p. 23.

²⁰ Cfr. A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati*, cit., p. 1010, «è significativo registrare la crescente gravidanza dei poteri privati, che ormai si impongono sui poteri pubblici. I poteri degli stati sono perforati e annichiliti; gli spazi giuridici globali e gli ordinamenti sovranazionali sono scalati e condizionati dall'interno. Sono i poteri privati delle grandi corporations, con l'ausilio delle law firm internazionali, a definire il codice del capitale. Attraverso il lobbismo, si indirizzano le istituzioni sovranazionali e nazionali. Laddove non si riesca a fare breccia con le buone, si ottiene il risultato con meccanismi semi-estorsivi, ad esempio paventando la defezione per spingere gli stati, soprattutto nei momenti di crisi quale quello odierno, ad adottare soluzioni giuridiche più favorevoli. In tal modo, le scelte compiute dai poteri pubblici a livello sovranazionale e nazionale pendono spesso per la logica del profitto, a scapito degli obiettivi di coesione sociale».

²¹ Cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., pp. 29-30, il quale, prende in esame ordinamenti giuridici nazionali, sovranazionali e globali: tra questi ultimi, il sistema regolato dal protocollo di Kyoto, l'ONU, il CIO, la FAO, la Banca Mondiale, il FMI, l'ICANN. Questi distinti ordini giuridici sono potenzialmente convergenti o confliggenti tra loro. In

La più evidente, e attualmente forse anche la più significativa, è costituita dall'emersione sulla scena globale delle *Big Tech*²² come organismi di regolazione, in qualità di autori delle proprie regole²³.

Internet per sua natura è meglio regolato da più flessibili fonti di *soft law*²⁴, specialmente se frutto di autoregolamentazione delle stesse società

questo contesto, secondo l'A., «in assenza di un ordine uniforme e di rapporti prestabiliti tra i sistemi giuridici titolari degli interessi, si registra una grande varietà di relazioni e di assetti. Mancano regole di sistema o generali, che disciplinino la collocazione e/o composizione dei rapporti tra gli ordinamenti giuridici (come, ad esempio, regole di rilevanza, di gerarchia, di supremazia)». Cfr. anche L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale*, cit., p. 93, secondo cui «lo spazio giuridico globale è un luogo in cui istituti, regole e procedure si ibridano e si confondono: quel che è comunemente inquadrato come "pubblico" o "pubblicistico" può assumere tratti "privati" o "privatistici" e viceversa; i regolatori, gli Stati, sono al contempo anche i regolati; gli stessi fenomeni possono essere osservati con lenti diverse e riferiti di volta in volta a differenti tradizioni o ambiti disciplinari, riconducibili al diritto internazionale, al diritto pubblico o al diritto privato. Oltre lo Stato, il diritto pubblico e il diritto privato trovano nuove combinazioni, reciprocamente prendendo in prestito e scambiandosi istituti e soluzioni; è il regno degli intrecci e delle ibridazioni».

²² Cfr. J.E. COHEN, *Law for the Platform Economy*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 51(133), 2017, 2014, pp. 199 ss., che mette in rapporto la crisi dello Stato westfaliano con l'emersione di una vera e propria «sovereignty of platforms»: infatti, per l'A., «platforms have both territories and populations. Platform territories are not contiguous physical spaces but rather are defined using protocols, data flows, and algorithms. Both technically and experientially, however, they are clearly demarcated spaces with virtual borders that platforms guard vigilantly. [...] Dominant platforms like Facebook, Google, and Apple have user populations that number in the billions, vastly eclipsing the populations of all but the largest nation states». Di qui il quesito: «platforms as emergent transnational sovereigns. Resistance is futile?».

²³ Cfr. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2011.

²⁴ L'espressione *soft law* nasce per descrivere quel complesso di disposizioni giuridiche, di natura spesso consuetudinaria, nate nell'ambito della *lex mercatoria* o del diritto internazionale, volte a regolare commerci, transazioni e scambi in modo rapido, flessibile e non vincolante. In sostanza, la *soft law* disciplina rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente e viene tendenzialmente rispettata in virtù di un'adesione volontaria ai precetti della stessa. L'espressione si è poi evoluta andando a descrivere diversi fenomeni regolatori, che riguardano tanto i poteri privati (che tendono sempre più all'autoregolamentazione) che i poteri pubblici (quando intendono intervenire, in modo più flessibile al di fuori dei tradizionali circuiti del sistema delle fonti del diritto di *hard law*). Particolarmente vasta è la letteratura sulla categoria della *soft law*. Tra i vari contributi, si rinvia in particolare ad A. SOMMA, *Soft law sed law: diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 3, 2008, pp. 437 ss.; sull'inquadramento nel sistema delle fonti, cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2003, pp. 5-16; Sull'iniziale successo della *soft law* specialmente nell'ambito del commercio internazionale, per la maggiore versatilità della disciplina offerta, cfr. S.M. CARBONE, *I principi Unidroit quale "soft law" applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del commercio inter-*

che gestiscono le piattaforme digitali, ma un nucleo “duro” di *hard law* appare comunque necessario. In effetti, i colossi del *web* appaiono, allo stato, i soli soggetti in grado di dettare norme davvero su larga scala sui più svariati aspetti del *web* e in grado anche di farle rispettare, nonostante la loro natura di *soft law*, avendo il controllo delle proprie piattaforme²⁵.

I pregi della *soft law* nel nuovo contesto globale possono cogliersi sotto molteplici aspetti.

Il primo aspetto è di carattere territoriale. I nuovi centri privati di regolazione come le *Big Tech* hanno generalmente carattere transfrontaliero: ne deriva che la loro produzione normativa, sotto forma di *soft law*, rende uniforme l'applicazione del diritto²⁶ a livello globale.

Altro aspetto concerne il grado di effettività delle norme. È vero che, di regola, la *soft law* non s'impone sui destinatari, ma può assumere nei fatti valore vincolante, quando la sanzione rappresenta per il destinatario

nazionale, n. 4, 2012, pp. 809-824; nonché S.M. CARBONE, *Il diritto non scritto nel commercio internazionale, Due modelli di codificazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 25, secondo cui gli strumenti di *soft law*, «per i più limitati tempi relativi alle specifiche modalità di elaborazione ed alla flessibilità che li caratterizza anche in funzione della possibile incidenza sulla loro disciplina di eventuali interventi operati dagli ordinamenti statali e dall'esercizio dell'autonomia privata, maggiormente si prestano a fornire una disciplina dei rapporti del commercio internazionale coerente con le esigenze della pratica degli affari». In merito all'avanzata della *soft law*, stante l'incapacità dell'*hard law* di tenere il passo dei progressi tecnologici, si veda anche T.E. FROSINI, *Le declinazioni del governare*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 81, ove si osserva significativamente che «per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati». E ancora lo stesso A. ha messo in evidenza come «il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione» (T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, ESI, Napoli, vol. 8, 2017, p. 296).

²⁵ Cfr. M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impr.*, n. 3, 2021, pp. 920 ss., secondo cui «la piattaforma si caratterizza invero come modello di business fondato su una comunità digitale, all'interno della quale i singoli membri, come coordinati dall'impresa che ne detiene il controllo, contribuiscono alla crescita della piattaforma medesima (e insieme alla produzione di valore digitale) in un rapporto di reciproca interdipendenza. All'interno di questa struttura, il potere regolatorio-tecnologico di cui gode l'impresa-piattaforma non costituisce un fattore di per sé stigmatizzato. È precisamente la capacità di quest'ultima di esercitare le funzioni di controllo sul mercato e sui suoi partecipanti (in termini di accesso, uscita, qualità dei contenuti, standard di sicurezza, flusso di dati e informazioni) a generare credibilità e fiducia presso i terzi. Una prospettiva che risulta vieppiù confermata e rafforzata dalla serie di norme che articolano la proposta di legge sui servizi digitali».

²⁶ Cfr. S. SILEONI, *op. ult. cit.*, p. 23.

un sacrificio eccessivo: le regole che germinano dai colossi del *web*, ad esempio, divengono di fatto obbligatorie per gli utenti delle piattaforme digitali, perché la loro violazione comporta l'esclusione dalla piattaforma stessa. In questo senso, le norme di *soft law*, cui gli utenti aderiscono volontariamente al momento dell'iscrizione sulle varie piattaforme digitali, si fanno poi cogenti, non volendo (e in taluni casi non potendo) l'utente rinunciare a esprimere la propria personalità e il proprio pensiero nelle varie *ἀγορά* virtuali del nostro tempo.

Un ulteriore vantaggio della *soft law* in ambito digitale è quello di sapersi adattare con prontezza a contesti mutevoli²⁷, resistendo così ai rischi di obsolescenza tecnologica molto più delle fonti di *hard law*. L'adeguatezza tecnologica della *soft law* originata da poteri privati potrà risultare ancor più efficace, perché proviene da chi quella tecnologia la produce o la commercializza²⁸.

La rapidità con cui queste forme di regolamentazione atipica sono in grado di inseguire i fenomeni di attualità le rende particolarmente adatte a dare una risposta rapida, se non talvolta a dettare una vera e propria disciplina, a fattispecie che scaturiscono da un contesto emergenziale.

Da una parte, quindi, la libertà di espressione non può essere più esaminata unicamente dietro la lente delle categorie tradizionali, ma deve necessariamente confrontarsi con un contesto giuridico globale completamente nuovo e in corso di evoluzione, tanto sul piano costituzionale quanto su quello delle fonti di produzione normativa. D'altra parte, però, anche nell'era digitale, appare quanto mai necessaria la preservazione dei principi.

L'analisi non può sottovalutare il ruolo svolto dai giganti del *web*, non solo per la capacità normativa acquisita dai poteri privati²⁹, ma anche per la capacità di fare rispettare in autonomia le proprie regole, attraverso forme più o meno sofisticate di giustizia privata³⁰. Allo stesso modo, pe-

²⁷ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2022, p. 1003, secondo cui «nel tentativo di dimostrare l'inutilità di una regolazione pubblica, le piattaforme si sono così orientate ad adottare misure di autoregolazione, sulla base dell'approccio prevalente nell'ordinamento americano, secondo il quale l'autoregolazione è sempre preferibile all'eteroregolazione, anche in ragione della flessibilità della prima rispetto alla rigidità della seconda».

²⁸ Sulla rilevanza dei fattori tempo, complessità e tecnica per il successo della *soft law* si richiama ancora S. SILEONI, *op. ult. cit.*, pp. 23-33.

²⁹ Cfr. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole*, cit., p. 19, secondo cui «l'emersione di una capacità normativa dei privati, distinta rispetto alla classica capacità negoziale e di concertazione, è al tempo stesso causa e conseguenza di una modifica del ruolo degli attori pubblici».

³⁰ Su queste tematiche, si rinvia a F. MARONE, *Giustizia arbitrale*, cit., pp. 15-52.

rò, va indagato più a fondo il ruolo dei poteri pubblici nella limitazione di questi poteri privati, anche a fronte delle ultime tendenze in atto, messe alla prova anche durante gli stati di emergenza.

Ci si vuole riferire, in particolar modo, all'istituzione di organismi paragiurisdizionali da parte delle *Big Tech*, in grado di rendere decisioni vincolanti rispetto a ciò che accade sulle proprie piattaforme, basandosi essenzialmente sulla propria autoregolamentazione: il caso più eclatante è quello dell'*Oversight Board* di Meta.

La tensione tra il nuovo assetto globale e la tutela della libertà di espressione anche durante gli stati di emergenza si rivela con particolare interesse nelle decisioni del *Board*. Il contesto è infatti quello dei *social network*, ove la generalità dei cittadini ha facoltà di accedere e di esprimersi con estrema facilità³¹, affrontando a livello diffuso tematiche di attualità, come quelle concernenti l'emergenza Covid-19 e le guerre in corso.

Ciò rende necessario indagare ulteriormente il ruolo dell'*Oversight Board*, la cosiddetta "Corte" di Facebook cui chi scrive ha già dedicato altri studi³², anche nel contesto di emergenze diversamente declinate.

2. *La libertà di espressione alla prova di nuove forme di giustizia privata: rischi e prospettive alla luce del caso dell'Oversight Board di Meta*

Le nuove forme di giustizia privata che vanno delineandosi nel settore digitale, come l'*Oversight Board* di Meta, pongono seri rischi per la tutela della libertà di espressione, a causa dell'assenza di garanzie procedurali

³¹ Cfr. G. CERRINA FERONI, *Audizione del 15 febbraio 2022 presso la Commissione straordinaria intolleranza, razzismo, antisemitismo, istigazione all'odio e alla violenza del Senato della Repubblica*, in *senato.it*, p. 7, secondo cui «Il coinvolgimento delle piattaforme nella regolazione della libertà di espressione è divenuta un'esigenza da cui sembra difficile prescindere. Se per alcuni versi esse rappresentano i canali più diretti ed efficaci, per altri, si dimostrano inadeguate a concepire una strategia in linea con i parametri costituzionali delle moderne democrazie. È la conseguenza dello stesso design istituzionale della Rete, concepito come spazio fluido transnazionale che rende, al momento, questi attori forse gli unici soggetti in grado di regolare efficacemente i contenuti digitali e di dare forma alla realtà dell'espressione online. Così facendo però la libertà di espressione online, finisce per dipendere dalle piattaforme, con ruolo alternativo allo Stato, essendo ormai appurato che Facebook, Youtube, Twitter, ecc.... non sono (più) un semplice servizio di intermediazione di informazioni, ma sono diventati essi stessi strutture di governance del sistema».

³² Sull'*Oversight Board* si veda, in particolare, K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 129, 2020, pp. 2418 ss.

per le parti e del pressoché esclusivo riferimento per l'assunzione delle decisioni a norme di *soft law* frutto di autoregolamentazione. Tali rischi risultano ulteriormente accentuati in contesti di emergenza, come si metterà in luce nel prosieguo con l'analisi di alcune decisioni dell'*Oversight Board*.

Si tornerà più brevemente sulle caratteristiche dell'*Oversight Board* che fanno dubitare che tale organismo possa costituire un presidio serio a tutela della libertà di espressione, avendo già dedicato all'argomento altri studi³³, ma alcuni cenni appaiono anche in questa sede essenziali al fine di poter verificare quali siano i rischi che a maggior ragione si prospettano in contesti emergenziali e quale debba conseguentemente essere il ruolo dei poteri pubblici.

È espressamente stabilito che non tutte le segnalazioni riceveranno un effettivo giudizio: ad essere decisi saranno «solo un piccolo numero di casi» selezionati «in base alla complessità e alla rilevanza globale», sulla base di una valutazione che appare arbitraria e lesiva dei diritti degli utenti. Lo stesso *Board* «definerà i criteri che garantiranno la selezione dei casi idonei difficili, significativi e pertinenti a livello globale, in grado di arricchire le normative future»³⁴.

Vengono decisi, quindi, soltanto quei casi in grado di costituire precedenti rilevanti per Facebook nell'assunzione delle sue decisioni in proprio. L'obiettivo finale è, dunque, non quello di offrire una tutela effettiva agli utenti, ma di consentire a Facebook di svolgere meglio il suo compito di decisore *in house*.

La selezione del tutto arbitraria dei casi degni di una decisione pone un problema di effettività del diritto di difesa: gli utenti, infatti, non potranno mai avere la certezza che sul proprio caso possa giungere a pronunciarsi il *Board* e i criteri alla base della “denegata giustizia” appaiono fumosi.

Il procedimento che conduce alla decisione è poi sostanzialmente avvolto nel mistero: se manca una disciplina precisa, si potrebbe ipotizzare che questa sia stata forse ritenuta secondaria. Eppure, proprio nel procedimento risiedono molte delle garanzie delle parti.

³³ Sia consentito rinviare agli approfondimenti già svolti in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 191 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il “modello” dell'Oversight Board di Facebook*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2021, pp. 144 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *A Facebook Court is born: towards the 'jurisdiction' of the future?*, in *EJPLT*, n. 2, 2020, pp. 98 ss.

³⁴ La procedura di ricorso è sinteticamente descritta a questo *link*: <https://www.oversightboard.com/appeals-process/>.

Particolarmente grave è la totale assenza di contraddittorio: una volta trasmesso il ricorso tramite il sito istituzionale, il *Board* «di solito prende una decisione entro 90 giorni» (così letteralmente si legge sul sito). Non è prevista la possibilità che alle parti vengano concessi termini per depositare memorie, documenti e repliche³⁵. Non è prevista la possibilità di essere ascoltati né risulta che lo stesso *Board* possa richiedere approfondimenti e/o integrazioni. Non è nemmeno prevista la possibilità di una difesa tecnica, che pure dovrebbe essere una garanzia essenziale per le parti in presenza di interessi che possono essere anche di estrema rilevanza, come dimostrano i casi di cui qui di seguito si tratterà, relativi anche alla gestione delle emergenze.

Quanto al contenuto essenziale delle decisioni, esso non è prefissato in modo rigido ma varia di volta in volta, dando spazio ad arbitri, a partire dalla composizione del collegio.

Le decisioni del *Board*, infatti, non sono adottate dall'intera "Corte" ma da gruppi di cinque membri per volta. L'esito è frutto di una votazione a maggioranza: la decisione finale non rappresenta necessariamente l'opinione di tutto il collegio³⁶ e non è previsto l'istituto dell'opinione dissenziente.

Ciò che maggiormente preoccupa è che le decisioni non siano firmate dai cinque "giudici" che compongono il singolo "collegio" e che non vi sia traccia del nome del relatore. Difettano, quindi, i requisiti tipici ed essenziali delle sentenze, ma anche dei lodi arbitrali, ossia le sottoscrizioni dei "giudici" o degli arbitri. La sottoscrizione concorre allo scopo di ricondurre la decisione al "giudice" che l'ha redatta e al "collegio" che l'ha votata a maggioranza e in questo senso costituisce una garanzia per le parti. In assenza della sottoscrizione del giudice, infatti, è del tutto impossibile verificare che questo sia terzo e imparziale rispetto alla decisione da prendere.

Non è nemmeno esplicitato quale sia il meccanismo previsto per la scelta dei giudici, il che rileva anche sotto il profilo della localizzazione della decisione.

Ad esempio, con riferimento al tema della gestione delle emergenze qui in esame, una eventuale decisione su un *post* riguardante la gestione dell'emergenza Covid-19 in una regione italiana avrebbe dovuto necessariamente tenere conto del parere di un esperto italiano in grado di conte-

³⁵ Ciò a differenza di quanto accade, ad esempio, nel caso dell'arbitrato. Cfr. E. FAZZALARI, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, vol. 36, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 298 ss.

³⁶ L'art. 7.1 dello Statuto prevede, poi, che le decisioni di un gruppo vengano distribuite a tutti i membri prima di essere rese definitive e pubbliche. Qualora la maggioranza del Comitato richieda un'ulteriore analisi di una decisione del gruppo, dovrà essere convocato un nuovo gruppo per condurre un'analisi rapida.

stualizzare il *post*. Tuttavia, in assenza di un meccanismo che garantisca la presenza nel collegio di un esperto della nazionalità di volta in volta rilevante e in assenza di una sottoscrizione che renda palese tale presenza, la parte non potrà avere alcuna garanzia che il suo caso venga deciso con cognizione di causa.

Infine, è chiaro che una decisione priva di sottoscrizione, anche se pubblicata sul sito del *Board* e quindi dotata dei crismi dell'ufficialità, espone l'istituzione voluta da Facebook a critiche ancor più forti circa la sua indipendenza. A cosa serve la nomina di "giudici" di alto profilo se a costoro non è nemmeno richiesto – né consentito – di assumersi la responsabilità delle proprie decisioni?

Un ulteriore profilo di criticità riguarda le fonti del diritto che possono essere prese in considerazione dal *Board* per rendere le decisioni, che sono principalmente di *soft law* e frutto dell'autoregolamentazione della stessa Facebook³⁷. Le decisioni, infatti, vengono assunte sulla base delle normative sui contenuti di Facebook, in particolare gli Standard della *community* di Facebook e le Linee guida della *community* di Instagram³⁸, che chiariscono cosa possono e non possono pubblicare gli utenti dei due *social network*. Viene, inoltre, fatta applicazione delle Condizioni d'uso di Facebook e Instagram, che prevedono anche un apparato sanzionatorio consistente nella sospensione o disattivazione permanente dell'account. Ad essere vagliata è poi la conformità con i "valori" di Facebook, il che rende possibili valutazioni equitative svincolate da vere e proprie argomentazioni giuridiche. Soltanto all'ultimo posto tra le fonti, all'art. 2.2, viene genericamente affermato che «il comitato presterà particolare attenzione all'impatto della rimozione dei contenuti, alla luce delle norme sui diritti umani che proteggono la libertà di espressione». Non è dato sapere a quali norme ci si intenda riferire e perché, tra le norme esterne a

³⁷ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza*, cit., p. 1004, che opportunamente segnala che, nel caso delle piattaforme digitali, «l'autoregolazione ha assunto i caratteri tipici degli strumenti di limitazione del potere (quale che sia la natura del potere): la determinazione di regole e principi generali, il controllo sul rispetto di quelle regole, la costruzione di apparati tendenzialmente indipendenti, chiamati a risolvere eventuali controversie. Si finisce per mimare così il potere pubblico, ivi compreso un embrione di principio di divisioni dei poteri, anche se tutte le funzioni – la determinazione delle regole, il controllo sul loro rispetto e la funzione giustiziale – sono strutturate e rimangono all'interno della piattaforma». Più in generale, sulla crescente diffusione di forme di autoregolamentazione, si rinvia ancora a S. SILEONI, *Autori delle proprie regole*, cit., pp. 13-46.

³⁸ A proposito di autoregolamentazione da parte delle piattaforme digitali, G. CERRINA FERONI, *Audizione*, cit., p. 9, ha condivisibilmente rilevato che «lo standard di protezione della libertà di espressione altamente discrezionale. Facebook, ad esempio, rimette la sua politica di moderazione in massima parte a guidelines interne il cui contenuto e il cui processo di formazione non è sempre lineare».

quelle di Facebook, si possa dare applicazione soltanto a quelle che proteggono la libertà di espressione e non ad altre, a tutela di diversi diritti fondamentali o non.

L'applicazione pressoché esclusiva delle norme di *soft law* predisposte da Facebook è confermata da un'analisi delle pronunce sin qui rese, come quella sul caso Trump³⁹.

In definitiva, se è Facebook a scrivere le regole che il *Board* deve applicare, pare anche per questo motivo difficilmente sostenibile la tesi che esso sia un organo terzo e imparziale rispetto a Facebook.

L'unica garanzia fornita alle parti circa le decisioni rese dal *Board* è quella relativa alla necessità di una pronuncia scritta, garanzia certo essenziale ma insufficiente, venendo vanificata ogni altra conquista raggiunta dalla civiltà giuridica occidentale.

Criticità ancora maggiori sono date dalla possibilità, prevista all'art. 4 dello Statuto, che Facebook applichi la decisione, resa con riguardo a un determinato contenuto pubblicato da un determinato soggetto, anche a contenuti «identici» in «un contesto parallelo». Tale possibilità consente a Facebook di applicare la decisione in modo sostanzialmente arbitrario anche a soggetti nei cui confronti non era rivolta e la cui posizione non era stata presa in considerazione dal *Board* per rendere la decisione: in ipotesi, anche a contenuti satirici che dovessero essere considerati «identici».

Concludendo, la rilevanza delle decisioni da prendere, la loro vincolatività, l'ambito oggettivo e soggettivo di operatività, la possibilità che esse costituiscano precedenti per la decisione di altri casi analoghi sono tutte ragioni che consentono di definire il *Board* la «Corte» di Facebook.

È da escludere, tuttavia, che la decisione del *Board* abbia carattere sostanzialmente giurisdizionale, non essendo garantito nemmeno un livello minimo di contraddittorio, che costituirebbe «il *proprium* dell'attività giuridica che chiamiamo processo»⁴⁰.

In definitiva, siamo di fronte a una «Corte» soltanto se si considera la rilevanza delle decisioni da assumere e il loro possibile impatto, ma mancano alcune delle più basilari garanzie proprie della giurisdizionalità.

Riepilogando, infatti, non sono garantiti la difesa tecnica e il contraddittorio; il procedimento dinanzi al *Board* non prevede termini per depositare memorie, documenti e repliche né garantisce il diritto di essere ascoltati; il contenuto essenziale delle decisioni non è prefissato; difettano

³⁹ Sia consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet*, cit., pp. 205-206.

⁴⁰ M. ESPOSITO, *L'arbitrato tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 265. Cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrale*, cit., p. 163.

i requisiti tipici ed essenziali delle sentenze come le sottoscrizioni dei giudici, rendendo del tutto impossibile verificare che questi siano terzi e imparziali; non è nemmeno garantita la presenza nel collegio di un esperto della nazionalità di riferimento del caso.

La mancata considerazione dei principi costituzionali propri dei Paesi di volta in volta territorialmente coinvolti è dimostrata dall'analisi delle decisioni sinora assunte dall'*Oversight Board*.

Un caso che ha fatto discutere ha riguardato un post in cui un noto uomo di spettacolo americano, Kanye West, avrebbe assunto pubblicamente una posizione antisemita e revisionista rispetto alla figura di Adolf Hitler. Tale decisione, oltre a richiamare la *soft law* di Meta, si è contraddistinta per il frequente richiamo di precedenti dello stesso *Board*, secondo una logica di *common law*.

Lo stesso *modus operandi* traspare in un'altra decisione relativa a una caricatura pubblicata su Facebook, asseritamente ironica tanto rispetto agli ebrei quanto rispetto al movimento *Black Lives Matter*: tale decisione è stata assunta facendo principalmente riferimento alla "*Meta's Hate speech policy*".

Alcune delle decisioni di maggiore impatto sono state assunte in riferimento a contesti emergenziali ed è quindi particolarmente rilevante affrontarle in questa sede, come il caso che ha riguardato la disinformazione sul Covid-19.

3. *L'Oversight Board tra gestione dell'emergenza e tutela della libertà di espressione: il caso della disinformazione sul Covid-19*

Alcune di queste decisioni riguardano anche specificamente la gestione delle emergenze, in rapporto alla libertà di espressione.

Un caso ha riguardato un post pubblicato in Lettonia che equiparava l'esercito russo in Ucraina e i nazisti: la decisione ha assunto quale parametro gli Standard della *community* di Facebook e i suoi valori ma, a differenza delle altre analizzate, ha considerato anche i Principi Guida delle Nazioni Unite per le imprese e i diritti umani (UNGP). L'applicazione di tali principi, tuttavia, è stata espressamente ricondotta a un'adesione volontaria da parte di Meta sulla base delle proprie norme che li richiamano, il che ancora una volta fa dubitare dell'effettività delle garanzie insite nel giudizio del *Board*.

Il riferimento a principi di diritto internazionale è risultato infatti del tutto ancillare rispetto all'autoregolamentazione di Meta, come dimostra anche l'analisi di altri casi che hanno riguardato situazioni di emergenza e nello specifico l'emergenza pandemica.

In un caso che ha riguardato la disinformazione in merito all'emergenza Covid-19, su cui si ritiene opportuno concentrarsi in questa sede, l'*Oversight Board* ha dichiarato di aver assunto quale parametro delle sue decisioni una sezione degli Standard della *community* di Facebook, creata allo scopo e relativa alla “*Disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche*”, oltre che delle informazioni contenute nella pagina del Centro assistenza a corredo.

Ciò nonostante l'estrema rilevanza del tema trattato – concernente a ben vedere il bilanciamento tra libertà di espressione, diritto alla salute e ordine pubblico – avrebbe più opportunamente richiesto una sua trattazione alla luce di principi costituzionali e di diritto internazionale.

La richiesta di esprimersi in merito a questo tema è pervenuta dalla stessa Meta: a luglio 2022, l'*Oversight Board* ha accettato la richiesta di Meta di valutare se l'azienda dovesse continuare a rimuovere determinate categorie di disinformazione sul Covid-19 o se invece un approccio meno restrittivo non fosse più in linea con i suoi valori e le sue responsabilità in materia di diritti umani.

Il *Board* afferma di aver condotto approfondite ricerche e consultazioni pubbliche. Data l'insistenza di Meta nell'adottare un approccio unificato e globale alla disinformazione sul Covid-19, il *Board* ha concluso che, fino a che l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) continuerà a dichiarare il Covid-19 un'emergenza sanitaria pubblica internazionale, Meta dovrà mantenere la sua normativa vigente⁴¹.

Ciò significa che dovrà continuare a rimuovere la disinformazione sul Covid-19 in grado di contribuire direttamente al rischio di violenza fisica imminente e grave. Tuttavia, il *Board* ritiene che Meta debba avviare un processo che coinvolga un numero maggiore di *stakeholder* per rivalutare tutte e 80 le affermazioni che ha rimosso al momento dell'adozione della decisione. L'azienda dovrebbe inoltre predisporre misure per quando la dichiarazione dell'OMS verrà revocata, al fine di tutelare la libertà di espressione e altri diritti umani nelle nuove circostanze.

Il *Board* ha raccomandato vivamente a Meta di pubblicare informazioni sulle richieste dei governi di rimuovere i contenuti sul Covid-19, di intraprendere azioni a supporto di indagini indipendenti sulle proprie piattaforme, di esaminare il collegamento tra l'architettura delle piattaforme e la disinformazione e di migliorare la comprensione della disinformazione sul Covid-19 a livello globale.

Oggi, Meta rimuove all'incirca 80 affermazioni di disinformazione sul Covid-19 secondo la normativa “Disinformazione sulla salute durante e-

⁴¹ Come è noto, la fine dell'emergenza Covid è stata poi dichiarata dall'OMS il 5 maggio 2023.

mergenze sanitarie pubbliche”, una sottosezione dello Standard della *community* sulla disinformazione, creata in risposta alle raccomandazioni fornite dal *Board* nella decisione “Presunta cura per il Covid”⁴².

Ai sensi della normativa “Disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche”, Meta rimuove «i casi di disinformazione durante le emergenze sanitarie pubbliche quando le autorità sanitarie concludono che le informazioni sono false e in grado di alimentare il rischio imminente di violenza fisica». Meta ha fatto esclusivo affidamento su autorità sanitarie pubbliche per determinare se lo standard fosse stato rispettato.

La decisione è anche resa in riferimento ai valori di Meta, indicati nell’introduzione agli Standard della *community* di Facebook, in cui il valore della libertà di espressione è “essenziale”. Meta limita la libertà di espressione per tutelare altri quattro valori, due dei quali sono pertinenti in questo caso: “sicurezza” e “dignità”. Per proteggere il valore della “sicurezza”, Meta «rimuove i contenuti in grado di contribuire a un rischio di violenza per la sicurezza fisica delle persone».

⁴² Sulla spinta della pandemia di Covid-19 e dell’aumento dei casi di disinformazione registrati sulle proprie piattaforme, Meta ha iniziato a rimuovere la disinformazione sul Covid-19 nel gennaio 2020. La normativa dell’azienda e i tipi di affermazioni soggette a rimozione si sono evoluti nei due anni successivi, per culminare nell’attuale sezione “Disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche” dello Standard della *community* sulla disinformazione e nella pagina del Centro assistenza a corredo.

Lo Standard della *community* sulla disinformazione esordisce con i fondamenti della normativa, i quali illustrano l’approccio di Meta alla disinformazione, che comprende il ricorso alla rimozione, al *fact-checking*, alla retrocessione e alle etichette come misure di applicazione. Secondo l’azienda, vengono rimossi esclusivamente i casi di disinformazione «in grado di contribuire direttamente al rischio di violenza fisica imminente». La normativa identifica quattro tipi di disinformazione soggetta a rimozione: (1) violenza fisica o violenza; (2) disinformazione dannosa per la salute; (3) interferenze elettorali o sui censimenti e (4) contenuti multimediali manipolati (particolarmente enfatizzata).

La sezione “Disinformazione dannosa per la salute” dello Standard della *community* sulla disinformazione presenta 3 sottocategorie: (i) disinformazione sui vaccini; (ii) disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche; e (iii) contenuti che promuovono o sostengono cure miracolose per problemi di salute nocive (particolarmente enfatizzata). Sebbene altri Standard della *community* siano potenzialmente applicabili alle affermazioni sul Covid-19, il presente parere consultivo sulle normative si sofferma unicamente sulla sezione “Disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche” della normativa in materia di disinformazione, in quanto applicabile alla pandemia di Covid-19. Il parere non va inteso come in riferimento ad altre normative.

La normativa in materia di disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche recita: Rimuoviamo i casi di disinformazione durante le emergenze sanitarie pubbliche quando le autorità sanitarie concludono che le informazioni sono false e in grado di alimentare il rischio imminente di violenza fisica, anche contribuendo al rischio che le persone contraggano o diffondano una malattia pericolosa o rifiutino il vaccino associato. Identifichiamo le emergenze sanitarie pubbliche in collaborazione con autorità sanitarie locali e globali.

Anche la decisione qui in esame, come le altre cui si è fatto cenno poc'anzi, fa riferimento a un precedente dello stesso *Board*, la decisione “Presunta cura per il COVID” (2020-006-FB-FBR) e non va oltre qualche vago richiamo di norme di diritto internazionale: «il termine “diritti” include i diritti umani riconosciuti dall’ICCPR – la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite – e più in generale dal diritto internazionale dei diritti umani».

Riepilogando, la decisione viene resa dal *Board* ai sensi della normativa sulla “Disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche”, una normativa di *soft law* che fa parte degli Standard della *community* di Meta ed è frutto di autoregolamentazione, letta alla luce dei principi di cui ai “valori di Facebook”.

La decisione è tuttavia anche una decisione *sulla* normativa di *soft law* di Meta in materia, il che pone il *Board* nella posizione ambigua di giudice della normativa ai sensi della quale rende la decisione stessa.

La decisione del *Board* è stata favorevole a continuare a rimuovere la disinformazione sul Covid-19 «in grado di contribuire direttamente al rischio di violenza fisica imminente», ritenendo che durante un'emergenza sanitaria pubblica globale ciò sia coerente con i valori e le responsabilità in materia di diritti umani di Meta.

Sulla compatibilità della normativa di Meta in materia di disinformazione sulla salute durante emergenze sanitarie pubbliche con i valori di Meta in materia di “libertà di espressione”, “sicurezza” e “dignità” dell’azienda, il *Board* si è espresso favorevolmente. Infatti, durante un'emergenza sanitaria pubblica, il rischio di violenza è considerevole e il valore della libertà di espressione può essere limitato a vantaggio del valore della sicurezza nell’ambito dei casi di disinformazione sulla salute «in grado di contribuire direttamente al rischio di violenza fisica imminente». La violenza imminente riconducibile alla disinformazione sul Covid-19 interesserà in maniera sproporzionata i soggetti più vulnerabili, comprese le persone immunodepresse e quelle affette da altre condizioni sottostanti o disabilità, le comunità più povere, gli anziani e gli operatori sanitari.

Quanto alla richiesta di intervenire sulla normativa, come spesso fanno le Corti costituzionali, il *Board* ha ritenuto di dover lasciare la decisione al “legislatore” competente e quindi in questo caso a Meta: in particolare, il *Board* ricorda che Meta non ha interpellato le autorità sanitarie pertinenti per richiedere una nuova valutazione delle affermazioni che rimuove, né ha condotto consultazioni più ampie con *stakeholder* ed esperti per rivalutare le singole affermazioni o la normativa in generale. Dal momento che Meta non ha ancora avviato una procedura di *due diligence* per modificare la propria normativa, il *Board* ha affermato di non essere nella

posizione di consigliare una modifica normativa che potrebbe colpire in modo sproporzionato i più vulnerabili.

La lettura della decisione sul caso Covid-19 – nonostante l'apparente ragionevolezza delle sue conclusioni – conferma quali siano i rischi per un'effettiva tutela dei diritti e, nel caso di specie, della libertà di espressione. La decisione, infatti, è stata resa utilizzando come parametro pressoché esclusivo norme di *soft law* frutto di autoregolamentazione, su cui tra l'altro viene richiesto al *Board* di intervenire, sulla base di parametri vaghi quali i “valori di Facebook”.

Inoltre, la decisione sul caso Covid-19, pur in apparenza molto più articolata di altre decisioni rese dal *Board*, difetta comunque dei requisiti tipici ed essenziali delle sentenze, quali ad esempio le sottoscrizioni dei giudici, rendendo del tutto impossibile verificare l'imparzialità e la terzietà.

Espressamente poi si precisa che Meta «sostiene di non disporre attualmente della capacità per adottare un approccio localizzato e svilupparne uno richiederebbe molte risorse e tempo, il che rende questo approccio irrealizzabile per l'immediato futuro». Peraltro, come si è visto, rispetto all'esigenza di decisioni localizzate non pone rimedio nemmeno la disciplina che regola l'*Oversight Board*, che non valorizza la presenza tra i suoi membri di esperti di diverse nazionalità.

Non da ultimo, anche nel caso Covid-19 è mancata qualsivoglia garanzia di tipo procedurale, tant'è che è stato preso in esame solo il ricorso introduttivo di Meta e non è stato concesso il deposito di memorie, documenti e repliche.

4. *Il residuo ruolo dei poteri pubblici nei confronti dei poteri privati: luci e ombre del Digital Services Act*

Le considerazioni che precedono confermano quanto resti cruciale il residuo ruolo dei poteri pubblici nel delimitare ciò che i poteri privati possono e non possono fare, determinando almeno una cornice di principi da rispettare.

Per tutelare efficacemente la libertà di espressione *online*, le forme di giustizia privata possono funzionare soltanto se i legislatori, al massimo livello possibile, imporranno garanzie minime a favore delle parti: basti pensare alla possibilità di difesa tecnica e all'effettività del contraddittorio oltre che a garanzie sulla nomina di giudici, che siano al di fuori di ogni possibile dubbio indipendenti e imparziali.

In definitiva, se non è possibile e forse nemmeno auspicabile scoraggiare in radice forme di autoregolamentazione e di giustizia privata, è tuttavia necessario indirizzarle con gli strumenti di cui ancora dispone l'*hard*

law, per garantire il rispetto di regole che abbiano un'origine democratica e per preservare i diritti fondamentali.

In questo senso, l'attivismo regolatorio dell'Unione europea in parte coglie nel segno e in parte no.

Correttamente, il *Digital Services Act* si pone l'obiettivo garantire la tutela dei diritti fondamentali *online* in modo più efficace che in passato, ponendo particolare enfasi sulla libertà di espressione e dimostrando almeno in parte contezza dei problemi che riguardano la giustizia privata.

La libertà di espressione è considerata dal regolamento uno dei principali diritti da tutelare *online*, indicata quasi sempre al primo posto dei lunghi elenchi di diritti che caratterizzano i considerando.

In particolare, si occupano di libertà di espressione i considerando 3, 22, 47, 51, 52, 53, 54, 63, 81, 90, 149, 150, 153. Non è soltanto il dato numerico a restituire l'importanza che il legislatore riconosce alla libertà di espressione, ma anche il contenuto dei diversi considerando.

Tutto il regolamento, infatti, dovrà essere interpretato e applicato alla luce di tale diritto fondamentale⁴³, la cui rilevanza in ambito digitale emerge nei diversi punti del testo in riferimento a molte delle problematiche che caratterizzano le piattaforme *online*.

Innanzitutto, il regolamento mira a costruire un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile, che consenta ai cittadini di esercitare i propri diritti fondamentali, con espresso riguardo alla libertà di espressione e di informazione. Tali diritti dovranno essere tenuti particolarmente in considerazione dai fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi⁴⁴, che sono destinatari di specifici obblighi anche nel DSA⁴⁵.

La rimozione dei contenuti illegali *online* deve essere effettuata mediante un accorto bilanciamento con la libertà di espressione⁴⁶, tenendo

⁴³ Cfr. considerando 153.

⁴⁴ Cfr. considerando 47.

⁴⁵ Le piattaforme di dimensioni molto grandi, ai sensi dell'art. 33 DSA, sono quelle che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni e che sono designati come tali dalla Commissione europea, previa consultazione dello Stato membro di stabilimento o tenuto conto delle informazioni fornite dal coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento. La designazione di 19 piattaforme molto grandi è avvenuta il 25 aprile 2023 da parte della Commissione europea: ciò comporta l'applicazione a partire dal 25 agosto 2023 in capo a tali piattaforme degli obblighi di cui alla sezione V del DSA (recante «*Obblighi supplementari a carico dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi per la gestione dei rischi sistemici*»). Le piattaforme designate sono AliExpress, Amazon Store, AppStore, Bing, Booking, Facebook, Google Maps, Google Play, Google Search, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube, Zalando.

⁴⁶ Cfr. considerando 22, 51 e 90.

conto delle eventuali conseguenze negative su questo fronte⁴⁷. I meccanismi di segnalazione alle piattaforme digitali devono essere disciplinati da norme uniformi, trasparenti e chiare, che tengano in debito conto proprio la libertà di espressione e di informazione⁴⁸, di cui vi deve poi essere traccia nelle motivazioni della segnalazione⁴⁹.

Particolarmente significativa, inoltre, è la specificazione che la progettazione dei sistemi algoritmici utilizzati dalle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e dai motori di ricerca non può ostacolare la concorrenza o mettere a tacere l'espressione⁵⁰.

Infine, ogni valutazione riguardante l'applicazione del regolamento dovrà tenere in debita considerazione le ripercussioni sul diritto alla libertà di espressione e di informazione⁵¹.

L'applicazione del regolamento sarà garantita dalla Commissione europea, congiuntamente agli istituendi coordinatori dei servizi digitali degli Stati membri, secondo un assetto dei poteri che appare meno accentratizzato rispetto a quello previsto dal DMA.

Alle ambiziose premesse dei considerando non sempre corrispondono altrettanti fatti nell'articolato. Tra i casi di corrispondenza, si segnala l'enunciato del considerando 81, relativo alla progettazione e al funzionamento del servizio digitale e dei sistemi algoritmici: quest'ultimo ha una concreta traduzione nelle misure dell'articolato⁵², che in questo caso impongono ai fornitori delle piattaforme digitali di valutare attentamente i rischi che potrebbero derivare alla libertà di espressione e di informazione.

Alcune novità emergono, invece, sul fronte della tutela dei diritti in sede giudiziale ed extragiudiziale.

Il legislatore eurounitario, infatti, mostra di avere contezza di alcuni dei requisiti che dovrebbero caratterizzare forme di giustizia privata: imparzialità e indipendenza sul piano finanziario, possesso delle competenze necessarie, modalità di retribuzione dei membri chiare e trasparenti, regole procedurali chiare ed eque. Sceglie di non andare fino in fondo, però, nelle soluzioni.

Va considerato, infatti, che le novità apportate dal DSA in tema di giustizia privata si applicano soltanto su richiesta dell'organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie ai fini di ottenere una certificazione. La richiesta va presentata al coordinatore dei servizi digitali dello

⁴⁷ Cfr. considerando 54.

⁴⁸ Cfr. considerando 52.

⁴⁹ Cfr. considerando 53.

⁵⁰ Cfr. considerando 81.

⁵¹ Cfr. considerando 150 e art. 91.

⁵² Cfr. art. 34.

Stato membro in cui è stabilito l'organismo stesso nel caso in cui si voglia ottenere lo status di organismo certificato.

È espressamente prevista la possibilità che gli Stati membri istituiscano organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie che prendano decisioni “di secondo grado” rispetto ai sistemi di gestione dei reclami delle piattaforme *online*.

Si dovrà verificare se e in che modo l'*Oversight Board* si uniformerà alle sue previsioni. Meta, infatti, sostiene pubblicamente da tempo l'indipendenza e l'imparzialità del *Board* ed è difficile immaginare che possa cambiarne la struttura senza esservi costretta.

L'impressione è che, più che creare regole certe per le forme di giustizia privata emerse in seno alle *Big Tech*, si cerchi di favorire una maggiore concorrenza nel “mercato” degli organismi di risoluzione delle controversie *online*. Si vedrà, poi, quali saranno gli effetti concreti di questa norma, ma di certo la strada da percorrere è ancora lunga.

Infine, la Commissione europea può in taluni casi invitare i gestori di piattaforme digitali di grandi dimensioni a partecipare all'elaborazione di codici di condotta conformi al diritto dell'Unione, tenendo conto soprattutto delle norme in materia di concorrenza e protezione dei dati personali, e per garantire la migliore applicazione dello stesso DSA. Sono previsti obblighi di comunicazione periodica alla Commissione circa le misure attuate e i risultati raggiunti, senza dimenticare quelli che paiono essere veri e propri strumenti di *enforcement* a disposizione della Commissione.

La Commissione pare intuire dunque le potenzialità della co-regolazione, senza tuttavia sfruttarle a pieno.

5. Considerazioni conclusive

Affinché sia efficace, il residuo ruolo dei poteri pubblici nei confronti dei poteri privati dovrà dunque risiedere principalmente nella previsione di normative sufficientemente generali e astratte e in grado di resistere al rischio di una rapida obsolescenza.

Questa regolamentazione non dovrà invadere gli spazi dei privati, disciplinando ogni singolo aspetto, perché rischierebbe così di bloccare l'innovazione, ma dovrà prevedere regole certe e di immediata e diffusa applicabilità, a partire dai principi.

Non sempre, quindi, normative ipertrofiche e iperdettagliate sono una soluzione, ma una regolamentazione da parte dei poteri pubblici appare comunque necessaria, onde evitare di abbandonare anche la tutela dei diritti in mano ai poteri privati.

De iure condendo, la co-regolazione⁵³ è una «terza via» che meriterebbe di essere ulteriormente esplorata e sistematizzata, così da garantire la tutela per l'appunto di un nucleo di principi, che soltanto i pubblici poteri hanno l'interesse e la forza di imporre, senza perdere i benefici in termini di flessibilità e adeguatezza tecnologica tipici dell'autoregolamentazione⁵⁴ da parte di poteri privati.

Allo stesso modo, non sarebbe possibile imporre le classiche giurisdizioni nazionali su ogni aspetto del web, ma è ancora possibile orientare le forme di giustizia privata che emergeranno sulla scia di Meta verso un'adeguata garanzia dei diritti anche procedurali delle parti.

Questo deve essere il ruolo dello Stato, dell'Unione europea e delle organizzazioni sovranazionali: i poteri pubblici⁵⁵. Un ruolo essenziale per garantire il rispetto di regole che abbiano un'origine democratica e per

⁵³ Comm. eu., *Better Regulation Toolbox*, novembre 2021, p. 123, definisce in questi termini la co-regolazione: «*co-regulation is a mechanism whereby the Union Legislator entrusts the attainment of specific policy objectives set out in legislation or other policy documents to parties which are recognised in the field (such as economic operators, social partners, non-governmental organisations, standardisation bodies or associations). Recognition of such public-private arrangements may be done through cooperation agreements or in Union legislation*». In dottrina, T.E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in *CERIDAP*, n. 2, 2023, p. 59 ha descritto la co-regolazione come «una sorta di applicazione del principio di sussidiarietà, in cui la co-regulation dello Stato può venire in sussidio alla self-regulation». In merito alla co-regolazione, si veda, da ultimo, A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2022, pp. 1032-1033, che sottolinea come «la premessa da cui deriva l'idea della co-regolazione è che la tecnologia digitale sia caratterizzata da un mix tale di complessità specialistica e rapidità evolutiva che in molti casi solo i destinatari stessi delle norme sono in possesso delle conoscenze necessarie a svolgere il compito normativo [...] mediante la co-regolazione si tenta di correggere la profonda asimmetria informativa esistente tra regolatore e regolato, assegnando alla decisione di matrice pubblica, la fissazione dei valori e degli obiettivi generali e coinvolgendo invece nella fase di esecuzione-attuazione i destinatari delle norme». Nella letteratura internazionale, tra i sostenitori della *co-regulation*, cfr. L. LESSIG, *Code and other law of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

⁵⁴ Ancora Comm. eu., *Better Regulation Toolbox*, cit., p. 123, descrive così i vantaggi della co-regolazione: «*co-regulation can combine the advantages of the binding nature of legislation with a flexible self-regulatory approach to implementation that draws on the experience of the parties concerned and can foster innovation*». Sull'emergere della *co-regulation* come reazione alla *self-regulation* dei poteri privati, cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione*, cit., p. 1040, secondo cui «il fenomeno, poi, nei tempi più recenti è divenuto particolarmente rilevante quando ad adottare sistemi di *self-regulation* sono state grandi piattaforme online, veri e propri poteri privati capaci di condizionare, attraverso tali strumenti, i comportamenti di milioni di utenti».

⁵⁵ Cfr. 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 18-19 giugno 2021*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 35, secondo cui «occorre, per la sua stessa tenuta, che lo Stato diventi protagonista anche nel cyberspazio».

preservare i diritti fondamentali che costituiscono la grande eredità del costituzionalismo occidentale⁵⁶.

Si tratta di un compito particolarmente arduo e che non può prescindere dalla regolazione dei poteri privati⁵⁷ che operano nel digitale⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. anche M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2, 2020, pp. 35 ss., nonché M. BETZU, *I baroni del digitale. Libertà, democrazia e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 27, secondo cui «dopo anni di laissez-faire non può più essere messa in discussione la necessità di una regolazione che abbia come obiettivo la riaffermazione, anche nel mondo digitale, dei valori e delle libertà costituzionali pensati per il mondo fisico». Ancor più di recente, si veda L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale*, cit., p. 94: «urge disegnare regole internazionali che possano assicurare standard elevati di tutela dei diritti fondamentali, favorire il contrasto alla disinformazione e alle fake news, garantire la protezione dei dati personali nei confronti di tutte le grandi compagnie private che “controllano” la rete [...] Questa sembra essere la sfida più importante che attende lo Stato e gli Stati nel XXI secolo, vale a dire riprendere in qualche modo il controllo sui big data delle persone, quanto meno in termini di regole globali e di garanzie dei singoli e della collettività».

⁵⁷ G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato, Relazione al XXVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Salerno 22-24 novembre 2012)*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 3 ss., afferma che «per inseguire e imbrigliare i poteri che sono cresciuti nell'arena globale» attualmente la strada più proficua è parsa quella della «penetrazione della rule of law nelle regolazioni e decisioni sovranazionali (nei termini nei quali appunto se ne occupa il diritto amministrativo globale) porta alla forza crescente del nucleo essenziale della stessa rule of law, che è in realtà il nucleo essenziale del costituzionalismo, incarnato dalla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona».

⁵⁸ In questo senso, pare condivisibile la prospettiva di M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, cit., pp. 67-68, per cui «è compito del potere politico quello di limitare i poteri privati, prima di esserne fagocitato».

“Estrema urgenza” e limiti esterni alla libertà di informazione nello spazio costituzionale europeo: un precedente pericoloso

di *Giuliano Vosa*

Sommario

1. Introduzione: le restrizioni alla libertà di espressione fra dittatura e guerra. – 2. La lotta alla “disinformazione” in Europa prima e dopo la guerra. – 3. Un salto di qualità: la sospensione delle emittenti come mezzo preventivo di lotta alla “disinformazione”. – 4. Il caso *RT France c. Consiglio*, ovvero un giudizio di proporzionalità impossibile. – 4.1. Su “regola” ed “eccezione” in regime di “urgenza”, nonché sul tramonto dell’obbligo di motivazione. – 4.2. Su “propaganda” e “disinformazione”, ovvero della vana consunzione del diritto dinanzi alla guerra. – 4.3. Un bilanciamento dimezzato. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione: le restrizioni alla libertà di espressione fra dittatura e guerra*

Tra le certezze che le Carte del secondo dopoguerra offrono all’interprete una delle più solide riguarda la centralità della libertà di manifestazione del pensiero, tanto nell’architettura dei poteri come nella tutela dei diritti¹. È, quindi, pacifico che il diritto all’informazione sia un pilastro

¹ Da ritenersi, com’è stato efficacemente scritto, inscindibilmente legate: M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”. Note sulle brevi su un modello*

della forma di Stato di democrazia pluralista². Discendente diretto della libera manifestazione del pensiero³, esso ne rafforza il profilo collettivo, aggiungendo alla libertà “liberale”⁴ il plusvalore dell’eguale dignità⁵ di persone capaci di auto-determinarsi, come individui e come comunità, su un piano paritario. Non si tratta più, allora, del semplice diritto del singolo a esprimere il suo pensiero, ma pure del diritto degli altri di ascoltarlo; considerandosi il pensiero altrui, nella sua irripetibile originalità, un elemento chiave della sfera pubblica che circonda e alimenta le istituzioni comuni⁶.

Ad onta di un’apparente banalità, questa premessa si rivela necessaria, poiché sottolinea la gravità delle conseguenze di ogni restrizione alla libertà di parola che venga a determinarsi nella sfera pubblica della democrazia liberale moderna⁷ – in specie, nella sfera pubblica che anima lo spazio costituzionale dell’Unione europea⁸, così come emerso a partire della rottura del monopolio statale sulla produzione giuridica. Tali conseguenze meritano ulteriore approfondimento.

Com’è noto, in democrazia pluralista – il regime istituito dalle Carte del secondo dopoguerra, su cui l’Unione, a voce dell’art. 2 TUE, dichiara

interpretativo ricorrente, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, pp. 497 ss.

² L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d’informazione: le problematiche attuali*, in *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione. Atti del Primo Convegno annuale dell’AIC*, Padova, 16-18 ottobre 1986, Cedam, Padova, 1986, pp. 9-31.

³ Così, in prima battuta, Corte cost., sent. n. 9/1956, in *Cons. dir.*, 3, con nota di A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 4, 1969, pp. 1176-1194. In generale, *ex multis*, A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.) *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, pp. 454 ss.

⁴ *Ex multis*, P.P. PORTINARO, *Profilo del liberalismo*, in B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni* (cur. G. PAOLETTI), Einaudi, Torino, 2001, pp. 37-158.

⁵ S. RODOTÀ, *Homo dignus*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 179 ss.

⁶ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962) ed. it. (A. ILLUMINATI, F. MASINI, W. PERRETTA), *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2005 (rist. 2020), spec. pp. 67 ss., 163 ss., 272 ss.

⁷ Su cui, *ex plurimis*, A. SALVATORE, *The Public Sphere. Liberal Modernity, Catholicism, Islam*, Palgrave MacMillan, London, 2007, pp. 69 ss., 215 ss.; cfr., inoltre, il doppio numero monografico di *Quaderni di teoria sociale* del 2020, a cura di L. CORCHIA, W. PRIVITERA, A. SANTAMBROGIO, *Forme e spazi della Teoria critica*, ove ad es. S. MÜLLER-DOOHM, *Habermas e la teoria comunicativa della società. Una mappa tematica*, in *Quaderni di teoria sociale*, 1-2, 2020, pp. 67-90.

⁸ P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo “spazio pubblico” nelle democrazie pluralistiche*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31-49, 35 ss.

di fondarsi – la relazione fra Stato e società viene a colorarsi con tinte inedite rispetto alle precedenti vicende della storia europea.

Per un verso, il circuito istituzionale permette l'integrazione dei cittadini nelle istituzioni mediante una separazione dei poteri non solo nominale, ma capace di offrire a ciascuno la possibilità effettiva di esporre le proprie ragioni nelle sedi volta per volta a ciò destinate, e con le forme all'uopo previste, rimodellandosi il principio di libertà⁹ nelle forme costituzionali della sovranità popolare¹⁰. Tale possibilità si reitera nelle molteplici fasi in cui si produce il diritto applicato ai cittadini stessi: ognuna di esse – l'*iter legis*¹¹, i procedimenti amministrativi in qualsiasi modo configurati¹², il processo dinanzi a un giudice terzo e imparziale¹³ – si fonda sull'acquisizione e discussione, variamente qualificata e formalizzata, di posizioni individuali e collettive in uno alle ragioni che le sostengono¹⁴.

Per altro verso, oltre le istituzioni fiorisce una sfera pubblica libera e aperta, radicalmente diversa rispetto a quella che era venuta a formarsi nei secoli addietro¹⁵. La *chance* di entrare, su un piede di parità, nella *sala macchine* del potere¹⁶, se da un lato avvicina le istituzioni ai cittadini, dall'altro è concausa pure del moto inverso: fa da volano per la formazione di segmenti non istituzionali della sfera pubblica¹⁷, latori di istanze se-

⁹ P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. pp. 359-360.

¹⁰ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954), in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 94 ss., 114.

¹¹ S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali* (1963), ora in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 3-335, spec. pp. 93 ss.; cfr. M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura* (1997) in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 105-132.

¹² M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova, 1988, pp. 9 ss., *passim*; cfr. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 3, 1962, pp. 130 ss.

¹³ Su cui, *ex plurimis*, P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Cedam, Padova, 1954.

¹⁴ N. BOBBIO, *Democrazia e dittatura* (1981), in ID., *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, II ed., Einaudi, Torino, 1995, pp. 126-157, spec. pp. 147 ss.

¹⁵ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., pp. 3 ss., 67 ss.

¹⁶ Nella potente immagine di R. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2022, pp. 8 ss., *passim*.

¹⁷ Cfr., per un inquadramento generale, A. jr. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche* – R. SACCO (dir.), R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVIERI (cur.) – VII agg., Utet, Torino, 2017, pp. 217-260.

zionali e non generali, ritagliati sul modello della differenziazione funzionale¹⁸. Questo moto evolutivo è venuto affiancando e sostenendo i partiti politici finché essi sono stati in grado di rielaborare in chiave generale le molteplici rappresentanze particolari di cui erano principale riferimento¹⁹; quando, per svariati fattori, sono venuti meno a quel ruolo, il gravoso compito di rielaborare le voci del pluralismo si è scaricato sulle sole istituzioni, in virtù di una disintermediazione difficilmente reversibile e non scevra da tendenze neo-corporativistiche. A tale compito, quindi, partecipano i segmenti non istituzionalizzati della sfera pubblica, espletando una funzione d'irrinunciabile importanza per il funzionamento delle stesse istituzioni, locali, statali e sovranazionali²⁰.

Sicché, oggi, la sfera delle istituzioni, in uno a quella che cresce fuori da esse assicurandone il ricambio d'idee e di protagonisti, funziona sulla base della libertà di espressione: opera infatti mediante cittadini liberi di parlare e ascoltare, informarsi, auto-determinarsi individualmente, e infine esprimersi, portando a sintesi le loro posizioni in forma di opzioni normative – le quali, proprio in virtù del processo che le ha viste formarsi, si propongono come le migliori perseguibili, di volta in volta, per la comunità nel suo complesso.

Il lavoro che qui si presenta mette in luce il *vulnus* alla libertà di parola cagionato dalle misure che l'Unione ha adottato in replica all'invasione russa dell'Ucraina, illustrando le conseguenze che da tale ferita, ove non tempestivamente sanata, discenderebbero. Le misure in parola dispongono per l'intera Unione una sospensione *sine die* delle trasmissioni da parte di taluni *networks* – *Russia Today* e *Sputnik* – legati al Cremlino e considerati mezzi di propaganda-disinformazione a scopi bellici. Si tenterà, molto in breve, di ricostruire i motivi per cui esse si pongono in contrasto netto con i principi costituzionali su cui si fonda la democrazia pluralista, a livello degli Stati e dell'Unione. A tale scopo, occorre muovere dal diritto dell'Unione vigente – prima delle misure in questione, almeno – per poi procedere all'analisi della pronuncia del Tribunale di prima istanza che ne sancisce la legittimità.

¹⁸ N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* (1993) trad. ingl. (K.A. ZIEGERT), *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2004, spec. pp. 53 ss., 230 ss.

¹⁹ P. RIDOLA, (voce) *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 66 ss.

²⁰ Da ultimo, R. RIVAS DE ROCA, M. GARCÍA-GORDILLO, *Understanding the European Public Sphere: a review of pending challenges in research*, in *European Politics & Society*, 23(2), 2022, pp. 380-394.

2. La lotta alla “disinformazione” in Europa prima e dopo la guerra

È ben noto come il *ban* pronunciato dai massimi organi politici dell’Unione contro *Russia Today* e *Sputnik* non sia che l’ultimo, più eclatante episodio di una lotta contro la “disinformazione” scatenata dall’Unione ormai da diversi anni. Una lotta che, nei fatti e poi anche nelle parole, ha a rivale principale, se non unico, la Federazione russa e il suo *leader*.

Annota Sarah Lattanzi²¹ che il primo atto di questa battaglia risale all’annessione della Crimea e di Sebastopoli da parte di Mosca: una mossa dichiarata illegale nelle *Conclusioni* del Consiglio europeo del 19-20 marzo 2015²². In quella sede, il Consiglio europeo aveva invitato l’Alto Rappresentante a elaborare un Piano d’azione in materia di comunicazione strategica, in collaborazione con gli Stati membri e le istituzioni dell’Unione. L’uso del termine “strategica” – scivoloso, forse inopportuno per la contiguità con la categoria opposta all’agire comunicativo²³ – ricompare nel nome della *task force East StratCom*, organismo istituito, in forza delle citate *Conclusioni*, in seno al Servizio Europeo per l’Azione Esterna, con il fine di sviluppare una comunicazione efficace sulla promozione delle attività dell’Unione europea nell’Europa orientale e oltre. Nel 2017, con lo stesso schema nascono la *Task Force South* e la *Task Force Western Balkans*, dando vita a un organismo composito, “*with a focus on emerging threats, data analysis, policy development and international cooperation*”, che lavora in stretta cooperazione con il Sistema di Allerta rapida e con la *Strategic Communications and Information Analysis Division* stabilita in seno al Servizio europeo per l’azione esterna²⁴.

Il progetto principale della *East StratCom* è *EuvsDisinfo*: una piattaforma multilingue istituita al fine di “affrontare e rispondere meglio alle campagne di disinformazione della Federazione russa che riguardano l’Unione europea, i suoi Stati membri e i Paesi confinanti comuni”²⁵. Divisa in più sezioni, essa contiene altresì una banca dati sulla disinformazione

²¹ S. LATTANZI, *La lotta alla disinformazione nei rapporti tra Unione e Stati terzi alla luce del conflitto russo-ucraino*, in *MediaLaws*, 3, 2022 (pubbl. 28 febbraio 2023), pp. 158-178, spec. pp. 162 ss.

²² Al punto 13, p. 5, in <https://www.consilium.europa.eu/media/21876/st00011it15.pdf>.

²³ J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns, I – Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung* (1981), ed. it. (P. RINAUDO), *Teoria dell’agire comunicativo, I – Razionalità nell’azione e razionalizzazione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 83 ss., *passim*.

²⁴ Informazioni salienti (solo in inglese e francese) al sito dell’*European External Action Service* (EEAS), sezione *Tackling Disinformation, Foreign Information Manipulation & Interference*, https://www.eeas.europa.eu/eeas/tackling-disinformation-foreign-information-manipulation-interference_en#45330.

²⁵ <https://euvsdisinfo.eu/it/>, sezione “Database”.

che richiama numerosi articoli e lavori a contenuto informativo. Questi lavori formano oggetto di trattazione, smentita e replica nel merito da parte di un nucleo di *debunkers* anonimi che indicano fonti a confutazione della tesi – secondo il metodo del c.d. *fact-checking*²⁶.

È, questo, un primo tipo di azione restrittiva della libertà di informazione, che opera, tuttavia, su un piano narrativo ancora compatibile con essa. Poggia infatti sull'idea che, per l'odierna complessità del reale, la capacità di auto-determinazione dei cittadini come singoli e come comunità vada "aiutata", fornendo loro un supporto a tutela della veridicità e/o imparzialità di talune informazioni. Tale supporto presenta due caratteristiche. Primo: pur limitandosi, nella maggior parte dei casi, a proporre (opporre) una propria versione a quella bollata come mendace o parziale, entra in polemica nel merito con la fonte accreditata di mendacità e/o parzialità, citandola in lingua originale. Secondo: non impedisce al cittadino di prendere visione del contenuto qualificato come mendace o parziale; si limita a bollarlo, richiamando l'attenzione del fruitore del messaggio sulla sua attendibilità²⁷.

È pur vero che l'approccio complessivo delle istituzioni europee al tema della "disinformazione" – definito come globale, o integrato²⁸, nei documenti normativi che se ne occupano – ha portata capillare, lasciandosi cogliere, in ottica complessiva, come strumento per costruire una nuova narrazione europea i cui lineamenti non paiono coincidere con quelli *irenici* della Comunità dei primi anni²⁹. Tale narrazione si sta già dimostrando capace d'influenzare il diritto vigente³⁰; si propone, ora, d'istituire concetti giuridici nuovi, dall'ampio respiro geopolitico, inediti per il diritto dell'Unione e innovativi anche per il diritto degli Stati membri.

²⁶ Si veda a titolo d'esempio la notizia per cui neonazisti ucraini sarebbero coinvolti negli attacchi al *Crocus City Hall* di Mosca, del 22 marzo 2024, costato la vita a oltre 140 persone, e rivendicato dall'ISIS K: <https://euvsdisinfo.eu/it/report/anti-russian-actors-using-neo-nazis-in-kyiv-may-be-involved-in-crocus-attack/> [15 aprile 2024]. Da rilevare che, fra gli altri, P. Arlacchi, su *Il Fatto Quotidiano* del 30 marzo, ha rilanciato i numerosi dubbi sulle reali responsabilità dell'accaduto, alimentando un dibattito ancora apertissimo.

²⁷ Alimentando una polemica assai accesa anche a livello nazionale: cfr., ad es., i quotidiani del 7 gennaio 2024 in ordine alla dichiarazione del deputato Federico Mollicone, presidente della Commissione Cultura ed esponente della maggioranza di governo (Fratelli d'Italia) secondo cui, per combattere le *fake news*, occorrerebbe "certificare le notizie per legge".

²⁸ Sulla differenza tra i due aggettivi S. LATTANZI, *op. ult. cit.*, p. 163.

²⁹ Ad es. E. CHITI, P.G. TEIXEIRA, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, in *Common Market Law Review*, 50(3), 2013, pp. 683-708, 697 ss. Cfr. l'editoriale di J.H.H. WEILER, *Integration through Fear*, in *European Journal of International Law*, 23(1), 2012, pp. 1-5, spec. pp. 1-2.

³⁰ *Ex multis*, I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. pp. 71 ss., 175 ss.

Tuttavia, per il metodo che adotta, la lotta alla disinformazione in Europa non ripudia, ma mira a rafforzare – almeno su carta – gli stilemi della democrazia pluralista. Degno di nota, in tal senso, il fatto che, oltre a basarsi sullo schema della verifica e confutazione, nel merito, alle singole presunte *fake news*, essa si serva di atti di *soft law*, privi d’impatto diretto sull’architettura delle competenze tra Stati e Unione – quindi, rispettosi dell’autonomia del diritto costituzionale nazionale³¹.

Con l’anatema scagliato dalla Presidente von der Leyen e subito tradotto in norma dal Consiglio l’Unione attraversa un Rubicone mai violato, forse non senza motivo, fino a ieri³². Il guado del fiume simbolo della Roma repubblicana, confine invalicabile in tempo di pace, avviene in un duplice senso. Primo: l’Unione esercita una competenza in un ambito strettamente inerente alla libertà di informazione, in specie, al diritto d’informarsi ed essere informati riconosciuto ai suoi cittadini – un diritto, com’è ben noto e come si è ribadito, di profondo respiro costituzionale. Secondo: le misure adottate abbracciano una ragione strumentale tesa all’affermazione come diritto di ragioni di parte – con tutti i rischi che ne derivano quanto alla salute della democrazia pluralista e al mantenimento della pace.

3. *Un salto di qualità: la sospensione delle emittenti come mezzo preventivo di lotta alla “disinformazione”*

Il pacchetto di misure varato dal Consiglio dopo lo scoppio della guerra in Ucraina si basa su due coppie di due atti, adottate l’una il 1° marzo e l’altra il 3 giugno 2022. Le si elenca qui di seguito.

Il Regolamento (UE) 2022/350 del Consiglio, del 1° marzo 2022, che

³¹ Possono citarsi: la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo” COM/2018/236 final, e Comunicazione congiunta “Piano d’azione contro la disinformazione, JOIN 2028(36) final; il Codice di Buone Pratiche sulla Disinformazione Rafforzato, o 2022 *Strengthened Code of Practice on Disinformation*, 16 giugno 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation> (si nota che non è disponibile la versione del Codice in lingue diverse dall’inglese); il *EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*, rivolto alle grandi piattaforme informatiche (inclusi i social) e riaggiornato da ultimo il 27 settembre 2019 – https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en.

³² La metafora è ripresa da R.Ó. FATHAIGH, D. VOORHOOF, *Freedom of Expression and the EU’s Ban on Russia Today: A Dangerous Rubicon Crossed*, in *Communications Law*, 27(4), 2022, pp. 186-193.

modifica il Regolamento (UE) 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, e la Decisione (PESC) 2022/351 del Consiglio, del 1° marzo 2022, che modifica la Decisione (PESC) 2014/512 avente lo stesso oggetto.

Il Regolamento (UE) del Consiglio 2022/879, del 3 giugno 2022, che modifica il Regolamento (UE) 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, e la Decisione (PESC) 2022/884 del Consiglio del 3 giugno 2022 che modifica la Decisione (PESC) 2014/512 avente lo stesso oggetto.

Su tale pacchetto di misure – la seconda coppia conferma e proroga gli effetti di quanto disposto dalla prima – s’impongono due considerazioni preliminari, che per brevità s’incentrano sul Regolamento – atto, com’è noto, a portata generale e direttamente applicabile, giusta il disposto dell’art. 288 TFUE.

In primo luogo, occorre esaminare la parte dispositiva del Regolamento in questione, rispetto alla quale meritano attenzione due punti.

Uno: la base giuridica del Regolamento è l’art. 215 TFUE, relativo alle sanzioni economico-finanziarie. Esso consente al Consiglio, secondo la procedura ivi prevista, di adottare “misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali” là dove una Decisione PESC (adottata sulla base dell’art. 29 TUE) preveda “l’interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più Paesi terzi”, e predisponendo “le necessarie garanzie giuridiche”.

Due: la parte precettiva del Regolamento è assai scarna, semplicemente vietandosi agli operatori (nazionali) “la radiodiffusione, ovvero il conferimento della capacità di diffondere, l’agevolazione della radiodiffusione o altro concorso a tal fine, dei contenuti delle persone giuridiche, delle entità o degli organismi elencati nell’allegato XV, anche sotto forma di trasmissione o distribuzione tramite mezzi quali cavo, satellite, IP-TV, fornitori di servizi Internet, piattaforma o applicazione di condivisione di video su internet, siano essi nuovi o preinstallati”, mentre le licenze o autorizzazioni di radiodiffusione e qualsiasi accordo di trasmissione e distribuzione con le medesime persone sono “sospese”. L’allegato XV recita: *Sputnik, Russia Today English RT, Russia Today UK, Germany, France e Spain*.

Trova così fondamento concreto la considerazione per cui tali misure operano su un piano diverso da quello finora identificato come proprio della lotta alla “disinformazione”: una sospensione preventiva che atrofizza, impedendolo in radice, il dialogo tra gli attori in conflitto, spingendo la “protezione” della sfera pubblica – e dei cittadini nella duplice veste di attori-fruitori – a un livello successivo. Con tali misure, infatti, sono

cancellate entrambe le caratteristiche della lotta alla “disinformazione” così come finora condotta dall’Unione. Non si tratta di esaminare il contenuto di singoli messaggi informativi per saggiarne la veridicità; si tratta, al contrario, di rompere quelle regole in via preventiva, censurando l’emittente *ex ante* rispetto a qualunque messaggio produca, prim’ancora che lo produca. Né si tratta, del pari, di entrare in polemica con le tesi sostenute dal messaggio additato come parziale o mendace; tale messaggio, giusta la restrizione *ex ante* imposta al rispettivo *broadcaster*, semplicemente non esisterà mai come tale, e mai raggiungerà il suo uditorio.

In secondo luogo, mette conto di notare come i considerando del Regolamento 350 esprimano, nella loro chiarezza narrativa, una lunga serie di fatti, corredati da qualificazioni giuridiche, presentati come giustificativi della misura adottata. L’intero corredo di verità esibito e posto a fondamento dell’atto, nondimeno, *verità* non è; è posizione di *una sola parte*, riportata, tuttavia, come incontestabile dato. Ciò vale senz’altro per le posizioni politico-istituzionali di cui al considerando 4 (“[n]elle sue *Conclusioni* del 24 febbraio 2022, il Consiglio europeo ha condannato con la massima fermezza l’aggressione militare non provocata e ingiustificata della Federazione russa contro l’Ucraina”) che rivelano l’approccio politico dell’Unione alla vicenda. Ma vale pure, forse a maggior ragione per i fini qui rilevanti, se si leggono i considerando 6-8, ove si denuncia la “sistematica campagna internazionale di manipolazione dei media e di distorsione dei fatti” condotta da Mosca “da tempo... nell’intento di giustificare e sostenere l’aggressione nei confronti dell’Ucraina”; e ancor di più, per le medesime ragioni, quanto ai considerando 10-12, ove si parla di “sospensione urgente delle attività di radiodiffusione nell’Unione e all’Unione” da parte dei *media* russi, che dovrà essere mantenuta “fino a quando l’aggressione nei confronti dell’Ucraina non sarà cessata e fino a quando la Federazione russa e gli organi di informazione ad essa associati non avranno cessato di condurre azioni di propaganda contro l’Unione e i suoi Stati membri”.

Questa peculiare aggressività nei toni anticipa la notevole carica problematica delle misure in questione. Esse, infatti, appaiono carenti sotto un duplice profilo. Da un canto, perché sono state imposte ai loro destinatari *inaudita altera parte*, ricevendo applicazione senza che questi ultimi abbiano avuto modo di partecipare, neanche formalmente, alla loro produzione. D’altro canto, perché sono affette da irrimediabile *incomunicabilità*. Risulta *prima facie*, infatti, che i termini impiegati nella tipizzazione della fattispecie – sia nell’individuare la condotta oggetto di sanzione, sia nel descrivere la sanzione stessa – risultano comprensibili nell’ottica del sanzionante, ma non lo sono affatto se ci si pone nell’ottica del sanzionato. In altri termini: le condotte che per il Consiglio ammontano a

“guerra d’aggressione”, attività di propaganda”, “manipolazione dei *media* e distorsione dei fatti” non rientrano in tali fattispecie e non possono rientrarvi dal punto di vista del Cremlino, che su tali posizioni dissente in modo radicale. Incomprensibili dall’angolo visuale dell’altro, quindi, esse non si prestano a essere utilmente comunicate all’interlocutore, e a dir il vero nemmeno a esser colte dall’osservatore terzo che non abbia un pregiudizio favorevole alla tesi sposata dal Consiglio³³.

Tali formulazioni appaiono strumentali a conseguire unilateralmente un triplice scopo: attuare una linea politica anti-russa; creare una narrazione dei fatti che sostenga quella linea politica; etichettare come false e distorsive della realtà le informazioni veicolate da soggetti che rifiutino di assoggettarvisi a priori. Non ha alcun interesse, infatti, il legislatore dell’Unione, a che i cittadini assumano il punto di vista dell’altro. Al contrario, ha ogni interesse a che tale punto di vista sia interdetto alla conoscibilità dei cittadini, sì da impedire che assurga, per il loro tramite, alla coscienza della pubblica opinione – indirizzata piuttosto, a forza più che a ragione, verso le opzioni care ai titolari delle istituzioni eurounitarie. Tali opzioni ambiscono a presentarsi come le migliori – ovvero le uniche – per tutti, al punto da doversi trasporre, complice “l’estrema urgenza”, in atti giuridici che operano in un ambito mai finora esplorato dalla normativa dell’Unione³⁴.

Non sorprende, allora, che il ricorso avverso tali atti sollevato da *RT – Russia Today France* (*infra*: *RT*) al Tribunale di Prima Istanza dell’Unione dia luogo a una sentenza assai peculiare, perché si qualifica come diritto quella che è la posizione – politica, ideologica, etica, e poi giuridica – di una sola delle parti in gioco.

4. *Il caso RT France c. Consiglio, ovvero un giudizio di proporzionalità impossibile*

I motivi di ricorso proposti contro il Consiglio da *RT* sono elencati in quattro punti. I primi due – la violazione del diritto della parte a difendersi, nonché la violazione della libertà di espressione – possono, a loro volta, trattarsi congiuntamente, poiché esprimono il nucleo del tema di cui si

³³ Per converso, dall’ottica dell’osservatore interno alle posizioni del Consiglio, tali termini non abbisognano nemmeno di esser posti a dibattito: si veda ad es. G.F. LENDVAI, *Media in War: An Overview of the European Restrictions on Russian Media*, in *European Papers*, 8(3), 2023, pp. 1235-1245.

³⁴ Cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *TINA o Tara?*, in *Limesonline.com – Una Certa Idea di Italia*, 2, 2024 (5 aprile), *online*.

controverte in questa sede – nonché, a ben vedere, dell’intera pronuncia. A ridurlo all’osso, infatti, tutto l’argomento del Tribunale si riduce ad un singolo quesito, modellato sulla falsariga di un giudizio di proporzionalità: ha agito il Consiglio proporzionatamente alle circostanze di fatto nel limitare i diritti di *RT* restringendone il diritto di informare?

La risposta si snoda lungo due passaggi.

In primo luogo, il Tribunale si spoglia del potere d’investigare i fatti e qualificarli giuridicamente. L’intera pronuncia assume a postulato le formulazioni del Consiglio, ad esse riconducendo sia gli eventi oggetto di controversia, sia l’individuazione della norma da applicarvi. Un’antifona è il ragionamento avanzato in tema di competenze, in cui una proposizione generale è ricollegata alla circostanza particolare elidendo, come a ritenerlo scontato, il passaggio della sussunzione della fattispecie astratta nella fattispecie concreta – passaggio che tuttavia com’è evidente, scontato non è, salvo che il punto di vista del Consiglio, cioè di una delle parti, sia preso come “oggettivo” e imposto all’altra parte senz’ulteriore indagine.

Dal momento che la propaganda e le campagne di disinformazione sono tali da mettere in discussione i fondamenti delle società democratiche e fanno parte integrante dell’arsenale di guerra moderna, le misure restrittive di cui trattasi si inseriscono anche nel contesto del perseguimento da parte dell’Unione degli obiettivi assegnatili dall’articolo 3, paragrafi 1 e 5, TUE³⁵.

Quella di “propaganda” e “disinformazione” non è, nell’ottica di una ragione discorsiva – nonché nella prospettiva delle misure che fino a ieri concretizzavano la lotta alla “disinformazione” per l’Unione stessa – un’etichetta suscettibile d’imposizione a priori; qualificare un messaggio come “disinformazione”, per lo stesso diritto dell’Unione, consegue all’attività di *fact-checking* condotta dai *debunkers* – dovendosi ritenere *propaganda* un’attività di disinformazione (o distorsione informativa) generale e sistematizzata. Tale qualifica, dunque, non sarebbe certo predicabile in astratto; deriva, infatti, all’analisi dei contenuti di cui la si predica.

In secondo luogo, decade, per il Consiglio, l’obbligo di addurre motivi giustificativi verificabili secondo ragione discorsiva, comprensibile ad altri che non al legislatore stesso. A ben vedere, infatti, nel definire le attività di *RT* “propaganda” e “disinformazione”, i giudici ragionano in un orizzonte di senso predefinito: hanno a bussola e postulato una nozione di disinformazione e propaganda già confezionata e del tutto innovativa rispetto al diritto dell’Unione. In più, si noti, l’ambito applicativo di tale nozione

³⁵ T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, ECLI:EU:T:2022:483, § 56.

non si perimetra in base a un testo avente valore normativo, bensì discende dall'accertamento di una "urgenza estrema" la cui conduzione è *in toto* rimessa al Consiglio, così come ad esso compete in via esclusiva l'apprezzamento dei suoi effetti giuridici. Non esiste, allora, alcun parametro esterno al volere del legislatore dell'Unione su cui misurare la condotta qualificata come "propaganda e disinformazione" dal legislatore stesso. Né è dovuta, a maggior ragione, alcuna giustificazione di merito da parte di questi; è sufficiente la chiara e inequivoca comunicazione dei contenuti di un'azione che pare non aver bisogno, nell'ottica del giudice, di "motivi", nel senso di presupposti giuridico-fattuali comprensibili e comunicabili alle parti avverse.

Messo a fuoco l'orizzonte argomentativo in cui si colloca il giudice europeo, può procedersi all'esame delle questioni che qui rilevano.

La prima è divisa in due parti: l'una verte sul mancato rispetto del diritto della ricorrente ad essere ascoltata prima dell'adozione degli atti impugnati, l'altra rileva della presunta insufficienza delle ragioni che giustificano l'adozione degli atti impugnati. Mediante l'esame sinottico di entrambe, il Tribunale getta le fondamenta di un edificio argomentativo poggiato, in ultima istanza, su un giudizio di proporzionalità ridotto a guscio vuoto – un giudizio *impossibile*, poiché impossibile è l'applicazione della proporzionalità là dove non sia imposto al potere di giustificare le proprie ragioni. Se, infatti, con Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, la proporzionalità può esistere solo se, per mezzo dell'azione pervasiva della sfera pubblica, il potere sia vincolato a una "cultura della giustificazione"³⁶, allora, ove non si stimi necessario che gli atti del potere poggino su giustificazioni comprensibili e comunicabili a chi soccombe, l'uso di tale strumento risulta, a dirla tutta, pretestuoso, e il relativo scrutinio assimilabile a un mero simulacro.

Scendendo nel merito, i giudici, in effetti, inquadrano sin da subito il giudizio nelle categorie della proporzionalità. Muovono, difatti, dall'art. 41, § 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che "garantisce a qualunque persona la possibilità di manifestare, proficuamente ed efficacemente, il proprio punto di vista durante un procedimento amministrativo e prima dell'adozione nei suoi confronti di una decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi"³⁷. Ricordano altresì, tuttavia, che a voce dell'art. 51, § 2, della Carta stessa sono ammesse "limitazioni

³⁶ M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, pp. 463-490, spec. pp. 469 ss.; degli stessi A., cfr. *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, spec. pp. 10 ss., 103 ss.

³⁷ T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, cit., § 75.

all'esercizio dei diritti proclamati da quest'ultima, purché la limitazione rispetti il contenuto essenziale del diritto fondamentale di cui trattasi e, in ossequio al principio di proporzionalità, sia necessaria e corrisponda effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione"³⁸.

Su tali basi, tracciano in due passaggi un itinerario di ragionamento di cui si dà conto qui di seguito.

4.1. Su "regola" ed "eccezione" in regime di "urgenza", nonché sul tramonto dell'obbligo di motivazione

Il primo passaggio, appellandosi a un'imprecisata "estrema urgenza", rovescia candidamente il rapporto tra norma eccezionale e generale quanto all'applicazione in via d'interpretazione estensiva. È noto, infatti, che l'eccezione s'interpreta in senso stretto, non potendosi ammettere deroga alla norma generale se non quella espressamente voluta e positivizzata dal diritto.

Ora, secondo il Tribunale, "[p]er quanto riguarda il rispetto del diritto ad essere ascoltato, dalla giurisprudenza risulta che, quando si tratta della decisione iniziale di inserimento del nome di una persona o entità in un elenco di persone ed entità i cui capitali sono congelati, il Consiglio non è tenuto a comunicare previamente alla persona o all'entità interessata i motivi su cui intende fondare tale inserimento. Infatti, affinché l'efficacia di una misura di questo genere non sia compromessa, tale misura deve, per sua stessa natura, poter dispiegare un effetto sorpresa e potersi applicare immediatamente"³⁹.

Al margine della fondatezza di un tale ragionamento, l'obiezione fin troppo ovvia è che, nel caso di specie, non si tratta punto di un congelamento di capitali – fattispecie eccezionale, in cui è fatta deroga al principio *audiatur et altera parte* – ma di una restrizione secca all'attività propria della ricorrente, peraltro suscettibile d'intercettare un diritto costituzionale riconosciuto dagli Stati membri e dall'Unione stessa. Il Tribunale ne prende atto⁴⁰, ma ritiene di applicare l'eccezione in via d'interpretazione estensiva, ponendo la questione nei seguenti termini:

... nulla osta a che una tale deroga possa essere ammessa anche laddove, tenuto conto delle circostanze specifiche di un caso di specie, caratterizzate dalla necessità di intervenire con estrema urgenza, l'attuazione immediata di una misura sia essenziale al fine di garantirne l'efficacia tenuto

³⁸ *Ibid.*, § 77.

³⁹ *Ibid.*, § 80.

⁴⁰ *Ibid.*, § 83.

conto degli obiettivi che essa persegue e, in particolare, per evitare che la stessa sia privata di portata ed effetto utile⁴¹.

Spicca il riconoscimento di valore normativo per l'urgenza "estrema" quale fattualmente accertata dal Consiglio, senz'altra verifica. Dall'accettazione pedissequa dell'orizzonte degli eventi come raccontato dal Consiglio si passa all'avallo della statuizione, dal Consiglio più volte sottolineata, per cui da tali eventi, data la gravità delle circostanze, germina un'urgenza estrema di provvedere⁴². Il dominio della narrazione del Consiglio svuota di senso la garanzia dell'onere della prova posto a carico di *RT* – la quale, pur avendo dimostrato che mai aveva ricevuto sanzioni da parte dell'Autorità Garante per le comunicazioni a norma del diritto interno (per giunta, pacificamente competente) non può contraddire la valutazione del Consiglio, che il Tribunale avalla. Singolarmente, si noti, l'urgenza non solo determina un provvedimento, ma una qualificazione: rende, cioè, lecito qualificare unilateralmente in un certo modo determinati fatti e condotte, ricollegandovi immediate conseguenze normative.

"Giustamente", allora, il Consiglio valuta che i contenuti diffusi da *RT* implicassero "un'attività di sostegno a favore dell'aggressione militare dell'Ucraina"⁴³. Si noti come l'avverbio utilizzato spenda l'intero suo portato semantico sul piano dell'etica, il quale "si fa" diritto dopo aver fagocitato *tout court* il dato positivo⁴⁴. Dinanzi all'orizzonte degli eventi quale prospettato dal Consiglio la lettera della norma è *tamquam non esset*: si flette e scompare, come la luce in un buco nero, rendendosi il diritto stesso inoscibibile dal destinatario se non *ex post* rispetto all'azione del giudice⁴⁵. Dunque, ai fini della qualifica giuridica del fatto, non rileva l'applicazione in via d'interpretazione estensiva della norma sanzionatoria – che s'espande fino a comprendere attività protette dal diritto alla libera manifestazione del pensiero – né, del pari, che il diritto competente fosse quello francese, secondo cui *RT* non meritava alcuna sanzione. L'attestazione dell'urgenza estrema – rivendicata dal Consiglio e mai contestata dal giudice europeo – modella i fatti e la loro denominazione giuridica, per cui:

... il fatto che la ricorrente non sia mai stata sanzionata dall'Arcom non è pertinente e, in ogni caso, non è idoneo a dimostrare che le trasmissioni

⁴¹ *Ibid.*, § 84.

⁴² *Ibid.*, § 86.

⁴³ *Ibid.*, § 96.

⁴⁴ Sulle conseguenze di un tale fenomeno, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023, spec. pp. 71 ss., 147 ss., 200 ss.

⁴⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 89 ss.

contenute nei video depositati agli atti di causa dal Consiglio non costituivano azioni di propaganda a favore dell'aggressione militare dell'Ucraina⁴⁶.

Alla luce di una siffatta argomentazione, la conclusione è scontata:

si deve ritenere che, anche se la ricorrente avesse potuto essere ascoltata, le sue osservazioni non avrebbero rimesso in discussione il fatto che tali trasmissioni avevano avuto luogo, che tali articoli erano stati pubblicati e, in definitiva, che tali contenuti erano stati diffusi presso il pubblico all'interno dell'Unione.

Tale asserzione costituisce un palese travisamento del contenuto della garanzia, la quale si realizza, a rigore, là dove il ricorrente dimostri che la chiusura non avrebbe avuto luogo se gli fosse stato offerto il modo di provare che i contenuti non corrispondevano a disinformazione e propaganda né violavano il diritto competente. Dimostrazione che risulta, tuttavia, superflua, poiché semplicemente non ammessa: basta, al Consiglio, provare l'esistenza e l'effettiva divulgazione di tali contenuti, e questa prova equivale alla dimostrazione che essi costituiscono disinformazione e propaganda. La loro qualificazione, insomma, è *in re ipsa*, perché deriva dall'apprezzamento che il Consiglio stesso impone al Tribunale e che questo non discute nemmeno in principio.

Coerentemente, l'obbligo di motivazione del provvedimento è sufficientemente adempiuto là dove il Consiglio ha dato conto, in modo non generico e astratto, bensì chiaro e specifico⁴⁷, de(l)'“l'unico motivo per cui la ricorrente è stata interessata dalle misure di cui trattasi”, cioè “essere un organo di informazione sotto lo stabile controllo diretto o indiretto della *leadership* della Federazione russa, che conduceva iniziative di propaganda volte, in particolare, a giustificare e a sostenere l'aggressione militare dell'Ucraina”⁴⁸. Tale statuizione, mentre sterilizza l'obbligo di motivazione, dall'altro ne rinvia il giudizio di merito al giudizio di proporzionalità, del quale il Tribunale dà conto nel rispondere a due doglianze sollevate da *RT*: la inadeguatezza delle misure – per non aver commesso, *RT*, alcun atto che le giustifichi – e la sproporzione delle misure in parola rispetto al fine dichiarato, anche alla luce della natura aleatoria, se non addirittura arbitraria, del termine apposto⁴⁹.

⁴⁶ T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, cit., § 98.

⁴⁷ *Ibid.*, § 109.

⁴⁸ *Ibid.*, § 112.

⁴⁹ *Ibid.*, §§ 117-122.

4.2. Su “propaganda” e “disinformazione”, ovvero della vana consumazione del diritto dinanzi alla guerra

Può ora muoversi all’esame del secondo passaggio menzionato, ove più compiutamente si palesa l’impossibilità di condurre uno scrutinio di proporzionalità secondo le categorie costituzionalistiche che le sono proprie. È, infatti, in questo punto che vengono in rilievo le contestazioni di merito più delicate: quelle attorno alla natura propagandistica e disinformativa dell’attività di *RT*, che il Consiglio basa su due punti – il finanziamento statale come prova di controllo pubblico sull’emittente e la tendenza a dar voce alle ragioni che hanno fondato l’aggressione russa nei confronti dell’Ucraina.

La difesa di *RT* vi oppone un duplice argomento.

Quanto al primo, rammenta che le modalità di finanziamento sono immutate dal 2017, e non potrebbero da sole giustificare nel 2022 una misura tanto restrittiva – tanto più che nella stessa Unione emittenti finanziate e controllate dai rispettivi Stati lavorano liberamente.

Quanto al secondo, la memoria di replica dà atto di tre punti, così come segue.

Anzitutto, il Consiglio si è basato sull’opera ricostruttiva di un ricercatore francese e sulla relazione del Segretario di Stato americano; la prima, già a fondamento di una querela per diffamazione pendente in capo all’autore al momento della sentenza, non varrebbe a dimostrare la natura propagandistica dell’attività di *RT*; lo stesso dicasi della seconda, che non farebbe riferimento a comportamenti o contenuti specifici.

In secondo luogo, *RT* rivendica l’autonomia della sua linea editoriale malgrado il finanziamento pubblico e sottolinea la “speciosità dell’argomentazione del Consiglio, che tenterebbe di giustificare a posteriori gli atti impugnati”⁵⁰; essa “ritiene di aver trattato diverse opinioni in merito al conflitto in Ucraina, il quale, in occasione di numerosi interventi, è stato qualificato come aggressione militare che rimette in discussione la pace in Europa” e non solo come “azione difensiva e preventiva” da parte della Russia. Del pari, i giornalisti “avrebbero avuto cura di mettere in contraddittorio le affermazioni di alcuni partecipanti e di garantire l’equilibrio dei punti di vista”⁵¹.

In terzo luogo, la misura della sospensione delle trasmissioni può considerarsi una sanzione totale e definitiva per *RT*, a nulla valendo di fatto la mancata preclusione, in capo ai suoi dipendenti, di attività diverse dalla radiodiffusione, come la ricerca e le interviste. Adduce, peraltro, la ricor-

⁵⁰ *Ibid.*, §§ 122; 126.

⁵¹ *Ibid.*, § 126.

rente, che tali misure hanno costituito il fondamento giustificativo di ulteriori misure particolari, come il rifiuto di accreditare i giornalisti di *RT* a norma delle leggi francesi recentemente opposto dalla Commissione. È indubbio, quindi, che le misure in parola ostacolano “l’esercizio effettivo del mestiere di giornalista” per tutti i dipendenti di *RT*, condannandola alla chiusura e alla messa in liquidazione⁵².

Il Tribunale, passata in rassegna la giurisprudenza CEDU sull’art. 10, § 2, della Convenzione⁵³, e quella dell’Unione stessa, entra nel merito del giudizio di proporzionalità e pone le quattro condizioni che una misura restrittiva della libertà di espressione deve rispettare per superare il relativo scrutinio:

... [i]n primo luogo, la limitazione in questione deve essere «prevista dalla legge», nel senso che l’istituzione dell’Unione che adotta misure in grado di restringere la libertà di espressione di una persona, fisica o giuridica, deve disporre di una base legale a tal fine. In secondo luogo, la limitazione in questione deve rispettare il contenuto essenziale della libertà di espressione. In terzo luogo, essa deve rispondere effettivamente a un obiettivo di interesse generale, riconosciuto come tale dall’Unione. In quarto luogo, la limitazione in questione deve essere proporzionata⁵⁴.

Sul primo requisito, ossia il rispetto del principio di legalità, il sindacato del Tribunale si divide in due passaggi. Con il primo, esso si limita a prendere atto dell’esistenza di una base giuridica – gli artt. 29 TUE per la Decisione e 215 TFUE per il Regolamento – senza entrare nel merito circa la verifica dell’idoneità di tali basi a dare appoggio a una misura siffatta. Tale scrutinio (ed è il secondo passaggio) vorrebbe costituire un primo passo del giudizio di proporzionalità – peraltro, a rigore, inadatto a misurare la capienza di una base giuridica⁵⁵; ad ogni modo, di un giudizio siffatto non ha neppure la parvenza, malgrado gli sforzi cosmetici del Tribunale. Difatti, la stretta legalità, sulla scorta della giurisprudenza CEDU,

⁵² *Ibid.*, §§ 127-129.

⁵³ Corte EDU 5 aprile 2022, *NIT S.R.L. c. Repubblica di Moldova*, CE:ECHR:2022:0405JUD002847012, § 180. La sentenza in questione riguarda una stazione televisiva moldava che era stata sospesa dal Governo in quanto eccessivamente generosa verso le posizioni dell’opposizione. Trattasi, dunque, di un caso specularmente opposto a quello di cui si controverte, in cui la Corte EDU aveva dato ragione alla ricorrente malgrado la sospensione disposta dal Governo.

⁵⁴ T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, cit., § 145.

⁵⁵ Sul punto, anche per maggior bibliografia, si perdoni il rinvio a G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione europea*, FrancoAngeli, Milano, 2020, pp. 235 ss., 259 ss.

è equiparata a “una norma enunciata con precisione sufficiente da consentire al singolo di ... prevedere, in misura ragionevole nelle circostanze del caso di specie, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto”⁵⁶. Per tal via, i giudici aprono alla valutazione sul fatto e sulla sua idoneità a innovare l’ordinamento, dinanzi alla quale non serve formulare alcuna giustificazione:

... di per sé, non viola il requisito della prevedibilità una legge che, pur conferendo un potere discrezionale, ne precisa la portata e le modalità di esercizio con chiarezza sufficiente, tenuto conto dello scopo legittimo perseguito, da fornire all’individuo una tutela adeguata contro l’arbitrio⁵⁷.

Il nodo conflittuale si scarica, dunque, sull’urgenza estrema di cui già si è detto, procedendosi senz’altro al vaglio degli altri requisiti.

Quanto all’effettiva lesione del contenuto essenziale, il Tribunale fa perno sul “carattere temporaneo e reversibile”⁵⁸ delle misure restrittive in questione, che da un lato consentono alla ricorrente di effettuare altre attività “generatrici di reddito”⁵⁹, dall’altro non le impediscono di diffondere i propri contenuti fuori dal territorio dell’Unione⁶⁰. Si lancia, poi, in un’argomentazione dalla portata rivelatrice:

... il mantenimento delle misure restrittive di cui trattasi dopo il 31 luglio 2022 è subordinato all’esistenza di due condizioni cumulative. Infatti, tali misure potrebbero essere mantenute, da un lato, finché non cessi l’aggressione all’Ucraina e, dall’altro, finché la Federazione russa e gli organi di informazione ad essa associati non cessino di condurre iniziative di propaganda contro l’Unione e i suoi Stati membri⁶¹.

L’identificazione non contestabile degli eventi e della loro qualificazione giuridica con la posizione del solo Consiglio tocca in questo passaggio il suo vertice. Nella lapalissiana tautologia in cui si risolve il ragionamento del giudice europeo emerge l’abdicazione della ragione discorsiva, manifestandosi appieno sia l’insufficienza del diritto a risolvere un conflitto puramente politico – “il” conflitto politico, in linea con Carl Schmitt⁶² –

⁵⁶ T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, cit., § 150.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, § 154.

⁵⁹ *Ibid.*, § 156.

⁶⁰ *Ibid.*, § 157.

⁶¹ *Ibid.*, § 155.

⁶² C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei*

sia, di conseguenza, il pericolo che incombe allorché si è costretti a bagnare col crisma della giuridicità le posizioni di una parte. Non v'è chi non veda, infatti, che, se le nozioni di “aggressione” e di “propaganda” rimangono tutte interne all'apprezzamento del Consiglio, le “condizioni cumulative” non sono condizioni, per il semplice fatto che non ne rispettano la definizione manualistica di elemento “accidentale” futuro e incerto⁶³. L’“elemento”, in questo caso, non è per niente “accidentale”, a meno di non considerare incommensurabile per l'uomo l'azione di un altro uomo: sta nella volontà delle parti di porre termine al conflitto, e del Consiglio, in specie, di riconoscerne la cessazione, visto che per principio il giudice prende le parti del Consiglio stesso.

Una tale situazione mostra paradigmaticamente la conseguenza cui si giunge per l'irrimediabile incomunicabilità del ragionamento condotto dal Tribunale: il diritto consuma invano la sua legittimità quale criterio di soluzione dei conflitti in un certo spazio-tempo, ponendosi invece come mero strumento di legittimazione del potere costituito. Se la Russia non chiama “aggressione” e “propaganda” le sue condotte, e il Consiglio sì, il Tribunale, schierandosi apertamente con una delle parti, diviene organo di parte, e disconoscendo “l'altro” in uno al conflitto da questi sollevato spende invano la sua legittimazione – e, con essa, quella del diritto di cui è custode – rinunciando al principale, o meglio all'unico, fattore capace di fungere da regolatore pacifico della comunità.

Tuttavia, a forza o a ragione, i giudici dell'Unione sono persuasi a seguire quest'opzione. Ne è controprova l'esame del terzo requisito, con cui si fa largo, nel diritto dell'Unione stravolto dalla guerra, il concetto di “ordine pubblico” in termini che solo al prezzo di un'estrema fatica riescono a rinvenirsi nell'armamentario delle costituzioni contemporanee⁶⁴. Riprendendo la narrazione del Consiglio e citando le fonti ufficiali a suo suffragio, i giudici dell'Unione non esitano a riconoscere lo *status* di “obiettivo di interesse generale, riconosciuto come tale dall'Unione” alle finalità di cui alle misure restrittive. Tali finalità vengono rielaborate in due linee: la prima mira alla restaurazione della pace e dell'ordine pubblico⁶⁵,

Korollarien (1963), ed. it. (G. MIGLIO, P. SCHIERA), ID., *Il concetto di politico*, in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 100-165.

⁶³ *Ex plurimis*, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, Cedam, XL ed., 2001, pp. 180 ss.; cfr., ad es., D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, ESI, Napoli, 1937, pp. 5 ss., *passim*.

⁶⁴ S. LATTANZI, *Su propaganda e ordine pubblico in Europa*, cit., pp. 410 ss.

⁶⁵ “... il Consiglio ... mira a restaurare l'ordine pubblico e la sicurezza dell'Unione, minacciati dalla sistematica campagna internazionale di propaganda messa in atto dalla Federazione russa, tramite mezzi di comunicazione controllati direttamente o indirettamente dalla sua *leadership*, al fine di destabilizzare i paesi vicini, l'Unione nonché i suoi

la seconda al contrasto alla disinformazione⁶⁶. Entrambe rientrano negli scopi dell'Unione così come interpretati dai suoi organi politici, segnatamente il Consiglio – di cui il Tribunale ripete pedissequamente gli argomenti, certificando, più che la legittimità di questi ultimi, la consunzione dello strumento giuridico dinanzi a un conflitto tanto radicale.

Lo sforzo maggiore il Tribunale lo riserva all'esame del quarto requisito, ove ricostruisce i passaggi del sindacato di proporzionalità⁶⁷ e prova a differenziarsi – con scarso successo – rispetto ad altre pregresse esperienze già “deboli”⁶⁸.

La prima parte di tale scrutinio è riservata alle prove addotte dal Consiglio circa la natura propagandistica-disinformativa dell'attività di RT, tale da giustificare la sospensione delle trasmissioni. Oltre al finanziamento statale, si dà atto che, “dalle dichiarazioni rese in più occasioni dalla caporedattrice mondiale ... risulta che il gruppo RT è un organo d'informazione dello Stato russo, «un canale internazionale che rappresenta il Paese», il cui compito è, in particolare, quello di raggiungere un pubblico esteso partendo dai paesi in cui operano le sue emittenti e di essere utilizzato, in momenti critici, ad esempio in occasione di una guerra, come un'«arma informativa» contro il mondo occidentale”⁶⁹.

I virgolettati episodici e, come pacificamente si ammette, estrapolati da più dichiarazioni diverse, nonché la costruzione delle frasi e l'integrazione delle lacune tra i virgolettati medesimi, ribadiscono l'irrimediabile incomunicabilità delle ragioni del diritto applicato. Basti tuttavia ricordare che questa sola affermazione, secondo il Tribunale, rovescia l'onere della prova su RT, la quale è chiamata a difendersi da un'accusa formulata in modo alquanto generico: quella di essere al servizio della causa dello Stato russo. La genericità dell'accusa, se possibile, aumenta al moltiplicarsi degli argomenti riportati dal Tribunale, come i due seguenti:

... la funzione del gruppo RT è stata paragonata, in sostanza, a quella del Ministero della Difesa russo⁷⁰.

Senza che si spieghi, *ça va sans dire*, da chi sia stato sollevato il para-

Stati membri e di sostenere l'aggressione militare dell'Ucraina”: T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, cit., § 161.

⁶⁶ *Ibid.*, § 163.

⁶⁷ *Ibid.*, § 168.

⁶⁸ Si perdoni il rinvio a G. VOSA, ‘Loose’ Proportionality Review in the European Monetary Union’s ‘Law of the Crisis’: A Sign of Decline of the ‘Culture of Justification’?, in *European Public Law*, 26(3), 2020, pp. 769-794.

⁶⁹ T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, cit., § 172.

⁷⁰ *Ibid.*

gone “in sostanza”; purtroppo, quel parametro marca il passaggio da una realtà empirica grossolanamente vagheggiata a un diritto capace d’innovare cospicuamente l’ordinamento vigente. Un’allusività che appartiene pienamente anche all’altra affermazione:

... dal fascicolo [delle prove riportate dal Consiglio] risulta che il presidente della Federazione russa ha dichiarato, da un lato, che «RT non poteva non riflettere le posizioni del potere ufficiale su quanto accade[va] nel [loro] paese e all’estero» e, dall’altro, in previsione di una visita presso i locali della ricorrente, che «se c’[era] un tale timore che questo organo di informazione influenzasse il pensiero delle persone, significa[va] che erano loro] i vincitori nell’ambito di tale concorrenza»⁷¹.

Basta la parola *de relato* del Consiglio, a cui “risulta” una certa circostanza, e senza bisogno alcuno di contraddittorio la prova si considera formata. Sulla stessa linea, le statuizioni per cui *RT* ha condotto attività di propaganda si limitano ad elencare i casi in cui sono state diffuse posizioni affini a quella della Federazione russa sulla guerra in Ucraina, riportando il lessico proprio di quelle posizioni e i toni talora sarcastici, finanche aggressivi, della narrazione della difesa dei valori della Russia dall’aggressione dell’Occidente⁷².

Il mero fatto che tali trasmissioni abbiano diffuso i punti di vista riconducibili al nemico scarica sulla ricorrente l’onere di una *probatio diabolica*, impossibile perché il fatto da provare è già qualificato giuridicamente dalla prospettiva di una parte sola, alla quale chi vuol provare il contrario deve comunque assoggettarsi.

La frase più amara, forse l’espressione più autentica di ragione discorsiva, il Tribunale la inserisce a monte dell’intero ragionamento, quasi un epitaffio per l’intero giudizio:

A tal riguardo, occorre prestare particolare attenzione ... al contesto nel quale dette trasmissioni sono state diffuse, vale a dire quello di una guerra in corso⁷³.

4.3. *Un bilanciamento dimezzato*

Preso atto del contesto di guerra, la valutazione di “appropriatezza” non viene mai condotta nel merito ma solo dall’esterno come idoneità

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, §§ 180-191.

⁷³ *Ibid.*, § 179.

mezzo-fine – senza cioè che si vagli la liceità del fine in sé. Tale fine, tuttavia, è chiaramente esplicitato: “esercitare la massima pressione sulle autorità russe, affinché pongano fine alle loro azioni e politiche che destabilizzano l’Ucraina nonché all’aggressione militare contro tale Paese”⁷⁴. In questo contesto, evidentemente spetta al Consiglio e solo ad esso stabilire anche l’intensità, e quindi l’efficacia, di tali misure, poiché è ad esso che spetta valutare fino a che punto debba spingersi la pressione esercitata sul “nemico”⁷⁵. Con la guerra, la discrezionalità del Consiglio aumenta in maniera direttamente proporzionale alla gravità del frangente, in cui venivano ad intensificarsi gli attacchi contro l’Ucraina: nelle parole del Tribunale, è “l’importanza del momento” che deve essere tenuta in conto all’atto di valutare l’appropriatezza. Poco importa, ormai, segnalare che, a rigore, l’appropriatezza, anche nella versione stretta di idoneità mezzo-fine, non è troppo condizionata dall’urgenza o dalla gravità del momento – se uno spillo è inadatto a ferire un rinoceronte, non diventa improvvisamente adatto a tal fine allorché il rinoceronte parta alla carica – poiché, come ribadito, l’unica prospettiva che rileva per i giudici è quella dell’interesse sostenuto dal Consiglio, qualsiasi esso sia. Dinanzi a tale posizione, prima ancora che s’instauri il gioco degli argomenti delle parti, risultano squalificate tutte le altre: sia quella del ricorrente titolare di un diritto ad informare, sia quella dei cittadini francesi ed europei titolari di un diritto ad essere informati⁷⁶.

Ne consegue che il bilanciamento delle posizioni in campo, e dei rispettivi diritti/interessi in gioco è effettuato senza che alle idee, esigenze, diritti e interessi “dell’altro” sia dato spazio per esprimersi. Tutte queste posizioni, infatti, restano schiacciate nell’ottica del Consiglio, che non solo qualifica giuridicamente “disinformazione” e “propaganda” ma impone al giudizio i propri valori, la sua idea di “pace”, “guerra”, “soluzione pacifica”, “sicurezza internazionale”. È qui che la proporzionalità naufraga definitivamente, privata del suo supporto etico intrinsecamente pluralista. Obiettivo della proporzionalità è, infatti, la soluzione di conflitti mediante un procedimento complesso, ampiamente approfondito dalla dottrina⁷⁷: l’estrazione di principi da valori e il loro esame reciprocamente

⁷⁴ *Ibid.*, § 194.

⁷⁵ *Ibid.*, §§ 196-197.

⁷⁶ *Ibid.*, §§ 198-200.

⁷⁷ *Ex plurimis*, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), ed. Ing. (J. RIVERO), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, ad es. pp. 19 ss., 44 ss., 178 ss., *passim*, e R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), II ed., Bloomsbury, London-New York, 2013, pp. 29 ss., 223 ss., *passim*. Nella dottrina italiana, *ex plurimis*, G. SCACCIA, *Gli strumenti del giudizio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 313 ss., *passim*.

ponderato, volto a offrire al caso concreto una regola da applicare. Tale applicazione, se fa trapelare la preferenza, nel caso concreto, di un principio rispetto a un altro, non implica affatto la subordinazione del valore corrispondente, e neppure, a *fortiori*, la soppressione di questo. Al contrario: nasce proprio per preservare intatta la forza assiologica di tutti i valori, anche quelli suscettibili di dar luogo a regole incompatibili. È in questo modo che si rende possibile, materialmente, il pluralismo, nel senso di pacifica coesistenza di individui e gruppi portatori di diversità anche ad amplissimo spettro.

Ciò non accade mai nel caso di specie. Il bilanciamento di cui il Tribunale *apertis verbis* parla è in realtà dimezzato: occulta l'altra metà del cielo, procedendo come se su valori fondamentali – lo sono, pacificamente, quelli appena citati – vi sia condivisione tale da poter estrarre principi e stabilire regole comuni. Tale presunzione, tuttavia, si sgonfia allorché è fin troppo evidente come tale condivisione derivi dall'ignorare espressamente le ragioni altrui.

Un siffatto bilanciamento non può che pendere dal lato della ragione strumentale del Consiglio, che il Tribunale avalla:

L'importanza degli obiettivi perseguiti dagli atti impugnati, vale a dire, da un lato, la cessazione di un'attività di propaganda continua e concertata a favore dell'aggressione militare nei confronti dell'Ucraina che prende di mira la società civile dell'Unione e dei paesi limitrofi, riconducibile all'obiettivo di salvaguardare i valori, gli interessi fondamentali, la sicurezza, l'integrità e l'ordine pubblico dell'Unione e, dall'altro, la tutela dell'integrità territoriale, della sovranità e dell'indipendenza dell'Ucraina nonché la promozione di una soluzione pacifica della crisi in tale paese, riconducibili allo scopo più ampio del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione ... è tale da prevalere sulle conseguenze negative, anche notevoli, di tali misure per taluni operatori ⁷⁸.

Stando così le cose, il giudice dell'Unione ha buon gioco nel ripetere la giurisprudenza CEDU da cui era partito, a fede della quale "l'esercizio della libertà di espressione comporta doveri e responsabilità, che sono tanto più importanti per quanto riguarda gli organi d'informazione audiovisivi" al fine di sancire, all'esito di un bilanciamento siffatto, la proporzionalità delle misure in questione, tenuto conto anche del divieto assoluto, "di gravità estrema" della "propaganda di guerra", posto come limite invalicabile alla libertà di espressione sia dall'art. 11 CEDU sia dall'art.

⁷⁸ T-125/22, 27 luglio 2023, *RT France c. Consiglio*, cit., § 202.

20 del patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, e quindi sottoscritto al pari della CEDU anche dalla Russia. Non ha più senso, a questo punto, obiettare che la Russia non considera “guerra” la propria condotta; il meccanismo di appiattimento sulla posizione filo-NATO, già sperimentato quanto alla nozione di propaganda, opera a maggior ragione anche nel riferimento diretto al finanziatore dell'emittente che ha sollevato il ricorso ⁷⁹.

Soltanto un rigo, l'ultimo, è dedicato alla considerazione dell'altro soggetto del bilanciamento, ossia i cittadini francesi e dell'Unione, il cui diritto a essere informati assume valenza autonoma e ulteriore a fronte del diritto alla libertà di parola dell'emittente. Coerentemente con quanto sinora espresso, tuttavia, il Tribunale lo liquida in una sola battuta, considerandolo “a maggior ragione” assorbito nel diritto dell'emittente – benché, come si capisce, diverso è il titolare, diverso l'obiettivo, diversa la ragione dell'uno e dell'altro, ancorché tutte coordinate al medesimo disegno, quello della concreta realizzazione della democrazia pluralista. Tale disegno, in definitiva, il Tribunale non può che disattendere: dà prova di collocarsi interamente al di là del suo orizzonte di senso. Per discernere le succitate diversità, infatti, sarebbe stato necessario che il Tribunale si ponesse in un'ottica diversa da quella del Consiglio: nell'ottica *dell'altro*. Cosa che, per le ragioni e con le modalità fin qui riassunte, non è accaduta.

5. *Riflessioni conclusive*

Con la sentenza in parola, epilogo – si spera, soltanto transitorio – di una vertenza rapida quanto incresciosa, l'Unione guada un Rubicone assai agitato, lasciandosi alle spalle le costituzioni degli Stati in uno all'eredità democratico-pluralista che esse hanno custodito. Le misure adottate dall'Unione in risposta alla crisi ucraina appaiono in palese rottura con il diritto vigente – sia per quel che attiene al sistema delle competenze, sia per il merito dei provvedimenti – e in forte odore di contrasto con la libera informazione così come protetta dal diritto costituzionale sia statale, sia sovranazionale. Ciò nondimeno, il Tribunale ne avalla la liceità con una sentenza che presenta un duplice piano problematico.

Il primo è che tale sentenza avalla inesorabilmente il doppio standard come metro di valutazione delle condotte: “noi” *versus* “loro”. A riprova, si prendano i palinsesti di una stazione televisiva europea – pure italiana, se si vuole – e si applichi lo stesso metro imposto a *RT*. Non si farebbe troppa difficoltà a dichiarare anche quest'ultima veicolo di propaganda,

⁷⁹ *Ibid.*, §§ 206-211.

riportando come allo specchio tutti i casi in cui sono state diffuse, con pari animosità e sarcasmo, posizioni vicine o interne alla narrazione occidentale. Quanto disti, un tale approccio, dalla tolleranza costituzionale di weileriana memoria⁸⁰, e quanto invece dimostri d'aver assorbito gli stili di una *militant democracy* (*militant*, purtroppo, in senso ampio, nient'affatto chiuso alla possibilità di conflitto sul campo)⁸¹ è considerazione che si lascia al lettore, in uno all'angosciosa domanda circa la compatibilità di un simile approccio con le costituzioni contemporanee – ad esempio, con la Costituzione della Repubblica italiana⁸².

Di qui il secondo piano problematico, che attiene al tentativo di far rientrare il caso di specie nella disciplina ordinaria della libertà d'informazione. Un approccio assai pericoloso in prospettiva futura, sia per il valore nomopoietico che assegna all'urgenza – valutata dal solo Consiglio, mai sindacata dal giudice in alcuno dei suoi presupposti di fatto e di diritto – sia per l'approccio propugnato: non più rispettoso della democrazia pluralista e delle sue regole di pubblico discorso, com'è quello, ancorché paternalistico, della lotta alla “disinformazione”; ma di censura *tout court*. Un approccio il cui unico scopo comprensibile è avallare come legittimo il perseguimento di obiettivi insondabili al cittadino comune, dinanzi ai quali l'intero armamentario della democrazia pluralista, incluso quello che pertiene al sindacato giurisdizionale, deve chinare il capo.

La combinazione di questi due piani problematici, spendendo invano la legittimazione del diritto quale criterio di soluzione pacifica dei conflitti, rende assai auspicabile un *revirement* da parte della Corte di giustizia, che magari si spenda per l'assegnazione di un risarcimento, pure a titolo simbolico, a *RT*, ai suoi professionisti e ai cittadini, francesi ed europei. Dove tuonano le bombe, urlano i cadaveri e impera la tracotanza, ora muscolare, ora – più spesso – grottesca, è bene che non s'immischi il diritto; e che, anzi, dia prova di saggezza, tenendosi strette le ultime risorse di legittimità di cui l'Europa dispone per una pace che non può più tardare. La corrente, tuttavia, pare scorrere veloce verso approdi imprevedibili, che non possono non allarmare: la denuncia di un noto *leader* politico europeo, oggetto di un divieto d'ingresso e partecipazione anche virtuale a confronti pubblici in cui si dibatte sulle condotte dello Stato israeliano nel

⁸⁰ J.H.H. WEILER, *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, in *International Journal Constitutional Law*, 2-3(3), 2005, pp. 173-190, spec. pp. 184 ss.

⁸¹ J.W. MÜLLER, *The EU as a Militant Democracy, or: Are there Limits to Constitutional Mutations within EU Member States?*, in *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014, pp. 141-162.

⁸² Si perdoni il rinvio a G. VOSA, *L'Unione in guerra: dalla tolleranza costituzionale a un'Europa “potenza di valori”?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, num. spec. 1-2, 2022, *L'Unione europea: nuove sfide e prospettive*, pp. 175-216, spec. pp. 213 ss.

territorio di Gaza⁸³, suona a rintocco assai minaccioso per il diritto a una libera informazione nello spazio pubblico d'Europa. Superfluo ormai, per il cittadino comune così come per il costituzionalista, chiedersi per chi suoni questa lugubre campana: l'“estrema urgenza”, a ben vedere, è quella di rafforzare al massimo grado la vigilanza democratica sulle condotte delle autorità. Una vigilanza tanto più accorta e severa quanto più il diritto dia mostra, come in questo caso, di segnare il passo.

⁸³ Si veda *Germania, ingresso vietato all'ex ministro greco Varoufakis per le sue parole sulla Palestina*. “Berlino mi impedisce di fare politica”, in *Il Fatto Quotidiano*, 14 aprile 2024. Il testo del discorso di Varoufakis è a <https://diem25.org/il-discorso-di-yanis-varoufakis-per-il-palestine-congress-che-e-stato-vietato-dalla-polizia-tedesca/> [16 aprile 2024].

Sezione II

Libertà di espressione ed *hate speech*

La libertà di manifestazione del pensiero nell'era di Internet

di Tommaso Edoardo Frosini

1. Come è cambiato il senso e il significato della libertà di manifestazione del pensiero nell'era di internet? In maniera assai significativa, anche perché ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza “filtri”, ovvero senza mediazioni di sorta, davvero un *open network*¹ Infatti: basta creare un sito internet, ovvero entrare in un sito: senza vincoli amministrativi e con una diffusione planetaria, accessibile a tutti (a condizione di avere un *computer* o un *tablet* e una connessione), immediato nella esecuzione, in grado di racchiudere in sé audio, scritto e video, con uno spazio illimitato di memoria e con il pieno e vario utilizzo di strumenti automatici di reperimento di quel che si cerca. Quindi, con internet, chiunque può rendere pubbliche idee e opinioni attraverso la creazione e la gestione di un proprio *server*, ovvero attraverso l'apertura di un proprio sito web. In tal modo, ognuno può essere stampatore, direttore e editore di sé stesso, diffondendo notizie in rete senza appartenere ad alcun ordine professionale. Tutto un agire individuale, insomma; un uso concreto ed effettivo da parte di milioni di persone. Quindi, per dirla con la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense: «[internet], la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata». Anche perché – grazie a internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo e formandosi alimentata da *Facebook*, *Twitter*, *You Tube*, *web communities*, *sms*, *skype*, *blogs* e continue evoluzioni. Questo determinerà una concezione assolutamente nuova e diversa dell'identità, che si

¹ Per i termini della questione, T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, III ed., Edizioni Scientifiche, Napoli, 2023.

articolerà in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono. L'identità digitale, quindi, si articola sulla base di un flusso continuo di informazioni, che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti, che costruisce, modifica e fa circolare immagini di identità altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una *Second Life* virtuale. Insomma, una situazione di sicuro progresso in termini di libertà individuale ma anche di iniziativa economica privata. È stato argutamente detto, che «solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza»². Certo, non è mera apologia della libertà di espressione in internet; si è ben consapevoli anche degli effetti distorsivi che può produrre l'informazione tramite i *social media*, i quali «possono anche essere uno strumento a favore della democrazia, ma il fatto che siano nelle mani di un numero troppo ristretto di soggetti fa sì che questi, per la loro posizione siano portati a dominare “how public opinion is organized and governed”»³. Questo problema evoca il tema della posizione dominante e dipendenza economica delle aziende dell'internet, c.d. “baroni del digitale” e definiti con l'acronimo (GAFAM: *Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft*), e riconduce al tema del diritto costituzionale della concorrenza e alla sua corretta applicazione nel mercato delle piattaforme digitali. Di sicuro interesse è, tra l'altro, il caso di Google e la sua capacità di raccogliere e utilizzare i dati dei suoi utenti per il tramite dei numerosi servizi che essa stessa, quale piattaforma digitale, mette a disposizione: dalla posta elettronica alle mappe *online*, dal suo motore di ricerca sul *web* alla gestione dei pagamenti *online* e molto altro ancora.

2. La libertà di manifestazione del pensiero nell'era di internet sembrerebbe che possa incontrare dei limiti, quali quelli derivanti dal diritto di *privacy*. Un diritto che nasce come una nuova esigenza di libertà personale, laddove si invocava «il diritto di godere della vita, ovvero il diritto

² V. ZENO ZENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi cost.*, n. 1, 2010, p. 71.

³ Così M. BETZU, *I baroni del digitale*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2022, p. 34.

to di starsene soli (right to be let alone)»: un diritto individuale di libertà da esercitare e tutelare specialmente nei confronti delle intrusioni, allora, della stampa nel riportare in pubblico fatti o elementi strettamente personali, la cui conoscenza avrebbe comportato disdoro e imbarazzo nella persona interessata. Non si chiedeva però di esaltare la difesa della solitudine fisica, ma piuttosto di ricondurre la *privacy* alla tutela dei valori di autonomia e dignità dell'individuo, che comprendono anche la protezione della sua cerchia familiare e persino di quella societaria, in cui egli ha scelto di collocarsi.

La concezione della *privacy* si è evoluta nel tempo, non più e non tanto come “diritto a essere lasciati soli”, e quindi una forma passiva di tutela, ma piuttosto anche come “diritto a disporre dei propri dati”, assumendo pertanto una forma attiva di partecipazione informativa⁴. Infatti, e soprattutto con l'avvento dei *computer* prima e di internet dopo, la problematica riguarda non tanto il controllo delle informazioni individuali in difesa di un diritto del soggetto alla riservatezza, quanto piuttosto il metodo adottato per la raccolta dei dati, ossia la possibilità di raccogliere le informazioni in una “banca dati” elettronica. Da qui, la nuova esigenza di tutelare la riservatezza dei dati personali, ovvero di impedire che notizie riguardanti la sfera intima della persona possano essere divulgate e conosciute da terzi, con il rischio che questo possa procurare forme di discriminazione. Si pensi ai dati sanitari o sessuali, e quindi alla possibilità che la conoscenza di questi possa consentire un trattamento discriminatorio nei confronti di chi è affetto da una certa malattia oppure le cui scelte sessuali sono diversificate. Certo, bisogna rivedere il concetto e la concezione stessa di *privacy*, che va tutelata davvero e solo quando serve. Alcuni nostri dati sono per loro natura pubblici, anche perché siamo noi stessi che li mettiamo sulla rete, e allora occorre concentrare il controllo e la tutela solo su quelli veramente rilevanti, cioè sensibilissimi.

Il diritto alla *privacy* oggi ha una sua particolare conformazione e codificazione a livello europeo (Regolamento (UE) 2016/679: *General Data Protection Regulation*), proprio con riferimento alle esigenze di tutela che possono prodursi attraverso la rete internet. Mi provo a fare degli esempi su *provider* o motori di ricerca a tutti noti: *Amazon* monitora le nostre preferenze d'acquisto; *Google* registra le nostre abitudini in rete; *Facebook* conosce le nostre relazioni sociali e ciò che *like*; gli operatori di telefonia mobile sanno non solo con chi parliamo, ma anche chi si trova nelle vicinanze. Lasciamo impronte elettroniche ovunque: da queste, in-

⁴ In tema di diritto alla *privacy*, con riferimento alle problematiche presenti e future, cfr. T.E. FROSINI, *Le sfide attuali del diritto ai dati personali*, in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 25 ss.

fatti, si può risalire per sapere cosa abbiamo acquistato, in quale località siamo stati, dove e cosa abbiamo mangiato e così via.

Sul diritto alla *privacy*, quindi, c'è un prima e un dopo. Il confine è segnato dall'avvento di internet, databile a partire dal secolo Ventunesimo. Perché un conto sono i dati personali raccolti e custoditi in apposite banche dati, di cui però c'è, almeno formalmente, un responsabile della gestione delle stesse, sebbene il problema sia quello del flusso dei dati da una banca all'altra, un conto è internet e la sua capacità di diffondere, subito e in tutto il mondo, dati che si riferiscono a una singola persona ovvero a imprese pubbliche e private. È chiaro che internet consente un flusso sterminato di dati il cui controllo appare difficile regolare. La questione oggi è resa più complessa con i c.d. *big data*: si tratta dell'accumulo enorme di dati, tale da inondare il mondo di informazioni come mai prima d'ora, con una continua e irrefrenabile crescita. Il cambiamento di dimensione ha prodotto un cambiamento di stato. Il cambiamento quantitativo ha prodotto un cambiamento qualitativo. Pertanto, si tratta delle cose che si possono fare solo su larga scala, per estrapolare nuove indicazioni o creare nuove forme di valore, con modalità che vengono a modificare i mercati, le organizzazioni, le relazioni tra cittadini e governi, e altro ancora. Si viene a materializzare un percorso digitale che le grandi (e poche) aziende di internet, possono analizzare per capire le preferenze degli utenti ed elaborare un'identità digitale da utilizzare a scopi commerciali o politici.

È nota la vicenda che ha coinvolto *Facebook* per avere ceduto a una società di ricerche, *Cambridge Analytica*, i dati dei suoi utenti per consentire un trattamento finalizzato a individuare categorie di elettori. Questo dipenderebbe dai *like* che mettiamo sui *social*, come per esempio *Facebook* o *Twitter*. Perché ogni *like* che lasciamo sui *social* sarebbe un tassello in una sorta di auto-schedatura volontaria di massa, che finirebbe con offrire opportunità e poteri a chi vuole orientare le opinioni. Studi condotti da psicologi, peraltro, sostengono che bastano sessantotto *like* di un utente *Facebook* per individuare il colore della sua pelle (con precisione pari al 95%), l'orientamento sessuale (88%) e quello politico (85%). Quindi, le opinioni politiche sono conosciute da *Facebook*; quindi, il voto potrebbe non essere più segreto, libero e personale. È chiaro che questo aspetto va a colpire un diritto costituzionale quale quello del diritto di voto. E va altresì a colpire la riservatezza del cittadino laddove si individua la sua scelta politica, che è un dato sensibile che dovrebbe essere tutelato al massimo livello⁵. È una nuova forma di potere, quello dei *provider* di assecondare i gusti di ciascuno sulla base di ciò che fanno di noi.

⁵ Sulla questione, v. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. inf.*, n. 4/5, 2017 (ora in *Id.*, *Liberté Egalité Internet*, cit., pp. 211 ss.).

Ancora, e sempre in tema di diritto alla *privacy* e internet. Si pensi ai recenti scandali internazionali, che sono stati sollevati con riferimento alla capacità di uno Stato di gestire i dati personali di migliaia di persone influenti, che appartengono e rappresentano le istituzioni europee. Ovvero l'indisponibilità personale dei dati che viaggiano sul *cloud computing*, laddove tutto il nostro patrimonio informativo finisce per essere sottratto alla nostra indisponibilità e per risiedere in *server* posti al di fuori del nostro controllo diretto, e quindi potenzialmente esposti a violare la nostra *privacy*. Il problema, peraltro, riguarda non solo dati personali, ma soprattutto grandi banche dati di operatori telefonici, imprese, istituti di credito e di risparmio, che hanno un indubbio valore strategico.

3. Il costituzionalismo nella società tecnologica deve altresì confrontarsi con un'altra situazione giuridica che si manifesta in internet: quella del diritto all'oblio (*right to be forgotten*). Da intendersi quale reviviscenza del vecchio diritto a essere lasciati soli (*right to be alone*), ovvero come «pretesa a riappropriarsi della propria storia personale»⁶, e quindi una sorta di diritto all'autodeterminazione informativa, altrimenti come mezzo per ricostruire la dimensione sociale dell'individuo, evitando che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente⁷. Per salvaguardare il diritto del soggetto al riconoscimento e godimento della propria attuale identità personale o morale, attraverso il diritto di vietare un travisamento dell'immagine sociale di un soggetto, ovvero della propria personalità individuale, per evitare che si venga a diffondere *false light in the public eye*. Quindi, un diritto a governare la propria memoria.

Diritto all'oblio e diritto alla *privacy* possono ben rappresentare due facce di una stessa medaglia, che affondano nella dignità della persona la loro rilevanza costituzionale. Il diritto all'oblio, generato dalla giurisprudenza e consolidato dalla legislazione, ha dovuto fare i conti con internet, la "rete delle reti", dove tutto ciò che è stato inserito nel web rimane come una memoria illimitata e senza tempo, ovvero un deposito di dati di dimensioni globali.

Certo, la notizia apparsa sul web non dura, al pari delle notizie sulla carta stampata, come la rosa del poeta Pierre de Ronsard, l'*espace d'un matin*, ma piuttosto assume forma durevole e incancellabile; chiunque la può leggere e rileggere, ovunque si trova nel mondo, e può utilizzarla come fonte di informazione. Ma la notizia non è un dato astratto alla *mercé* di

⁶ C. CHIOLA, *Appunti sul c.d. diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Percorsi cost.*, n. 1, 2010, p. 39.

⁷ Maggiori dettagli in T.E. FROSINI, *La tutela dei dati e il diritto all'oblio*, in *Rass. parl.*, n. 4, 2018, pp. 497 ss.

tutti, perché riguarda la persona e la sua immagine in un dato momento storico; i dati personali, vale la pena ricordarlo, costituiscono una parte della espressione della personalità dell'individuo. Come ancora di recente, ha sostenuto la Corte di giustizia UE nella decisione c.d. *Google Spain* (2014) e poi ha ribadito e confermato nella sentenza sul caso *Safe Harbour*, o altrimenti c.d. *Schrems* (2015)⁸. Certo, si tratta di pronunce giurisdizionali che non si limitano solo ad affermare il diritto all'oblio ma anche, fra le altre questioni, il diritto alla *privacy* da applicare secondo il diritto europeo, anche nei confronti del mercato transnazionale dei dati, specie con gli USA. Va senz'altro ricordata, inoltre, la pronuncia della Corte di giustizia UE (causa C-507/17), sempre in materia di diritto all'oblio e nota come *Google vs. CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés)*, dove si può riscontrare una sorta di passo indietro nella tutela del diritto all'oblio e un passo in avanti per il motore di ricerca Google. Viene, infatti, a essere delimitato territorialmente il diritto all'oblio, circoscrivendo l'obbligo di deindicizzazione alle sole versioni del motore di ricerca corrispondenti a tutti gli Stati membri dell'Unione europea, senza che la deindicizzazione avvenga in tutte le versioni del motore di ricerca a livello globale.

Un cenno, infine, alla codificazione del diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protection Regulation*: GDPR). All'art. 17 è prevista la possibilità di richiedere la cancellazione dei dati esercitando così il diritto all'oblio: nei casi in cui i dati personali non siano più necessari rispetto alla finalità per cui erano stati originariamente trattati, ovvero nel caso in cui siano stati trattati illecitamente, oppure quando l'interessato abbia revocato il consenso o si sia opposto al loro trattamento. Vi è anche l'ipotesi in cui la cancellazione costituisca un obbligo giuridico che proviene dal diritto UE ovvero degli Stati membri. Sono previsti casi in cui il titolare del trattamento può opporre rifiuto alla cancellazione, come nel caso del rispetto all'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione. Certo, la regolamentazione europea è una significativa affermazione del diritto all'oblio, che da creazione giurisprudenziale transita alla codificazione normativa: quasi una sorta di passaggio dal *common law* al *civil law*.

Una breve riflessione conclusiva sul diritto all'oblio, al di là delle oscillanti decisioni giurisprudenziali e della normazione ancora da "roda-

⁸ Sulle sentenze della Corte UE, v. i fascicoli monografici di *Dir. inf.*, n. 4/5, 2014 (sul caso *Google Spain*) e *Dir. inf.*, n. 4/5, 2015 (sul caso *Safe Harbour*), entrambi ospitano una raccolta di contributi che analizzano le varie problematiche derivanti dalle pronunce giurisdizionali. Con riferimento alla prima sentenza, cfr. A. RALLO, *El derecho al olvido en Internet. Google versus Espana*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

re” in punto di effettività. Deve essere consentito alla persona, a tutela della sua identità, di esercitare il proprio diritto di libertà informatica, che consiste nel potere disporre dei propri dati, ovvero delle notizie che lo riguardano, e quindi chiedere per ottenere sia il diritto all’*oblio* su ciò che non è più parte della sua identità personale, sia il diritto alla *contestualizzazione* del dato, e quindi della notizia, perché una verità non aggiornata non è una verità. Allora, è tra i principi fondamentali che va cercato il punto archimedeo del diritto all’oblio e i suoi derivati: in particolare, nella formula costituzionale non negoziabile della dignità dell’uomo, codificata e resa intangibile nelle costituzioni di democrazia liberale (nella Legge Fondamentale tedesca all’art. 1). È il principio fondamentale della dignità, infatti, che costituisce il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona: le particolari declinazioni della personalità umana, seppure siano autonomamente giustiziabili, sono riconducibili alla più generale espressione di dignità umana. Non vi può essere tutela dell’identità personale senza tutela della dignità, che si traduce nel diritto del singolo a vedere, comunque, rispettata la propria reputazione, il proprio buon nome, a non essere discriminato a causa dei propri orientamenti e dei propri stili di vita. È nella *privacy-dignity* che acquista rilievo il rispetto dell’identità di ogni persona, che non può e non deve essere trattata come se fosse un oggetto. La tutela della dignità dell’uomo passa (anche) attraverso il diritto all’oblio, ovvero il diritto a cancellare, ovvero a contestualizzare, i dati personali per vietare, come già detto, un travisamento dell’immagine sociale di un soggetto, per evitare che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente e possa ledere la propria dignità umana⁹.

4. Le nuove frontiere del diritto e dei diritti oggi sono rappresentate dalle potenzialità della Intelligenza artificiale (IA), ovvero dalla enorme capacità di raccogliere, sistematizzare ed elaborare dati per produrre algoritmi in grado di trovare soluzioni “intelligenti” per risolvere problemi, oppure per assumere decisioni autonomamente e imparzialmente¹⁰. Dati che riguardano persone, ma anche beni, servizi, merci, capacità produttive, che possono essere scambiati, creando così un vero e proprio mercato dei dati¹¹. E possono essere soprattutto elaborati, in tal modo finiscono con il creare situazioni ambientali, apprendere elementi conoscitivi e ri-

⁹ Cfr. T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., pp. 103 ss.

¹⁰ Assai numerosa è la produzione di libri e articoli dedicati alla IA, qui mi limito a citare un recente volume che inquadra il tema svelando luci e ombre: K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro della IA*, tr.it., Il Mulino, Bologna, 2021.

¹¹ T. RAMGE, V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Fuori i dati! Rompere i monopoli sulle informazioni per rilanciare il progresso*, tr.it., EGEA, Milano, 2021.

solvere soluzioni a problemi, in maniera velocissima, che le capacità intellettive umane non riuscirebbero a fare altrettanto.

La IA impatta su tutte le scienze del sapere umano declinandole artificialmente. Anche il diritto, che dovrà sempre più rimodularsi nei suoi paradigmi, tenendo conto dell'uso degli algoritmi per concorrere a migliorare le pronunce giurisdizionali ovvero per elaborare neutrali atti amministrativi, per citare solo alcuni esempi¹². Certo, il diritto già da tempo è entrato nella società tecnologica – ovvero cibernetica, come veniva chiamata e come ora viene opportunamente riproposta¹³ – con tutti i suoi temi e problemi derivanti dall'applicazione delle tecniche giuridiche, sostanziali e processuali, nel vasto mondo della tecnologia e suoi derivati, in particolare la rete Internet. Pertanto, si potrebbe riformulare l'antico brocardo latino con *ubi societas technologica, ibi ius*. Emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei “nuovi diritti”, i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro “tono costituzionale”, che li collocano, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa, anche attraverso quella che ho chiamato una “interpretazione tecnologicamente orientata”¹⁴. Purtroppo bisogna essere consapevoli dei rischi di presunti vizi di incostituzionalità delle leggi, che prevedono e prescrivono l'uso della IA, eventualmente riferibili alla c.d. “discriminazione algoritmica”. La quale determinerebbe un algoritmo strutturalmente incostituzionale, uno scenario cioè paragonabile alla fallacia naturalistica di Hume, con riferimento al giusnaturalismo: l'errore di derivare dall'essere (della realtà sociale, spesso ingiusta o distorta) il dover essere¹⁵. Come è stato scritto, «la vera frontiera è la sua sindacabilità. Dunque, all'algoritmo deve essere possibile fare accesso, deve essere conoscibile, deve essere sindacabile per controllare sulla base di quali dati, di quali informazioni, di quale presentazione del problema è stato avviato

¹² Per un quadro d'insieme, si v. il volume A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Giuffrè, Milano, 2020 e T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, n. 1, 2022, p. 9 (ora in ID., *Liberté Egalité Internet*, cit.).

¹³ Ripropone l'uso del termine “cibernetica”, sottolineando l'affinità fra questa e il diritto, perché «entrambi mirano a studiare e a rendere prevedibili i modelli di comunicazione e controllo dei comportamenti collettivi»: così, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., p. 171.

¹⁴ T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. inf.*, n. 6, 2020, pp. 465 ss. (ora in ID., *Liberté Egalité Internet*, cit.). v. anche C. CASONATO, *Per una intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., pp. 131 ss.

¹⁵ Sul punto, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., p. 196.

il suo funzionamento»¹⁶. Da qui, allora, l'esigenza di elaborare una dottrina della "precauzione costituzionale", ispirata alle situazioni ambientali e così delineata: «la condizione di incertezza a riguardo dei possibili effetti negativi dell'impiego della tecnologia (inclusa l'intelligenza artificiale) non può essere utilizzata come una ragione legittima per non regolare e limitare tale sviluppo»¹⁷. Pertanto, la protezione dei beni costituzionali deve essere anticipata rispetto alla produzione stessa delle applicazioni tecnologiche. Il parametro per giudicare i fenomeni della IA è la costituzione, e più in generale il costituzionalismo, specie nella parte in cui prevede e tutela la pari dignità della persona umana (art. 3 Cost. it., art. 1 Carta dei diritti UE)¹⁸.

Tutto vero, tutto giusto. Si avverte però l'impressione, che la preoccupazione dei rischi di una possibile incostituzionalità dell'algoritmo siano derivati dal volere leggere i problemi con gli occhiali del giurista domestico. La questione non è nazionale ma mondiale, anche perché la IA è già operativa in diversi Paesi dove è radicato il costituzionalismo e dove la dignità umana gode di sicura tutela. Quindi, il problema laddove emergesse verrebbe risolto attraverso le consolidate procedure di garanzie costituzionali diffuse negli stati di democrazia liberale, che funzionano da anticorpi per qualunque violazione costituzionale, soprattutto di leggi liberticide figuriamoci di leggi che non esplicitano la conoscibilità e quindi il corretto funzionamento degli algoritmi. E comunque, anche a volere osservare la questione nella dimensione nazionale, si possono ricordare le note pronunce del Consiglio di Stato (sent. n. 2270/2019 e n. 8472, 8473, 8474/2019), che hanno giustamente messo in rilievo come l'algoritmo è una regola costruita dall'uomo per disciplinare le operazioni di calcolo effettuate dal *software*, che sarà comunque soggetto a valutazione da parte del giudice per verificarne la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti¹⁹.

Si è già iniziato a parlare di "algocrazia", ovvero di "dittatura dell'algoritmo"²⁰. Posso comprendere il tono accattivante e provocatorio di queste

¹⁶ Così B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, ora in ID., *Lecture di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁷ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., p. 199.

¹⁸ B. CARAVITA DI TORITTO, *op. cit.*

¹⁹ Su questi temi e problemi, v. F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., pp. 248 ss. V. anche numerosi spunti in S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2019, pp. 109-128.

²⁰ Per il primo termine, v. M. AINIS, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, La Nave di Teseo, Milano, 2018, pp. 19 ss.; per il secondo, S. RODOÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 33.

definizioni ma mi sembrano esagerate, ovvero poco rispondenti alla realtà. E comunque, l'algoritmo, se lo si teme, lo si può circoscrivere nel suo uso, purché non lo si comprima e lo si sterilizzi. Peraltro, lo si può normare anche con leggi statali, come è stato fatto, per esempio, in Francia e, a livello statale, negli USA ²¹. E come si accinge a fare la UE, seppure in un contesto normativo che suscita però dubbi e perplessità applicative, come dirò più avanti. Sulla questione, vale qui ricordare l'art. 22, § 1, GDPR, che recita: «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» (salvo prevedere delle deroghe: per la stipula di un contratto o sul consenso esplicito dell'interessato). Mi sembra che si tratti di una norma che funga da freno a possibili invasioni e predominanze dell'algoritmo sulle scelte che deve compiere l'uomo.

Dell'algoritmo, e più in generale della IA, bisogna cercare di avvalersi dei benefici, minimizzando i rischi e le criticità che indubbiamente ci sono: non bisogna però dimenticare che i sistemi di IA saranno il volano dello sviluppo mondiale di questo secolo, economico e scientifico. Allora, come è stato scritto in maniera condivisibile: «la *AI revolution* ha bisogno di essere accompagnata e “corretta” da un pensiero costituzionale, deve produrre una risposta in termini di concettualizzazione dei diritti e principi, allo stesso modo di come la rivoluzione industriale ha prodotto la evoluzione welfarista degli Stati liberali nel XIX secolo e il costituzionalismo sociale del XX secolo» ²². Voglio aggiungere una cosa, che mi limito solo ad accennare: il *favor* per la IA e le sue benefiche applicazioni a vantaggio dell'umanità, esprime, oggi, una rinnovata concezione del liberalismo, dove, cioè, si pone come prioritaria la libertà per il progresso e verso nuove forme di sviluppo dell'individuo e del benessere delle società. La posizione di chi auspica e pretende forme regolative della IA, in forma pervasiva e dettagliata, è, oggi, riconducibile a nuove forme di statalismo, che si manifestano nella volontà di fondare e stabilire una nuova sovranità degli stati sulle piattaforme digitali.

²¹ Per la Francia, v. la *loi n. 2016-1321 du 7 octobre pour une République numérique* (con modifiche nel 2019), per gli USA, v. la l. n. 49/2018 di NYC: *A Local Law in relation to automated decision systems used by agencies*, cfr. S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, cit., pp. 109 ss.

²² Così, A. D'ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”*. *Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., p. 33.

L'*hate speech* come limite alla libertà di espressione: la risposta dell'ordinamento spagnolo di fronte alla emergenza democratica creata dai discorsi intolleranti

di *Germán M. Teruel Lozano*

Sommario

1. Introduzione: la diffusione dell'odio come emergenza democratica nel mondo dei social network. – 2. Una precisione terminologica (e non solo): dai discorsi estremi o intolleranti (discorsi odiosi) all'*hate speech* come categoria giuridica. – 3. Un'approssimazione alla risposta penale contro discorsi estremi nel sistema giuridico spagnolo. – 4. L'interpretazione costituzionale dei reati di opinione in relazione ai discorsi estremi. – 4.1. Breve sintesi della giurisprudenza del Tribunale Costituzionale sui discorsi estremi. – 4.2. I canoni dell'analisi costituzionale, proporzionalità e divieto di eccesso nella limitazione penale dell'esercizio della libertà di espressione. – 5. Alcune conclusioni finali.

1. *Introduzione: la diffusione dell'odio come emergenza democratica nel mondo dei social network*

“Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a [democratic society], one of the basic conditions for its progress and for the development of every man”¹. Con questa frase, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Handyside contro Regno Unito*, ha riconosciuto l'indiscutibile importanza della libertà di espressione, sia dal punto di vista individuale (per il libero sviluppo della personalità), sia dal pun-

¹ Corte EDU, sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Reino Unido*.

to di vista collettivo, poiché è un presupposto, una precondizione per l'esistenza di una vera democrazia. È "uno dei pilastri di una società libera e democratica", secondo le parole del Tribunale Costituzionale spagnolo². Tanto che, come ha avvertito il professor Revenga, "[l]a libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser [de] las limitaciones a la libertad de expresarse acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma"³.

A questo proposito, nelle nostre democrazie cresce la preoccupazione per la diffusione di messaggi di odio che inquinano l'opinione pubblica e ci fanno dubitare della classica fiducia nel libero mercato delle idee. Possiamo continuare a confidare che la verità o, più modestamente, la moderazione e i messaggi ragionevoli prevalgano nel nuovo ambiente tecnologico creato dai social network? Osserviamo come la polarizzazione sia diventata una delle minacce ai nostri modelli di democrazia consensuale che avevano relegato il nemico politico al più civile status di avversario. Una polarizzazione che cresce in un nuovo mondo in cui l'identità è diventata la chiave della mobilitazione politica⁴ e che, di conseguenza, è alimentata da messaggi di odio (sessisti, razzisti...) che diffondono in modo virale l'intolleranza e il radicalismo. Secondo la più recente normativa europea sulle piattaforme digitali, questo dovrebbe essere considerato un "rischio sistemico" per la convivenza democratica.

Le risposte a questa sfida devono essere trovate in strumenti classici come il Codice penale, ma bisogna andare oltre. È necessaria la collaborazione dei media e, soprattutto, delle nuove piattaforme tecnologiche non solo per garantire il rispetto della legge, ma, ancor più, per creare propri codici di condotta che possono essere ancora più esigenti stabilendo limiti alla libertà di espressione. Particolarmente importante è anche la collaborazione tra pubblico e privato per identificare e segnalare le campagne che possono inquinare gravemente l'opinione pubblica. Un messaggio odioso da solo può essere irrilevante, ma uno dei pericoli di oggi sono quelle campagne che mirano a destabilizzare le nostre democrazie, spesso guidate da potenze straniere autocratiche che non esitano a usare questi nuovi *sharp powers*⁵, soprattutto in periodo elettorale.

² Tra le tante, cfr. STC n. 177/2015, 22 luglio, § 2.a).

³ M. REVENGA SÁNCHEZ, *Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?*, in *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, p. 15.

⁴ E. KLEIN, *Why We're Polarized*, Simon and Schuster, USA, 2020.

⁵ W. DOBSON et al. (ed.), *Defending democracy in an age of sharp power*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2023.

Tuttavia, prima di indicare le misure specifiche per far fronte a questi rischi, dobbiamo aprire un dibattito costituzionale previo sui limiti alla libertà di espressione per offrire una risposta ponderata, protettiva ed efficace allo stesso tempo. Non dobbiamo nemmeno dimenticare che dietro queste emergenze democratiche, che, ripeto, devono preoccuparci, possono esserci anche impulsi illiberali che finiscono per compromettere il pluralismo come valore oggettivo insito nel riconoscimento della libertà di espressione.

Questo problema classico negli studi sulla libertà di espressione ha acquisito un interesse particolare. È necessario distinguere quei discorsi d'odio che, sebbene nocivi, dobbiamo tollerare (legalmente), da quegli altri discorsi estremi che costituiscono veri e propri discorsi d'odio che meritano di essere puniti. Questo articolo cercherà quindi di contribuire al dibattito sui limiti penali della libertà di espressione di fronte a discorsi estremi o intolleranti, concentrandosi, in particolare, sul sistema costituzionale spagnolo. Siamo consapevoli che, proprio per questa relazione libertà di espressione-democrazia, l'approccio a questo tema varia da Paese a Paese, poiché la cultura democratica e la concezione più o meno liberale o militante di ciascun ordinamento giuridico condizioneranno le risposte date. In questo ambito, quindi, ci troviamo di fronte a un "costituzionalismo en caos", con evidenti differenze concettuali e contestuali tra i diversi sistemi⁶. Nel nostro caso, come ho spiegato in altri lavori⁷, il primo da adottare è quello di un sistema "aperto" e "personalista", come quello che, a mio avviso, promuove la Costituzione del 1978, ma anche la Costituzione italiana del 1948.

Questa caratterizzazione si basa sul riconoscimento della libertà come diritto dell'individuo per il suo libero sviluppo, anche "egoistico"⁸. Que-

⁶ R. BUSTOS GISBERT, *Libertad de expresión y discurso negacionista*, in *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 126-133.

⁷ G.M. TERUEL LOZANO, *Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 2018, pp. 13-45; ID., *El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho?*, in V.J. VÁZQUEZ, L. ALONSO (dir.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Estudios críticos*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017; ID., *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

⁸ Uno dei principali esponenti di questa visione è stato C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 8-9, che ha riconosciuto la libertà di espressione del pensiero tra i "diritti individualistici" che sono "attribuiti all'«uomo» come tale a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali...". Una libertà garantita "al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipenden-

sto porta, in primo luogo, al fatto che la delimitazione della libertà di espressione non ammette l'esclusione di alcun tipo di discorso sulla base del suo contenuto⁹, per cui ogni tentativo di configurare l'ambito inizialmente protetto della libertà di espressione sulla base di materie "privilegiate"¹⁰ dovrebbe essere respinto, così come non sarebbe legittimo escludere *ratione materiae* alcun tipo di discorso sulla base di ciò che idealmente difende o sostiene, per quanto possa contrastare con l'ordine costituzionale dei valori. A questo proposito, è inaccettabile l'imposizione di "dogmi" ideologici come limiti alla libertà¹¹ che finiscono per "trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dogmi da garantire contro gli infedeli"¹². E, in secondo luogo, questa concezione aperta e personalistica implica che le limitazioni alla libertà di espressione devono essere giustificate in termini di danno o messa in pericolo di un bene giuridico costituzionale, principalmente di natura individuale. In questo senso, il Tribunale Costituzionale spagnolo, oltre a rifiutare che il modello spagnolo corrisponda a quello della democrazia militante, ha concluso che: "L'ambito costituzionalmente protetto della libertà di espressione non può essere limitato dal fatto che venga utilizzato per la diffusione di idee o opinioni contrarie all'essenza stessa della Costituzione [...] *a meno che non ledano effettivamente diritti o beni di rilevanza costituzionale*"¹³. Tutto ciò non esclude l'affermazione dell'importanza di questa libertà per l'ordinamento democratico e il riconoscimento della sua dimensione di valore oggettivo dell'ordinamento giuridico, come già rilevato in precedenza.

In una concezione aperta e personalista, lo Stato può assumere una posizione attiva per rimuovere gli ostacoli affinché ogni cittadino possa effettivamente godere di questa libertà e per stimolare nella sfera pubblica quei discorsi che lo Stato ritiene contribuiscano positivamente alla realiz-

temente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità social delle unioni di pensiero".

⁹ Così lo ha dichiarato molto chiaramente J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, 1988, p. 144.

¹⁰ Questa posizione è stata affermata nella dottrina italiana da S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, e G. DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, Milano, tomo II, 1976, pp. 951 ss. Si veda la risposta di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 82.

¹¹ A. MERLI, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 94.

¹² C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 52.

¹³ STC n. 235/2007, 7 novembre, § 4.

zazione dei valori costituzionali e alla formazione di una opinione pubblica libera e robusta. Questa concezione aperta e personalista della libertà, a differenza del modello americano, costruito su un ideale di neutralità istituzionale nel dibattito pubblico, è inquadrata nel riconoscimento dello Stato sociale e democratico, che consente all'intervento statale di trascendere la prospettiva puramente astensionista o, al massimo, censoria quando vengono superati i limiti (restrittivi) del suo esercizio.

Tuttavia, senza negare questa rilevanza "ultraindividuale" della libertà, la concezione personalista deve imporsi come un *prius* rispetto alla caratterizzazione funzionale o istituzionale¹⁴. In definitiva, come ha sostenuto J.J. Solozábal, "el problema importante no es el de reconocer una transcendencia indudable, en el terreno político fundamentalmente, a la libertad de expresión, cuestión esta que nadie niega, sino el de atribuir consecuencias jurídicas a la misma, aceptando que tal relieve convierta a los derechos de comunicación de derechos fundamentales individuales en simples derechos cubiertos con una garantía institucional"¹⁵.

Pertanto, prendendo spunto da questa caratterizzazione del sistema costituzionale spagnolo, inizieremo cercando di specificare cosa sia il discorso estremo e come sia stata costruita una categoria giuridica, l'*hate speech*, riconosciuta come limite alla libertà di espressione. Ci avvicineremo poi, anche solo per sorvolare, al quadro punitivo in Spagna e saremo così in grado di entrare pienamente in quello che sarà l'oggetto centrale del lavoro: analizzare criticamente la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo in relazione ai reati di opinione in cui vengono puniti i discorsi estremi.

2. Una precisione terminologica (e non solo): dai discorsi estremi o intolleranti (discorsi odiosi) all'*hate speech* come categoria giuridica

Il riconoscimento e la garanzia della libertà di espressione implicano il presupposto che nel dibattito pubblico ci sarà una certa quantità di "spaz-

¹⁴ In questo senso, come ha scritto C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., "Non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicché possa determinare la funzione ed i limiti, ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè del valore della persona umana) porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico". Si veda anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 10 che l'ha descritta come una libertà "“anche” funzionale".

¹⁵ J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, 1988, p. 145.

zatura” che sarà protetta dall’esercizio di questa libertà, anche se non tutto è valido e, come ogni altra libertà fondamentale, anche la libertà di espressione ha i suoi limiti. Ma, alla fine, proteggere la libertà di espressione implica che certe espressioni saranno dichiarate legalmente immuni, indipendentemente da quanto le consideriamo socialmente dannose o pericolose¹⁶.

Così, tra questa “spazzatura” con cui conviviamo nello spazio del dibattito pubblico delle nostre società, troviamo alcuni discorsi estremi, secondo il titolo del famoso libro *Extreme Speech and Democracy*, curato dai professori I. Hare e J. Weinstein¹⁷, che sono ripugnanti per i fondamenti dell’ordine di coesistenza dei valori democratici. “Discorsi odiosi”¹⁸ che diffondono idee discriminatorie o intolleranti che sono chiaramente perniciose, ma che si trovano al confine con la sfera protetta dalla libertà di espressione, per cui è necessario specificare fino a che punto possiamo censurarle o rimproverarle legalmente e fino a che punto sono protette. Si va dall’*hate speech* – in senso stretto – all’incitamento all’odio religioso, al fondamentalismo religioso, all’incitamento o all’apologia del terrorismo, alla negazione di gravi crimini contro l’umanità o di crimini di guerra.

Tuttavia, queste categorie di discorsi sono, in linea di principio, meramente descrittive del contenuto di questi messaggi potenzialmente dannosi per un bene giuridico, ma non hanno generalmente una pretesa giuridica prescrittiva. In altre parole, riconoscere che un discorso è un incitamento o un’apologia del terrorismo o che è un messaggio negazionista dell’Olocausto non comporta necessariamente la conseguenza giuridica di negargli la protezione costituzionale.

Non è questo il caso, però, dell’*hate speech*¹⁹. Nonostante la sua indeterminatezza, diversi tribunali hanno fatto ricorso a questa categoria, anche nell’ordinamento giuridico spagnolo – in gran parte sotto l’influenza della Corte di Strasburgo²⁰ – per giustificare la limitazione dei contenuti

¹⁶ T. SCANLON, *Teoría de la libertad de expresión*, in R. DWORKIN, *La filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 318.

¹⁷ I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

¹⁸ M.A. PRESNO LINERA, *¿Discursos del odio o discursos odiosos?*, in *El derecho y el revés*, 26 gennaio 2017, <https://presnolinera.wordpress.com/2017/01/26/discursos-del-odio-o-discursos-odiosos/>.

¹⁹ Con una critica dal punto di vista terminologico, cfr. F. REY MARTÍNEZ, *Discurso del odio y racismo líquido*, in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 51-88; e M. REVENGA SÁNCHEZ, *Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?*, in Id. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, cit., 2015, pp. 18-19.

²⁰ È stato molto critico, in particolare nei confronti del Tribunale Costituzionale, per

protetti dalla libertà di espressione, come verrà chiarito in questo commento. Così, se si conclude che un certo messaggio è “discorso d’odio”, allora esso non godrebbe della protezione dei diritti fondamentali.

Un ulteriore problema a questa esclusione dall’ambito di protezione della libertà di espressione a causa del contenuto (offensivo) di un certo tipo di messaggio è che, come è stato sottolineato, non esiste una definizione precisa di ciò che può essere considerato *hate speech*, né nella giurisprudenza né nella legislazione. In generale, questa categoria comprende i discorsi razzisti e xenofobi, e si estende anche ad altri discorsi discriminatori (omofobici, islamofobici...), ma a volte vediamo che include persino la negazione di crimini di guerra o contro l’umanità, l’apologia del terrorismo o l’incitamento all’odio religioso e al fondamentalismo religioso²¹. In breve, tutta la pletora di discorsi intolleranti che abbiamo precedentemente definito come odiosi o estremi. Come ha spiegato il gruppo Articolo 19, è sorta una confusione intorno alla categoria dei discorsi d’odio, che ha portato all’inclusione di discorsi che concettualmente dovrebbero essere distinti da essa e che in molti casi dovrebbero essere compresi nella libertà di espressione²². Inoltre, la ragione per escludere i discorsi d’odio dall’ambito di protezione della libertà di espressione si basa, quasi esclusivamente, sul contenuto del messaggio comunicativo e sull’intenzionalità: che l’odio o l’ostilità siano diffusi contro un gruppo sociale per motivi discriminatori²³. Questi standard sono insufficienti a rivelare l’effettiva offensività del discorso che giustifica una limitazione della libertà.

La sfida è quindi quella di dare a questa categoria i contorni più chiari possibili per conciliare questa esclusione “categorica” con le esigenze della libertà di espressione²⁴, in particolare nel nostro caso con quelle di un sistema aperto e personalista. Uno scopo che il Tribunale Costituzionale spagnolo ha ampiamente disatteso, come avremo modo di approfondire nel presente lavoro.

Il Tribunale Costituzionale ha iniziato identificando i discorsi d’odio con quelle manifestazioni “di carattere razzista o xenofobo” che si pro-

l’abuso di questa categoria come criterio giuridico per delimitare l’ambito protetto dalla libertà di espressione, R. ALCÁCER GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, in *Indret*, 1, 2018, pp. 4 ss.; ID., *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 23 ss.

²¹ Cfr. I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, cit.

²² Cfr. Article 19, *‘Hate Speech’ Explained. A toolkit*, 2015, pp. 28 ss., disponibile all’indirizzo: <https://www.article19.org/resources/hate-speech-explained-a-toolkit/>.

²³ Tra gli altri testi, si veda il documento del Consiglio d’Europa R (97) 20 sui discorsi d’odio del 30 ottobre 1997; o la Raccomandazione n. 15 della Commissione europea contro il razzismo e l’intolleranza sulla lotta ai discorsi d’odio, adottata l’8 dicembre 2015.

²⁴ Cfr. R. ALCÁCER GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, cit., p. 9.

pongono di essere vilipendenti o umilianti, e con quelli che comportano un “incitamento razzista”, che, seguendo la giurisprudenza di Strasburgo, ha definito come “incitamento diretto alla violenza contro i cittadini in generale o contro determinate razze o credenze in particolare”²⁵. Tale discorso è stato escluso dalla protezione costituzionale. Tuttavia, nelle sentenze più recenti, il Tribunale ha portato al parossismo la propria concezione di *hate speech*, estendendola al discorso puramente intollerante²⁶. Così, il Tribunale Costituzionale ha consumato una “maniobra de prestidigitación conceptual”, realizzata “del vaciamiento del concepto, excluyendo esa dimensión antidiscriminatoria e identificando ‘discurso de odio’ con la mera manifestación general de hostilidad”²⁷. Un’interpretazione che indubbiamente comporta una “banalizzazione” della categoria stessa²⁸ e sfigura i limiti della libertà di espressione, al punto che la stessa Corte europea ha finito per censurarla²⁹.

Inoltre, questa ampia categorizzazione dei discorsi d’odio è in contrasto con i tentativi fatti, soprattutto a livello europeo, di definire questa categoria nel modo più preciso possibile, al fine di evitare un’eccessiva re-

²⁵ STC n. 235/2007, 7 novembre, § 5. Nelle sentenze precedenti, il Tribunale Costituzionale, pur avendo trattato casi chiaramente riconoscibili all’interno di ciò che finirà per intendere come *hate speech*, non ha ancora incorporato questa categoria nella sua giurisprudenza.

²⁶ Nella STC n. 177/2015, 22 luglio, § 4 ha ampliato la categoria dei discorsi d’odio al di là di quelle che definisce le sue forme più “crude” (quando si proiettano sulle “condizioni etniche, religiose, culturali o sessuali delle persone”), includendo altre sfaccettature di ciò che il Tribunale chiama “discorsi fobici”, “uno di questi è, senza dubbio, quello che cerca di incoraggiare il rifiuto e l’esclusione dalla vita politica, e persino l’eliminazione fisica, di coloro che non condividono l’ideologia dell’intollerante”. I messaggi che incitano “all’odio e all’intolleranza incompatibili con il sistema di valori della democrazia” o che “rappresentano o si identificano con l’esclusione politica, sociale o culturale” non saranno coperti. Una dottrina che è stata mantenuta nella STC n. 112/2016, 20 giugno, e nella STC n. 35/2020, 25 febbraio.

²⁷ R. ALCÁCER GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, cit., p. 8.

²⁸ L’espressione è del giudice Xiol Ríos nella sua opinione dissenziente alla STC n. 177/2015, 22 luglio. In modo simile, l’opinione dissenziente del giudice Adela Asúa, sostenuta dal giudice Fernando Valdés, affermava che: “Equiparare sotto lo stesso concetto il discorso antimonarchico – qui e ora – con il discorso volto a promuovere la discriminazione e l’esclusione sociale di gruppi laicamente vulnerabili, rivela un uso deplorabile di concetti conati su realtà drammatiche che non ammettono in alcun modo di essere paragonate a insulti a un’istituzione o a persone di così alta rilevanza pubblica”.

²⁹ Questa è stata la conclusione raggiunta dalla sentenza Corte EDU 13 marzo 2018, caso *Stern Taulats e Roura Capellera c. Spagna*. Il Tribunale Costituzionale spagnolo, con sentenza n. 177 del 22 luglio 2015, aveva ritenuto che la condanna per insulto al Re violasse la libertà di espressione, in quanto la sanzione inflitta non poteva essere intesa come necessaria. Nella sua argomentazione, la Corte europea comprende che, per quanto provocatorio fosse l’incendio dei ritratti, non può essere inteso come una forma di discorso d’odio o di provocazione alla violenza.

strizione della libertà di espressione³⁰. In particolare, sottolineando che le manifestazioni devono essere di natura offensiva, “propagando, incitando, promuovendo o giustificando l’odio basato sull’intolleranza”³¹, con una motivazione discriminatoria, e prendendo di mira una persona o un gruppo vulnerabile³². La stessa Corte europea ha avvertito le autorità nazionali di “adottare un approccio cauto nel determinare l’ambito dei reati di “incitamento all’odio” e di interpretare rigorosamente le disposizioni di legge pertinenti, al fine di evitare un’eccessiva interferenza” con la libertà di espressione, soprattutto quando questa potrebbe essere usata come pretesto per reprimere le manifestazioni di critica al governo, alle sue istituzioni o alle sue politiche³³.

È quindi sorprendente che, soprattutto dopo la condanna della Spagna da parte della Corte di Strasburgo nel caso del rogo del ritratto del Re, il Tribunale Costituzionale spagnolo mantenga questo concetto distorto di *hate speech*. Cosa ancora più inaccettabile nella misura in cui, come si è detto e si vedrà ora, non ha abbandonato radicalmente nella motivazione delle sue sentenze il principio di lesività e ha rifiutato la possibilità di re-

³⁰ Tra le più recenti, la Commissione europea contro il razzismo e l’intolleranza (ECRI), Raccomandazione generale 15 sulla lotta all’*hate speech*, adottata l’8 dicembre 2015.

³¹ Questi sono i termini con cui la Corte europea dei diritti dell’uomo ha giustificato la possibilità – non l’obbligo – di punire i discorsi d’odio, a condizione che le restrizioni o le sanzioni imposte siano proporzionate rispetto allo scopo legittimo perseguito (Corte EDU 6 luglio 2006, *Erbakan contro Turchia*, § 56). Questa definizione si basa sul primo riferimento contenuto nella Raccomandazione 97 (20) del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa. Inoltre, sulla complessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di discorsi d’odio si veda, tra l’altro, J.M. LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-38; C. CARUSO, *El hate speech en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional*, in L. ALONSO SANZ, V.J. VÁZQUEZ ALONSO (dir.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 109-128; o il mio lavoro: *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 27, 2017. Fornisce inoltre un riepilogo più aggiornato dell’interesse Council of Europe, *Factsheet. Hate Speech*, settembre 2020.

³² Tenendo conto di tutto ciò, la giudice Adela Asúa, nella sua opinione dissenziente alla STC n. 177/2015, 22 luglio, a cui aderisce il giudice Fernando Valdés, ha identificato l’*hate speech* proprio come quella “forma di espressione che incita, promuove o propaga l’odio razziale, xenofobia, o altre forme di odio basate sull’intolleranza, creando un clima di ostilità e di esclusione, generando un certo effetto di minaccia che disturba l’esercizio della parità di diritti dei membri di determinati gruppi socialmente vulnerabili”. In dottrina, si veda la caratterizzazione fatta da R. ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, cit., pp. 23 ss.; J.M. LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit., pp. 23-45, e F. VALIENTE MARTÍNEZ, *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

³³ Corte EDU, sent. 9 maggio 2018, caso *Stomakhin c. Russia*, § 117. In modo analogo si può leggere la sentenza Corte EDU 13 marzo 2018, caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*.

strizioni basate sul puro contenuto dei messaggi³⁴. Tuttavia, il Tribunale Costituzionale, alla fine, finisce per ricorrere alla categoria dell'*hate speech*, vagamente definita, per giustificare l'esclusione di qualsiasi tipo di discorso estremo dall'ambito della protezione costituzionale, in una vera e propria "jurisprudencia de excepción"³⁵.

Da parte mia, ho proposto che, affinché la categoria dell'*hate speech* sia compatibile con i postulati della libertà di espressione in un ordinamento aperto e personalista, essa debba essere delimitata in modo restrittivo, tenendo conto dei seguenti elementi³⁶: 1) *Espressioni dirette contro una persona che è membro di un gruppo sociale particolarmente vulnerabile*, definito da determinate caratteristiche (razziali, etniche, religiose, di condizione sessuale, ecc.). Questa particolare vulnerabilità è la prova della situazione di "desigualdad estructural" a cui fa riferimento A. Cortina, la quale permette che il discorso sia costruito in chiave escludente, di confronto tra "gli uni" e "gli altri"³⁷. 2) *Contenuto offensivo* delle espressioni in relazione alla caratteristica significativa del gruppo. Questo contenuto offensivo può essere: degradante, umiliante; minaccioso; o provocare la commissione di atti di violenza o discriminazione contro un gruppo sociale o i suoi membri, generando un pericolo certo e imminente che vengano commessi. 3) *Intenzionalità diretta*, riferita all'elemento offensivo (insultare, umiliare, provocare...), e anche a una *specifica motivazione* ad agire dovuta alle condizioni identificative del gruppo sociale particolarmente vulnerabile.

Criteri che, come abbiamo visto e analizzeremo di seguito, sono stati solo parzialmente accettati dalla giurisprudenza e dall'ordinamento giuridico spagnolo. Vediamo quindi di studiare il quadro penale e gli elementi che giustificano la riprovazione penale di questi messaggi, tenendo pre-

³⁴ Ad esempio, la STC n. 35/2020, 25 febbraio individua tre possibili ragioni per la lesività dei discorsi d'odio: (i) quando "cercano di scatenare un riflesso emotivo di ostilità, incitando e promuovendo l'odio e l'intolleranza incompatibili con il sistema di valori della democrazia"; (ii) "minacce o intimidazioni ai cittadini"; (iii) "simboli, messaggi o elementi che rappresentano o si identificano con l'esclusione politica, sociale o culturale", che possono diventare "un atto che coopera con l'intolleranza escludente" (§ 4.a.iii).

³⁵ Ecco come l'ha descritto R. ALCÁZAR GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, cit., p. 9, per i quali il Tribunale Costituzionale si appella a "un término tan elástico e indeterminado, acuñado antes como eslogan programático que como categoría analítica. [que] es empleado por esta jurisprudencia de excepción para delimitar los contornos de la protección del derecho fundamental".

³⁶ Cfr. G.M. TERUEL LOZANO, *Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*, cit.

³⁷ A. CORTINA, *¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 25 ottobre 2016.

sente che essi fanno parte del contenuto *prima facie* protetto dalla libertà di espressione, per poi analizzare, come abbiamo detto, la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale.

3. *Un'approssimazione alla risposta penale contro discorsi estremi nel sistema giuridico spagnolo*

Nella lotta contro i discorsi intolleranti, il reato che funge da chiave di volta è l'attuale art. 510 c.p., che punisce una serie di condotte legate a quello che potremmo considerare *hate speech* – in senso stretto – e messaggi negazionisti di reati gravi. Come è noto, l'attuale formulazione di questa fattispecie penale è frutto della riforma introdotta dalla LO n. 1/2015, del 30 marzo, che ha inteso adeguare la norma alle esigenze derivanti dalla STC n. 235/2007, dell'11 luglio, e dalla decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre, che prevede la punizione da parte degli Stati membri di tutta una serie di condotte legate a messaggi razzisti e xenofobi. Una riforma che però, a mio modesto parere, presenta più ombre che luci³⁸.

Così, se scomponiamo le principali condotte punite dall'attuale art. 510 c.p., troviamo che, in primo luogo, esso punisce l'istigazione (incoraggiamento o promozione) diretta o indiretta “all'odio, all'ostilità, alla discriminazione o alla violenza nei confronti di un gruppo, di una sua parte o di una persona determinata a causa della sua appartenenza ad esso, per motivi razzisti, antisemiti, antirom o per altri motivi connessi all'ideologia, alla religione o alle convinzioni personali, alla situazione familiare, all'appartenenza a un gruppo etnico, a una razza o a una nazione, all'origine nazionale, al sesso, all'orientamento o all'identità sessuale, a motivi di genere, all'apofobia, a una malattia o a una disabilità” (sezione 1.a). Una pena che si estende a “chi produce, elabora, detiene allo scopo di distribuire, fornisce a terzi l'accesso a, distribuisce, diffonde o vende scritti o qualsiasi altro tipo di materiale o media che per il loro contenuto sono idonei a incoraggiare, promuovere o incitare” (sezione 1.b). Nella misura in cui non si tratta di un caso di provocazione ai sensi dell'art. 18 c.p., il contenuto offensivo di questi reati sembra essere individuato, sebbene non sia espressamente dichiarato, nella mera promozione di un'atmosfera o di un clima di ostilità nei confronti di determinate persone o gruppi per motivi discriminatori. Non è infatti richiesto che tali gruppi

³⁸ Ho avuto modo di approfondire la questione in occasione di G.M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal*, in *Indret*, 4, 2015, online.

debbero essere “vulnerabili”, anche se sembra che questo debba essere il senso della norma³⁹.

In secondo luogo, la definizione tipica della punizione dei messaggi negazionisti è più precisa: “Chi nega pubblicamente, banalizza gravemente o glorifica i crimini di genocidio, i crimini contro l’umanità o i crimini contro le persone e i beni protetti in caso di conflitto armato, o glorifica i loro autori, quando sono stati commessi contro un gruppo o parte di un gruppo, o contro una persona specifica a causa della sua appartenenza a tale gruppo”. In questo caso, non solo si richiede una motivazione discriminatoria, ma il precetto afferma esplicitamente, seguendo la dottrina costituzionale, che la condotta sarà punibile solo “quando in questo modo si promuove o si favorisce un clima di violenza, ostilità, odio o discriminazione nei loro confronti”.

In tutti questi casi, le pene previste sono la reclusione da uno a quattro anni e una multa. Inoltre, il precetto prevede una serie di circostanze aggravanti quando si utilizzano mezzi che rendono i messaggi accessibili a un gran numero di persone (sembra che sia sufficiente la mera “potenzialità” di questa diffusione in considerazione del mezzo) (sezione 3), e quando, “in considerazione delle circostanze, sono idonei a turbare la pace pubblica o a creare un grave sentimento di insicurezza o paura tra i membri del gruppo” (sezione 4). Quest’ultima aggravante evidenzia i dubbi su quale sia il bene giuridico tutelato dalla condotta di base e la sua offensività. Il fatto è che si tratta di reati che, pur non consumandosi con la mera diffusione pubblica di determinati contenuti per motivi discriminatori, richiedono una valutazione della pericolosità della condotta, che sarà, nel migliore dei casi, una forma di pericolosità potenziale o ipotetica (ma non presunta). Si tratta, insomma, di reati di clima, con un’offensività molto permissiva, sia per la ampia definizione dell’azione tipica in sé, sia per il risultato del pericolo (un clima ostile), sia per il giudizio di pericolosità stesso.

Allo stesso modo, con pene minori (reclusione da sei mesi a due anni e multa), l’art. 510 c.p. al comma 2 prevede la punizione, da un lato, degli attacchi alla dignità delle persone per motivi discriminatori che comportino “grave umiliazione, disprezzo o discredito” di questi gruppi sociali o delle persone che ne fanno parte; e, dall’altro, la pubblica esaltazione o giustificazione di crimini contro gruppi per motivi discriminatori. Nel caso in cui queste condotte promuovano o incoraggino “un clima di violen-

³⁹ Condivido con R. ALCÁ CER GUIRAO, *La libertad del odio*, cit., p. 196, che in questo tipo di reati si deve intendere che questi riferimenti li circoscrivono al fatto che il discorso attacca un gruppo vulnerabile, i cosiddetti gruppi bersaglio, per cui gli attacchi a gruppi egemoni, anche se avvengono a causa delle loro caratteristiche razziali o etniche, non rientrerebbero nell’ambito di queste norme.

za, ostilità, odio o discriminazione nei confronti dei suddetti gruppi”, saranno punite con le pene del § 1.

Oltre a ciò, la gamma di illeciti penali per rispondere a questi discorsi estremi potrebbe essere specificata prendendo in considerazione, in relazione ai discorsi filoterroristici, i reati di incitamento e provocazione al terrorismo (art. 579 c.p.) o, più problematico dal punto di vista del rispetto della libertà di espressione, il reato di esaltazione del terrorismo, in particolare la punizione di condotte di mera esaltazione o giustificazione pubblica di atti terroristici o dei loro autori (art. 578.1 c.p.). Si potrebbe prendere in considerazione anche il reato di derisione di dogmi, riti, credenze o cerimonie (art. 525 c.p.), che mira a punire i discorsi offensivi nei confronti dei sentimenti religiosi (e di chi non li professa); così come altri che comportano il vilipendio delle istituzioni, l’insulto alla polizia o all’esercito, o l’insulto alla Spagna (in particolare, gli artt. 490, 491, 496, 504, 543 c.p.). Tutti questi reati sono accomunati dalla punizione di comportamenti che, come abbiamo sottolineato, si collocano ai margini dell’esercizio della libertà di espressione e, pertanto, è necessario compiere uno sforzo particolare nel definire la lesività che ne giustifica la punizione. Di seguito, vedremo come si è evoluta la dottrina del Tribunale Costituzionale in relazione a questo tipo di reati e, in ogni caso, vorrei raccomandare lo sforzo compiuto dal gruppo di lavoro LibEx sulla libertà di espressione per offrire un’interpretazione costituzionalizzata di questi reati⁴⁰.

4. L’interpretazione costituzionale dei reati di opinione in relazione ai discorsi estremi

4.1. Breve sintesi della giurisprudenza del Tribunale Costituzionale sui discorsi estremi

Le prime sentenze in cui il Tribunale Costituzionale si è confrontato con questo tipo di discorso estremo risalgono agli anni ’90. Da un lato, in relazione ai discorsi di apologia del terrorismo, troviamo la STC n. 136/1999, del 20 luglio, nel caso della tavola rotonda nazionale di H.B. Il Tribunale ha ritenuto che il video trasmesso in uno spazio elettorale di questo partito costituisse una minaccia o un’intimidazione nei confronti degli elettori non costituzionalmente tutelata (§§ 16-19), ma ha concesso la tutela fermo restando che la sua sanzione come reato di apologia del terrorismo era sproporzionata rispetto alla pena inflitta (§§ 20-30). Per

⁴⁰ Le schede di ciascuno di questi crimini sono disponibili ad accesso libero su: <https://libex.es/>.

quanto riguarda invece i messaggi razzisti o antisemiti, sono state emesse le sentenze STC n. 214/1991, dell'11 novembre, caso *Violeta Friedman*, e STC n. 176/1995, dell'11 dicembre, caso *Hitler=SS album*. La dottrina principale di entrambe le sentenze è che “le manifestazioni o le espressioni volte a sminuire o a generare sentimenti di ostilità nei confronti di determinati gruppi etnici, stranieri o immigrati, gruppi religiosi o sociali” (STC n. 214/1991, 11 novembre, § 8), in breve, i “discorsi d’odio” che direttamente o indirettamente potrebbero comportare l’incitamento attraverso la vessazione di un determinato gruppo sociale (STC n. 176/1995, 11 dicembre, § 5), non sarebbero protetti dalla libertà di espressione. Ciò che sarebbe coperto sarebbero i semplici dubbi o le domande sui crimini nazisti.

Questa dottrina è stata confermata dalla STC n. 235/2007, del 7 novembre, che ha dichiarato parzialmente incostituzionale il reato di negazione del genocidio (art. 607.2 c.p.). In essa, il Tribunale ha introdotto per la prima volta la categoria dei discorsi d’odio, intesi come “incitamento diretto alla violenza contro i cittadini in generale o contro determinate razze o credenze in particolare”, che non rientrerebbe nell’ambito della tutela della libertà di espressione (§ 5)⁴¹. Tuttavia, il contributo più rilevante di questa sentenza è stato quello di stabilire il confine oltre il quale sarebbe possibile intervenire penalmente per punire discorsi che implicano la giustificazione di crimini di “natura particolarmente odiosa” – in questo caso, il genocidio –. La sua punizione sarebbe costituzionalmente legittima in due casi: “quando la giustificazione di un tale abominevole crimine comporta una forma di incitamento indiretto alla sua perpetrazione”, o quando questo discorso “cerca di provocare l’odio verso determinati gruppi definiti in riferimento al loro colore, razza, religione o origine nazionale o etnica, in modo tale da rappresentare un pericolo certo di generare un clima di violenza e ostilità che può assumere la forma di specifici atti di discriminazione” (§ 9)⁴².

Questa dottrina, come si è detto, è servita come riferimento per guidare la riforma del Codice penale del 2015 nella definizione del nuovo art.

⁴¹ In particolare, il Tribunale Costituzionale, basandosi sulle sentenze citate – tra le altre – ha affermato che la libertà di espressione sarebbe limitata nel caso di “espressioni diffamatorie, razziste o umilianti o che incitano direttamente a tali atteggiamenti costituzionalmente inaccettabili”. (STC n. 235/2007, 7 novembre, § 5).

⁴² Nella stessa base giuridica, la sentenza ha chiarito che: “Pertanto, è costituzionalmente legittimo punire penalmente un comportamento che, pur non essendo chiaramente idoneo a istigare direttamente alla commissione di crimini contro il diritto delle nazioni come il genocidio, comporti comunque un’istigazione indiretta ad esso o provochi indirettamente la discriminazione, l’odio o la violenza, che è proprio ciò che consente in termini costituzionali l’istituzione del tipo di giustificazione pubblica del genocidio. (Art. 607.2 CP)”. STC n. 235/2007, 7 novembre, § 9).

510⁴³, ma è stata presente anche nell'interpretazione costituzionale di altri reati di opinione che il Tribunale Costituzionale ha fatto successivamente, come il reato di esaltazione del terrorismo previsto all'art. 578 c.p. In particolare, nella STC n. 112/2016, del 20 giugno, nel caso di omaggio a un membro dell'ETA, e nella STC n. 35/2020, del 25 febbraio. Inoltre, in relazione ai discorsi estremi o intolleranti, si dovrebbe tenere conto anche della STC n. 177/2015, del 22 luglio, nel caso del rogo del ritratto del re.

Ebbene, quest'ultima giurisprudenza costituzionale è piena di chiaroscuri, anche se la STC n. 177/2015, del 22 luglio, è senza dubbio una macchia senza alcuna chiarezza⁴⁴. Una sentenza sfortunata per la libertà di espressione in cui il Tribunale Costituzionale ha negato l'amparo per la condanna per il reato di vilipendio alla Corona, con una pena di quindici mesi di carcere, sostituita da una multa. Secondo il Tribunale Costituzionale, l'atto di bruciare una foto del re dopo una manifestazione antimonarchica era equivalso a un "discorso d'odio", che mirava a incoraggiare "il rifiuto e l'esclusione dalla vita politica, e persino l'eliminazione fisica", favorendo "sentimenti di aggressione" ed esprimendo una "minaccia", che non era degna di protezione costituzionale (§ 4). Inoltre, il Tribunale Costituzionale ha sottolineato "la singolare e rafforzata tutela giuridica che il legislatore penale accorda alla Corona", senza quindi mettere in discussione la legittimità del reato stesso (§ 3). In realtà, come abbiamo già detto, la posizione del Tribunale Costituzionale in questa sentenza, messa duramente in discussione nelle opinioni dissenzienti, è stata screditata dalla Corte europea dei diritti umani, che ha condannato la Spagna in questo caso concludendo che la restrizione della libertà di espressione non era proporzionata e che non è possibile considerare le manifestazioni critiche nei confronti di un'istituzione come la Corona come discorsi di odio⁴⁵.

⁴³ A questo proposito, si veda lo studio dettagliato nel secondo capitolo di J.M. LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit. Più sinteticamente, l'opera dello stesso Autore: *El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP*, in *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-260. Anche, cfr. A. DE PABLO SERRANO, P. TAPIA BALLESTEROS, *Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal*, in *Diario La Ley* [en línea], n. 8911, 30 gennaio 2017; e M.J. DOLZ LAGO, *Oído a los delitos de odio. Algunas cuestiones claves sobre la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015*, in *Diario La Ley* [en línea], n. 8712, Sección Doctrina, 1 marzo 2016. Da parte mia, ho offerto una visione critica di questa riforma in G.M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo*, cit.

⁴⁴ Si veda in particolare il suo commento a questa sentenza M.A. PRESNO LINERA, *Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del rey*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, pp. 539-549.

⁴⁵ Corte EDU, sent. 13 marzo 2018, caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*.

D'altra parte, la dottrina stabilita dal Tribunale Costituzionale in relazione all'esaltazione del terrorismo è più "illuminata". Così, la STC n. 112/2016, del 20 giugno, ha inquadrato questo tipo di manifestazioni come una forma di *hate speech* e ha offerto per la prima volta criteri costituzionali per l'interpretazione di questo reato, richiedendo una natura incitante e la pericolosità dei messaggi puniti per giustificare l'intervento penale. Si è trattato indubbiamente di un "passo avanti", sulla scia della STC n. 235/2007 del 7 novembre 2007. Tuttavia, come ha messo in dubbio l'opinione dissenziente del giudice Xiol Ríos, il passo compiuto non era sufficiente e la maggioranza del Tribunale avrebbe dovuto effettuare una "ponderazione specifica del diritto alla libertà di espressione". Sarebbe stato auspicabile, a suo avviso, che "si fosse fatto uno sforzo maggiore per approfondire la determinazione degli elementi che devono essere presi in considerazione, da una prospettiva costituzionale, per valutare la necessità e la proporzionalità dell'ingerenza dell'intervento penale rispetto a questo tipo di condotta".

Successivamente, la STC n. 35/2020, del 25 febbraio, ha rivisto le motivazioni della condanna per verificare se i giudici avessero effettivamente preso in considerazione gli elementi di contesto che consentono di dimostrare l'esistenza di un pericolo reale e, quindi, di considerare le dichiarazioni come un vero e proprio incitamento. Allo stesso tempo, con questa sentenza, il Tribunale Costituzionale ha risposto a una giurisprudenza "ribelle" della Corte Suprema, come vedremo di seguito, che non ha recepito appieno la giurisprudenza costituzionale che richiedeva di accreditare la natura incitatoria di questo tipo di reato. Anche se, come si vedrà, il Tribunale Costituzionale avrebbe forse potuto essere ancora più incisivo su questo punto.

Questa ultima sentenza del Tribunale Costituzionale mantiene anche alcune delle ombre che oscuravano la precedente giurisprudenza costituzionale. In particolare, lo sforzo di limitare l'ingerenza penale attraverso questo giudizio di proporzionalità, in cui sono stati individuati dei criteri che guidano i giudici e lo stesso legislatore, fungendo da linee guida per definire i comportamenti che possono essere considerati penalmente illeciti, viene offuscato perché da una prospettiva costituzionale si tende a restringere il contenuto protetto dalla libertà. C'è quindi un rischio di "istituzionalizzazione" o "funzionalizzazione" della libertà. Ciò porta alla conclusione che i messaggi che non contribuiscono alla formazione dell'opinione pubblica possono essere esclusi dall'ambito di protezione della libertà. A nostro avviso, ciò è inaccettabile e comporta una concezione distorta della libertà di espressione che, in ultima analisi, porta a una certa incoerenza, se non a una vera e propria incongruenza, nella stessa giurisprudenza costituzionale. Inoltre, i canoni offerti dal Tribunale Costitu-

zionale dovrebbero essere più chiaramente delineati per richiedere un più solido giudizio di lesività nel giustificare sia l'esclusione della tutela dalla sfera protetta dalla libertà sia l'intervento penale. Vediamo nel dettaglio.

4.2. *I canoni dell'analisi costituzionale, proporzionalità e divieto di eccesso nella limitazione penale dell'esercizio della libertà di espressione*

Come abbiamo visto dalla sintesi della giurisprudenza costituzionale nella sezione precedente, il Tribunale Costituzionale ha individuato alcuni canoni o criteri generali che giustificano la limitazione della libertà di espressione in relazione ai discorsi estremi. In particolare, ha escluso dalla tutela le “espressioni diffamatorie, razziste o umilianti”⁴⁶. In generale, si assume che la libertà di espressione non comprenda il diritto all'insulto, inteso come espressioni “assolutamente vessatorie”, “offensive o ignominiose”⁴⁷, o come espressioni formalmente ingiuriose che non sono necessarie per l'esposizione; ma, nei casi di *hate speech*, un giudizio sull'intenzione e sul contenuto razzista o xenofobo dei messaggi è sufficiente per escluderli dalla tutela⁴⁸.

In secondo luogo, il Tribunale non ha nemmeno accettato che venga data protezione ai discorsi di apologia dei “boia” che portano all'umiliazione delle vittime⁴⁹.

In terzo luogo, il Tribunale Costituzionale ha mantenuto la sua giurisprudenza sulle minacce, escludendo dalla protezione i messaggi che “incorporano minacce o intimidazioni a cittadini o elettori”⁵⁰, anche se, nella sua applicazione ai messaggi che riconosce come discorsi di odio, la valutazione dell'effetto coercitivo reale che avrebbero presentato è stata totalmente diluita in valutazioni generiche dello scopo o del significato escludente del discorso⁵¹.

⁴⁶ STC n. 235/2007, 7 novembre, §5. Anche, cfr. SSTC n. 214/1991, 11 novembre, § 8; n. 176/1995, 11 dicembre, §5.

⁴⁷ Tra altri, cfr. STC n. 235/2007, 7 novembre, § 9.

⁴⁸ Così, sebbene nelle sue sentenze il Tribunale Costituzionale faccia riferimento in generale alla sua dottrina generale sul diritto all'ingiuria come limite, finisce per ammettere la punibilità di espressioni per il loro “carattere” razzista o xenofobo o per la loro “intenzione” quando sono finalizzate a sminuire o a generare sentimenti di ostilità nei confronti di determinati gruppi. Cfr. SSTC n. 214/1991, 11 novembre, § 8; n. 176/1995, 11 dicembre, § 5; n. 235/2007, 7 novembre, §§ 5-6. In senso critico, v. R. ALCÁCER GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, cit., pp. 16 ss.; e G.M. TERUEL LOZANO, *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera.*, cit., pp. 293 ss.

⁴⁹ Tra altri, cfr. STC n. 235/2007, 7 novembre, § 5, riprendendo la giurisprudenza della sua sentenza n. 176/1995, 11 dicembre, §5.

⁵⁰ STC n. 177/2015, 22 luglio, § 4, che riprende STC n. 136/1999, 20 luglio, §15.

⁵¹ STC n. 177/2015, 22 luglio, § 4.

Infine, in conformità alla giurisprudenza costituzionale, i discorsi che incitano a commettere alcuni reati particolarmente gravi non saranno protetti. Come abbiamo visto, il Tribunale ha distinto due casi: da un lato, tenendo conto della “speciale pericolosità” del male da prevenire⁵², ha giustificato la punizione di forme di incitamento indiretto a commettere crimini come il genocidio o il terrorismo, richiedendo una pericolosità generica e una debole idoneità come forma di incitamento⁵³. D'altra parte, ha anche concluso che i discorsi che sono una provocazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza non saranno coperti. In questi casi ha richiesto che tale condotta rappresenti “un pericolo certo di generare un clima di violenza e ostilità che può assumere la forma di specifici atti di discriminazione”⁵⁴.

Al di là dell'individuazione di questi canoni costituzionali, la giurisprudenza più recente, come detto, ha sottolineato anche la necessità di effettuare un'analisi particolare quando l'interferenza con la libertà si traduce in sanzioni penali. In questi casi, anche se la condotta non è considerata coperta dalla libertà di espressione secondo i canoni o i criteri sopra menzionati, si dovrà effettuare un'ulteriore valutazione, tenendo conto del principio del divieto di eccesso e del principio di proporzionalità, al fine di valutare la limitazione penale.

Inoltre, la lettura che il Tribunale Costituzionale ha dato di questi reati (in particolare i reati di negazionismo e di esaltazione del terrorismo) ha portato la Corte Suprema ad abbandonare la loro concezione come forme

⁵² STC n. 235/2007, 7 novembre, § 9, ripresa in STC n. 112/2016, 20 giugno, § 3.

⁵³ Così, nella STC n. 235/2007, 7 novembre, § 9, si è ritenuto legittimo punire penalmente questo tipo di comportamenti “anche quando non sono chiaramente idonei a istigare direttamente alla commissione di crimini contro il diritto delle nazioni come il genocidio, ma comportano un'istigazione indiretta ad esso o provocano indirettamente discriminazione, odio o violenza”. Più precisamente, nella STC n. 112/2016, 20 giugno, § 3, si afferma che la sanzione penale dell'*hate speech* richiede “una situazione di rischio per le persone o i diritti di terzi o per lo stesso sistema delle libertà”. Questo non deve essere interpretato come un requisito di pericolo concreto, ma piuttosto di un pericolo potenziale o ipotetico, come studieremo di seguito. Per un'analisi in relazione alla dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda A. VALERO HEREDIA, *Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 110, 2017, pp. 305-333; G.M. TERUEL LOZANO, *El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 27, 2017; e S. SOTTIAUX, ‘*Band Tendencies in the ECHR's 'Hate Speech' Jurisprudence*’, in *European Constitutional Law Review*, 7(1), 2011, pp. 40-63. Più cruda, invece, è stata la valutazione dell'evidente rischio per l'ordine pubblico del rogo dei ritratti del Re e della Regina in STC n. 177/2015, 22 luglio, § 5; tanto che, come si è detto, ha finito per dare luogo a una condanna da parte dello STEDH del 13 marzo 2018, caso di *Stern Taulats e Roura Capellera v. Spagna*, in cui è stato escluso che il rogo dei ritratti del Re e della Regina di Spagna fosse una violazione del diritto alla libertà di espressione. Spagna, dove è stato escluso che si sia verificata una situazione di rischio di questo tipo.

⁵⁴ STC n. 235/2007, 7 novembre 2007, § 9.

di pericolo astratto e a ridefinirli come tipologie di pericolo potenziale o ipotetico, come vedremo⁵⁵.

A questo proposito, come già indicato, in un primo momento è stata fondamentale la STC n. 235/2007, del 7 novembre. Ma poi ha avuto grande importanza la STC n. 112/2016, del 20 giugno, in cui il Tribunale Costituzionale ha richiesto per la punizione dell'esaltazione del terrorismo che vi sia "una situazione di rischio per le persone o per i diritti di terzi o per lo stesso sistema delle libertà" (§ 3). Ciò si specifica nell'obbligo per i giudici di provare che vi sia stata istigazione, anche indiretta, che comporta "il compimento di un'azione che *ex ante* implica alzare il rischio del verificarsi di tale condotta violenta". Pertanto, come sopra indicato, un pericolo ipotetico o potenziale di attitudine sarebbe sufficiente a giustificare l'intervento penale, ma si esclude la compatibilità della punizione con forme di pericolo meramente presunte. Pertanto, sarà legittimo punire le manifestazioni esaltanti se, alla luce delle circostanze specifiche e valutate *ex ante*, si può concludere che esse "creano un certo terreno di coltura, un'atmosfera o un ambiente sociale favorevole alle azioni terroristiche, preludio al reato stesso" (§ 6). Il problema di questa sentenza è che, come si è detto, il Tribunale ha fatto una valutazione molto superficiale delle circostanze che le hanno permesso di concludere l'esistenza di questo pericolo⁵⁶. In realtà, come già sottolineato, questa è stata la principale critica mossa dal giudice Xiol Ríos a questa sentenza nella sua opinione dissenziente. In particolare, questo giudice ha avvertito che sarebbe stato necessario valutare l'impatto della diffusione pubblica a seconda della natura della condotta, delle circostanze personali di chi la realizza, della maggiore o minore coincidenza temporale con gli atti terroristici o delle specifiche dichiarazioni rilasciate.

⁵⁵ Sui crimini d'odio, cfr. STS n. 259/2011, 12 aprile. In relazione al reato di esaltazione, analizzeremo di seguito le oscillazioni della giurisprudenza. Inizialmente, la Corte Suprema sosteneva che si trattasse di un reato di mera condotta che non richiedeva alcuna componente di incitamento, nonostante la STC n. 235/2007, 7 novembre. Ne sono un esempio le SSTs n. 481/2014, 3 giugno, o n. 224/2010, 3 marzo. Pertanto, come vedremo ora, si è dovuto attendere la STC n. 112/2016, 20 giugno, perché la giurisprudenza della Corte Suprema iniziasse a cambiare, leggendo il reato di esaltazione come una figura di pericolo potenziale o ipotetico. Cfr. STS n. 378/2017, 25 maggio. In senso analogo, si vedano le sentenze n. 560/2017, 13 luglio; n. 600/2017, 25 luglio, e n. 52/2018, 31 gennaio. In precedenza, questa lettura restrittiva del tipo penale era già stata avanzata in STS n. 354/2017, 17 maggio. Le SSTs n. 4/2017, 18 gennaio, e n. 706/2017, 27 ottobre, si sono allontanate da questa dottrina.

⁵⁶ In particolare, la STC n. 112/2016, 20 giugno, § 6: "si trattava di un atto pubblico, precedentemente pubblicizzato mediante manifesti affissi nelle strade, in un contesto in cui l'attività terroristica continuava a essere un problema sociale importante. È quindi indubbio che, per uno spettatore obiettivo, la condotta del ricorrente era idonea a contribuire a perpetuare una situazione di violenza".

Tanto che, dopo questa sentenza, come abbiamo detto, la giurisprudenza della Corte Suprema ha continuato a vacillare e i tre elementi desumibili dalla dottrina costituzionale stabilita nella STC n. 112/2016, del 20 giugno – dolo come elemento soggettivo del reato, natura istigatoria dell'azione tipica e provocazione di una situazione di rischio – sono stati accolti dalla Corte Suprema in modo molto diseguale, per non dire con pronunce contraddittorie, come ha approfondito G. Rollnert Liern⁵⁷. In particolare, la STS n. 31/2017, del 18 gennaio, ha rappresentato un vero e proprio atto di sfida dichiarando l'irrilevanza dell'istigazione, come richiesto dal Tribunale Costituzionale.

Ma la risposta del Tribunale Costituzionale a questa sentenza della Corte Suprema nel relativo ricorso di “amparo”, deliberato con STC n. 35/2020 del 25 febbraio, ha in parte colmato queste lacune, come abbiamo detto. In questa sentenza, il Tribunale Costituzionale ha confermato la rilettura di questo reato apologetico come una forma di apologia con istigazione in cui l'offensività è giustificata dalla sua pericolosità. Ma il Tribunale Costituzionale ha anche esaminato il ragionamento delle decisioni giudiziarie e ha concluso che, sebbene avessero preso in considerazione aspetti come il contenuto, la diffusione e gli effetti del messaggio, le argomentazioni fornite dai giudici erano state insufficienti e non avevano tenuto conto della dimensione istituzionale della libertà. In particolare, in un paragrafo centrale che riporto *in extenso*, ha affermato che:

La centralità del diritto alla libertà di espressione come regola materiale di identificazione del sistema democratico determina che non solo il risultato dell'atto comunicativo nei confronti di coloro che possono sentirsi lesi da esso, ma anche gli aspetti istituzionali che l'atto comunicativo comporta in relazione alla formazione della libera opinione pubblica e alla libera circolazione delle idee garantite dal pluralismo democratico, debbano essere necessariamente soppesati al fine di determinare l'ambito che deve essere riservato al dovere di tolleranza nell'esercizio dei diritti fondamentali e, di conseguenza, i limiti dell'intervento penale in materia. La decisione impugnata, omettendo qualsiasi argomentazione sul punto e *ri-fiutando espressamente la valutazione degli elementi intenzionali, circostanziali e contestuali e persino pragmatico-linguistici* che hanno presieduto alla diffusione dei messaggi oggetto dell'accusa, si sviluppa certamen-

⁵⁷ G. ROLLNERT LIERN, *El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de Derecho Político*, n. 109, 2020, pp. 191-227. Si vedano anche i miei lavori: *Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo*, in *Indret*, n. 3, 2018, in particolare pp. 8 ss.; e *Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 17, 2017.

te nell'ambito dell'interpretazione che spetta al giudice penale sull'ambito soggettivo della tipologia di oggetto dell'accusa, ma *trascura elementi che, date le circostanze, erano indispensabili nel bilanciamento preventivo che il giudice penale deve sviluppare* in termini di tutela della libertà di espressione come diritto fondamentale. (§ 5.b – corsivo mio –).

Dalla sua lettura si deduce che il giudice penale dovrà valutare non solo il messaggio e la sua interpretazione da parte di uno “spettatore oggettivo”, ma anche tutte le circostanze che circondano la commissione della condotta tipica per valutare se questa sia stata intenzionalmente diretta e costituisca oggettivamente un'istigazione indiretta che ha generato un pericolo reale per le persone o per lo stesso sistema delle libertà. In questo modo, come riconosce lo stesso Tribunale Costituzionale nel § 4.c, si avvicina all'analisi contestuale svolta dalla Corte di Strasburgo, nonostante questa dipenda a volte eccessivamente dal caso specifico senza chiare linee guida astratte⁵⁸. Un esame che, per bilanciare la necessità della restrizione in una società democratica, richiede di prendere in considerazione diversi elementi come “il maggiore o minore impatto della diffusione pubblica”, “le circostanze personali di chi pone in essere la condotta”, il fatto che la condotta “coincida temporalmente con atti terroristici” o che avvenga in un “contesto di violenza”, o il “contenuto delle specifiche dichiarazioni rese”. Questi elementi consentono di provare la pericolosità della condotta, anche se potenziale⁵⁹.

Dal punto di vista penale, se il contenuto ingiusto che costituisce il tipo di reato è la pericolosità della condotta, tutti questi elementi contestuali che servono a valutarla dovrebbero essere inclusi nei fatti accertati della sentenza.

Pertanto, possiamo concludere che la giurisprudenza costituzionale ha fatto progressi nel respingere la possibilità di punire come reato i discorsi

⁵⁸ A questo proposito, si veda la lettura critica di G. ROLLNERT LIERN, *El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 115, 2019, pp. 91 ss., segnalando che nel Consiglio di Europa “el estándar del discurso del odio punible es más impreciso y abierto, sin que la abundante jurisprudencia del TEDH haya delimitado definitivamente sus perfiles” (p. 102).

⁵⁹ A questo proposito, si veda Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI), *Raccomandazione generale n. 15 sulla lotta ai discorsi d'odio*, adottata l'8 dicembre 2015, § 16, in cui si osserva che la valutazione dell'esistenza o meno di un rischio in relazione ai discorsi d'odio richiede la considerazione del contesto, dello status del mittente, della natura del linguaggio utilizzato, del contesto dei commenti specifici, del mezzo utilizzato e della natura del pubblico. Parametri simili sono descritti in particolare anche nel Piano d'azione di Rabat sul divieto di incitare all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce un incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza”, allegato al Rapporto dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani (A/HRC/22/17/Add.4) dell'11 gennaio 2013.

puramente apologetici sulla base di una presunzione di pericolosità dovuta alla mera diffusione pubblica di un certo discorso estremo. Ora, questo tipo di apologia impropria può essere punita solo quando ha un intento istigatorio e oggettivamente questo carattere incitatorio è idoneo a generare un “pericolo certo”. Pericolosità che deve essere valutata in un giudizio *ex ante* e che deve essere giustificata nelle decisioni giudiziarie alla luce di tutta una serie di circostanze, che tengono conto non solo del messaggio ma anche di come è stato diffuso, dell’intenzionalità, del soggetto, del contesto... Una dottrina che dovrebbe essere applicata a tutti i reati di opinione che puniscono i discorsi estremi per il loro carattere provocatorio⁶⁰.

Tuttavia, allo stesso tempo, è anche necessario porre in evidenza, come è stato detto, l’insufficienza di questa giurisprudenza, nella misura in cui, a mio avviso, il Tribunale Costituzionale avrebbe dovuto adottare il canone della Corte Suprema americana del “*clear and present danger*”, che è stato ripreso in importanti strumenti che, pur essendo *soft law*, offrono una linea guida più sicura per dare solidità al giudizio di pericolosità. Questi strumenti sostengono il requisito dell’imminenza e della “ragionevole probabilità”⁶¹. Pericolosità che, inoltre, dovrebbe essere proiettata sul rischio che si verifichino atti criminali di violenza o discriminazione, e non sulla pura generazione di odio o su atti diffusi di ostilità.

5. Alcune conclusioni finali

Alla luce dell’analisi che abbiamo svolto nel corso del presente lavoro, si può concludere che la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale

⁶⁰ Pertanto, sebbene la sentenza sia precedente all’ultima della Corte costituzionale, è comunque riprovevole che la Corte Suprema abbia interpretato il reato di provocazione all’odio di cui all’art. 510.1.a c.p. come una figura di presunto pericolo nel contenuto odioso dei messaggi stessi (STS n. 72/2018, 9 febbraio).

⁶¹ A questo proposito, si veda in particolare il Piano d’azione di Rabat sulla proibizione della propaganda dell’odio nazionale, razziale o religioso che costituisce un incitamento alla discriminazione, all’ostilità o alla violenza, allegato al Rapporto dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani (A/HRC/22/17/Add.4) dell’11 gennaio 2013. Tra le varie raccomandazioni, il rapporto offre una serie di criteri di valutazione che i tribunali devono prendere in considerazione quando considerano le limitazioni alla libertà di espressione e, tra questi, la probabilità del rischio, compresa l’imminenza. In modo simile, cfr. Article 19, *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, Abril 2009, cit.: “un rischio imminente di discriminazione, ostilità o violenza contro persone” appartenenti a un gruppo vulnerabile. Anche i Principi di Johannesburg sulla sicurezza nazionale, la libertà di espressione e l’accesso all’informazione, adottati nel novembre 1996, richiedono una “connessione diretta e immediata tra l’espressione e la probabilità o il verificarsi di tale violenza”, nel caso in cui i messaggi rappresentino una minaccia alla sicurezza nazionale.

in relazione ai limiti della libertà di espressione di fronte a discorsi estremi presenta due pregi e un difetto. Il primo pregio è quello di aver riconosciuto la natura aperta del nostro sistema costituzionale e, di conseguenza, di aver dedotto il requisito del principio di lesività come presupposto per legittimare un limite alla libertà di espressione, escludendo da tale considerazione la pura discrepanza o contraddizione dovuta alle idee che si difendono. In questo senso, il Tribunale Costituzionale ha incorporato nella sua giurisprudenza il riconoscimento, da un lato, che “la mera circolazione pubblica di idee o dottrine” non può essere soggetta a controlli da parte delle autorità pubbliche⁶² (che in termini di dottrina americana sarebbe la “*advocacy of ideas*”) e, dall’altro, che non sarà legittimo escludere dalla tutela costituzionale le idee o le opinioni “contrarie all’essenza stessa della Costituzione”⁶³. Ciò esclude che il nostro sistema corrisponda a un “modello di ‘democrazia militante’”⁶⁴. Conclusioni che lo hanno portato, ad esempio, alla decisione un po’ “coraggiosa”⁶⁵ di dichiarare che la pura negazione o la messa in discussione dell’Olocausto e delle azioni naziste, per quanto riprovevoli, saranno protette dalla libertà di espressione⁶⁶. Come ha sottolineato R. Alcácer, seguendo Schauer e Bollinger, “si las democracias deben proteger la libertad de expresión no es porque no cause daños, sino pese a los daños que causa”⁶⁷. Da qui la necessità di valutare adeguatamente la offensività del discorso per giustificare la proscrizione.

Questo ha permesso al Tribunale, come seconda virtù, di stabilire una serie di linee guida sulla offensività per individuare i limiti alla libertà di espressione di fronte a questo tipo di discorso, come abbiamo visto. Inoltre, abbiamo evidenziato i progressi compiuti nel richiedere che la pericolosità della condotta sanzionata sia giustificata, tenendo conto di una serie di elementi contestuali.

La manchevolezza di questa giurisprudenza sarebbe quindi l’ampiezza di questi canoni, con un contenuto offensivo basato sull’intenzionalità o sui potenziali pericoli e, di conseguenza, nella loro concreta applicazione sulla base di presunzioni generiche e di una presunta idoneità senza alcun reale supporto fattuale⁶⁸. In definitiva, il Tribunale Costituzionale applica criteri più vicini al test del “*bad tendency*” che a quello del “*clear and*

⁶² STC n. 235/2007, del 7 novembre, §4.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, dottrina che ha mantenuto nelle sentenze successive.

⁶⁵ R. ALCÁCER GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, cit., p. 19.

⁶⁶ STC n. 214/1991, 11 novembre, § 8.

⁶⁷ R. ALCÁCER GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, cit., p. 15.

⁶⁸ A questo proposito, si vedano le forti opinioni dissenzienti della giudice Adela Asúa, con cui concorda il giudice Fernando Valdés, alla STC n. 177/2015, 22 luglio, e del giudice Juan Antonio Xiol, a questa stessa sentenza e alla STC n. 112/2016, 20 giugno.

present danger”⁶⁹. Così, nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale troviamo tracce di una chiara “funzionalizzazione” di questa libertà nei casi in cui ha privato della protezione i discorsi antidemocratici – classificati come discorsi d’odio – sottolineando che lo scopo della libertà di espressione è quello di “contribuire alla formazione di una libera opinione pubblica”⁷⁰. E si è notato come il Tribunale sia ricorso a una definizione di *hate speech* che cade in una valutazione “ipertrofica” della sua dannosità⁷¹ e che si estende in generale a qualsiasi discorso intollerante.

⁶⁹ Cfr. S. SOTTIAUX, *‘Band Tendencies’*, cit.

⁷⁰ Così, nella STC n. 177/2015, del 22 luglio, §4, sebbene il Tribunale abbia fatto riferimento al linguaggio odioso incorporato nei messaggi e alla loro ostilità, ha sottolineato che tale discorso non è coperto dalla libertà di espressione perché collabora con una “intolleranza escludente”, che non contribuisce alla formazione dell’opinione pubblica e che è incompatibile con il “sistema di valori della democrazia”. Anche nella STC n. 176/1995, dell’11 dicembre, si affermava che era evidente che il cartone animato sanzionato era “in aperta contraddizione con i principi di un sistema democratico di convivenza pacifica e riflette un chiaro disprezzo per i diritti fondamentali”, in contrasto con la protezione costituzionalmente richiesta dei bambini e dei giovani, e riconoscendo la moralità come limite alla libertà di espressione.

⁷¹ R. ALCÁ CER GUIRAO, *Opiniones constitucionales*, cit., p. 15.

L'impatto dell'emergenza pandemica negli Stati post-sovietici. *Ungheria e Romania quali casi di studio*

di Giacomo Giorgini Pignatiello

Sommario

1. Pandemia e libertà di espressione negli Stati post-sovietici: le ragioni di una ricerca. – 2. L'ipertrofia delle clausole emergenziali ungheresi. – 3. L'inefficacia di una Corte "catturata": la giurisprudenza costituzionale ungherese nel periodo pandemico. – 4. Libertà di espressione in Ungheria: alcuni dati al di là del Testo costituzionale. – 5. La disciplina normativa dell'emergenza in Romania. – 6. La giustizia costituzionale romana alla prova dell'emergenza pandemica. – 7. La libertà di espressione in Romania tra forma e sostanza. – 8. Il dato quantitativo: brevi osservazioni a margine dei principali indici sullo stato di diritto nel periodo dell'emergenza sanitaria. – 9. Quali lezioni sullo stato di diritto nell'emergenza pandemica dalle democrazie neo-militanti nell'Europa orientale?

1. *Pandemia e libertà di espressione negli Stati post-sovietici: le ragioni di una ricerca*

Gli ordinamenti giuridici aspirano all'eternità¹. Nella storia della civiltà giuridica occidentale, accade così che ciclicamente i poteri costituenti si trovano ad interrogarsi sui meccanismi istituzionali attraverso cui

¹ Non potendo affrontare compiutamente in questa sede un tema così ampio si rinvia sul punto a: M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, online.

garantire la ricomposizione di eventuali crisi costituzionali, in modo da assicurare la perenne continuità dell'ordine costituito.

A tal riguardo, agli inizi del '900, la dottrina politica², riprendendo le fila di costruzioni politico-costituzionali che rinvenivano i propri antecedenti nel diritto pubblico romano³, teorizzò l'idea dello stato di eccezione, concepito quale periodo di sospensione della norma, in cui una volontà politica assoluta è legittimata e tollerata dall'ordinamento stesso, in quanto tesa, in ultima istanza, a ripristinare la regola giuridica precedentemente messa in discussione. Lo stato di eccezione, secondo tale impostazione dogmatica, fuoriuscendo, anche solo temporaneamente, dal dominio del diritto entrerebbe nell'ambito della mera forza, determinando un vero e proprio "sfondamento" dell'ordine costituito⁴. La pericolosità di tale concezione per la tenuta dello Stato costituzionale democratico ha rinvenuto una sua piena concretizzazione storica nei primi decenni del '900 nella catastrofe che coinvolse la Repubblica di Weimar, dove l'abuso dei poteri emergenziali, lungi dal facilitare un ritorno alla regola, consentì, al contrario, la sovversione dell'ordinamento⁵.

Con la fine della Seconda guerra mondiale, pertanto, particolarmente sentito, il dibattito intorno alle garanzie poste a presidio della rigidità della Carta fondamentale ha riproposto il dilemma relativo alle formule istituzionali per il governo dell'emergenza attraverso cui preservare, in occasione di situazioni eccezionali in grado di minare l'ordine costituito, quel nucleo essenziale di principi, su cui si fonda l'identità costituzionale⁶ stessa di un determinato ordinamento giuridico.

Quanto ai fondamenti teorici dello stato di eccezione, la dottrina costi-

² C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 34 ss. Si vedano anche: C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero critico moderno*, Il Mulino, Bologna, 2010, in part. p. 134; E. REDAELLI, *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Noema*, 7(2), 2016, online.

³ Cfr. G. VALDITARA, *Il dictator tra emergenza e libertà*, Giappichelli, Torino, 2021; M. VARVARO, *Stato di eccezione e storia del diritto romano*, in R. SACCHI (a cura di), *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 97-120. Chiara la ricostruzione operata da: I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, pp. 109-112.

⁴ Sul punto cfr. O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, Stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2012, pp. 755-800.

⁵ Interessante il recente volume di: F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo contemporaneo e l'incubo di Weimar*, Wolters Kluwer, Milano, 2023. Per una riflessione più ampia sull'esperienza giuridica tedesca si rinvia invece a: P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁶ L. ALLEZARD, *Constitutional identity, identities and constitutionalism in Europe*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 63(1), 2022, pp. 58-77.

tuzionalistica si è mostrata sempre particolarmente divisa, stentando a trovare punti di incontro comuni⁷. Superando una visione manicheista del rapporto norma-eccezione, una corrente di pensiero ha così cominciato a proporre una concezione dell'emergenza intesa quale completamento dell'ordine costituito. Ciò comporta che: "Il diritto eccezionale ... è inteso come quel diritto *postulato* dagli stessi principi supremi del sistema giuridico talché quest'ultimo risulta *completato* dal diritto eccezionale medesimo"⁸. Lo stato di emergenza viene dunque a configurarsi quale modificazione temporanea del sistema di produzione normativa. Tra le due estremità rappresentate dallo stato di diritto e lo stato di eccezione, è stata così posta recentemente in luce l'esistenza di un variegato spettro di discipline costituzionali dell'emergenza, definite: "Stati di eccezione intermedia"⁹, che non determinano la rottura dell'ordine costituito, ma comportano, con gradazioni diverse (fenomeno giuridico "pluriregimentale"¹⁰), uno spostamento delle competenze e una limitazione delle regole generali, a difesa dell'ordinamento giuridico vigente.

Rispetto alla tutela delle libertà fondamentali negli stati di emergenza, la dottrina ha altresì posto in evidenza la problematicità dell'uso di termini vaghi, che può facilmente prestarsi ad abusi¹¹. L'imprevedibilità degli eventi emergenziali, infatti, costringe il potere costituente a ricorrere a formule estremamente generiche (ordine pubblico, salute pubblica, calamità naturali, ecc.). Se ciò, da una parte, è funzionale a conferire alla di-

⁷ Si ricordano anzitutto, sul punto, la tesi monista e quella dualista. Per quest'ultima, massimamente rappresentata dalle posizioni di Santi Romano, il potere emergenziale nasce da una fonte *extra ordinem*: la necessità. La necessità genera, infatti, il *potere-dovere* dello Stato di attivarsi per governare la situazione imprevista e straordinaria che si è generata. La necessità diviene così fonte del diritto e in particolare fonte sulla produzione. Secondo la teoria monista, invece, la fonte del potere emergenziale si radica nell'ordinamento giuridico pre-esistente e si presenta subito con gli attributi del potere derivato. È una *potestas* che si muove in continuità con l'architettura costituzionale nella quale si va ad inserire e che può sospenderla in parte e per un tempo definito, per consentirle di ritornare alla sua condizione iniziale: la regolarità istituzionale. Sul punto cfr. G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, in part. pp. 7-30; V. PIERGIGLI, *Potere e stato di emergenza*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 599-632.

⁸ E.A. IMPARATO, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Ed. Scient., Napoli, 2019, p. 88.

⁹ E.A. IMPARATO, *L'eccezione nella regola*, cit., pp. 102 ss. Per una innovativa sistematizzazione dei diversi stati di eccezione intermedia (nelle varianti debole, media e forte) si veda *Ibid.*, pp. 212 ss.

¹⁰ E.A. IMPARATO, *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, online.

¹¹ E.A. IMPARATO, *L'eccezione nella regola*, cit.

sciplina emergenziale quell'elasticità che serve per far fronte ad eventi *ex ante* indeterminabili, allo stesso tempo, si presta a possibili distorsioni, in grado di sovvertire l'ordine costituzionale.

Agli esordi del XXI secolo, la pandemia ha posto nuovamente sotto sforzo lo stato di diritto, tanto nella sua componente procedurale che sostanziale, essendo stato fortemente limitato, sia l'intervento delle assemblee elettive nel circuito della decisione politica, sia il godimento dei diritti fondamentali, da parte dei consociati. L'emergenza sanitaria ha avuto gioco facile per le sue caratteristiche epidemiologiche nel compromettere sia il funzionamento di organi collegiali, che necessitavano della contestuale compresenza di molteplici persone radunate nel medesimo luogo, sia libertà strettamente legate all'aumento dei contagi. Si pensi, in questo senso, alla libertà di circolazione sul territorio nazionale, alla libertà di riunione, di iniziativa economica privata, e così via. Sul punto, la dottrina costituzionalistica non ha esitato a reagire immediatamente proponendo le più disparate riflessioni in ordine al rapporto tra autorità e libertà nello stato di emergenza¹².

¹² Tra i numerosissimi contributi sul tema si segnalano senza alcuna pretesa di esautività: G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'"eccezione"*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, online; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirtifondamentali.it*, 1, 2020, pp. 561-565; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC, Oss. cost.*, 3, 2020, pp. 174-199; M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Quest. giust.*, 2, 2020, pp. 11-20; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Rivista AIC, Oss. cost.*, 3, 2020, pp. 142-173; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?: prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Rivista AIC, Oss. cost.*, 3, 2020, pp. 33-47; M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, pp. 31-52; G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, E-book, Consulta online, 2020; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatoriosullefonti*, n. spec., 2020, pp. 300-312; G.P. DOLSO, *Coronavirus: Nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2020, online; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, 1, 2020, pp. 192-196; A. FORMISANO, *Limiti e criticità dei sistemi costituzionali a fronte della emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, online; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 109-141; M. MALVICINI, T. PORTALUPI, A. MARTINENGO (a cura di), *Le parole della crisi. Le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19*, Ed. Scientifica, Napoli, 2020; F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Rivista AIC, Oss. cost.*, 3, 2020, pp. 253-271; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1, 2020, pp. 210-223; F. SORRENTINO, *A proposito dell'emergenza coronavirus*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 9 luglio 2020; I. NICOTRA, *Pandemia*

Minore attenzione è stata posta, invece, sulla tutela della libertà di espressione nel contesto pandemico. Posta la rilevanza per una democrazia della libertà di manifestazione del pensiero nella sfera pubblica, il tema assume particolare rilievo nella misura in cui la garanzia del dissenso, anche in fase di emergenza, rappresenta un anticorpo fondamentale rispetto a possibili deviazioni in senso autoritario di un dato ordinamento. La libertà di manifestazione del pensiero, oltre a rilevare quale diritto individuale della persona, presenta, infatti, una spiccata rilevanza sociale, nella misura in cui arricchisce il pluralismo delle idee e dunque fortifica l'essenza democratica di un sistema giuridico¹³.

Il tema è complicato dal fatto che la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero negli ultimi trent'anni ha conosciuto profondi mutamenti, dovuti soprattutto a due fenomeni: da una parte, la c.d. "globalizzazione", dall'altra, lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, con l'avvento dell'era del digitale¹⁴. La dirompenza di tali fenomeni nel XXI secolo ridisegna i contorni delle libertà e il loro rapporto con l'autorità, pubblica o privata (si pensi ad esempio alle piattaforme digitali), imponendo un ripensamento dei fondamenti dello Stato costituzionale contemporaneo¹⁵.

Sul piano normativo internazionale e regionale, tutti i Trattati esistenti in materia di diritti umani riconoscono indiscutibilmente la libertà di espressione, quale fondamento imprescindibile dello stato di diritto, concepandone allo stesso tempo la relatività e dunque, a ben precise condizioni, la derogabilità¹⁶. A tal proposito, sin dall'erompere della pandemia, molteplici istituzioni hanno assunto posizioni ferme in ordine al rapporto sussistente tra stato di emergenza e tutela delle libertà di espressione. Il Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, ad esempio, ha precisato che eventuali limitazioni alla libertà di espressione possono es-

costituzionale, Ed. Scientifica, Napoli, 2021; R. ROMBOLI, *La incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Revista Brasileira De Estudos Politicos*, 122, 2021, pp. 517-596; C. DELLA GIUSTINA, *Diritto dell'emergenza e ordinamento democratico: un'analisi di sistema delle emergenze globali tra decisioni politiche e tecniche*, Studium, Roma, 2022. In chiave comparata si segnala soprattutto per le conclusioni cui giungono: A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *Post-Pandemic Constitutionalism: COVID-19 as a Game-Changer for "Common Principles"?*, in *U. Pa. J. Int'l L.*, 44(4), 2023, pp. 815-905.

¹³ Sul punto in dottrina si veda l'ampia opera di: C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2013.

¹⁴ G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

¹⁵ T. GROPPI, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 3, 2020, pp. 675-683.

¹⁶ Sul punto cfr. F. PIZZETTI, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2014.

sere imposte, solo alla stregua dei principi di proporzionalità, temporaneità, necessità e senza che mai possano venir meno rimedi giurisdizionali effettivi posti a garanzia dei diritti fondamentali della persona¹⁷.

La Commissione Inter-Americana dei Diritti Umani già a partire dalla Risoluzione 1/2020, nel riconoscere l'importanza di approcci intersezionali alle diverse vulnerabilità esistenti nella società, ha ricordato che: "Anche nei casi più estremi ed eccezionali in cui la sospensione di determinati diritti può rendersi necessaria, il diritto internazionale stabilisce una serie di principi, quali quello di legalità, necessità, proporzionalità e tempestività, che sono volti ad impedire il ricorso a misure illegali, abusive, sproporzionate, che determinano violazioni dei diritti umani oppure minano la democrazia"¹⁸.

Il Consiglio d'Europa, dal canto suo, ha osservato che: "La libertà di espressione e di informazione e la libertà dei media sono fondamentali per il funzionamento di una società democratica e continuano ad esserlo in tempi di crisi. In particolare, in tempi emergenziali i media svolgono un ruolo chiave, associato a una maggiore responsabilità, nel fornire informazioni accurate e affidabili al pubblico, ma anche nel prevenire il panico e nel promuovere la comprensione e la cooperazione delle persone con le restrizioni necessarie"¹⁹, rilevando altresì che: "Le risposte più efficaci alla crisi hanno incluso una comunicazione trasparente da parte dei governi e la messa a disposizione del pubblico di informazioni credibili ... Divieti vaghi di «informazioni distorte» o istruzioni alle piattaforme di eliminare «informazioni che potrebbero creare panico» rischiano di essere controproducenti"²⁰. La Commissione di Venezia, in particolare, sin dall'inizio della pandemia, ha affermato che: "In un contesto di emergenza limitare la libertà di espressione priverebbe i cittadini di un controllo essenziale sui maggiori poteri di governo. La necessità di raccogliere, diffondere e discutere informazioni sulla minaccia (il virus) e di consentire dibattiti pubblici sulle legittime differenze di opinioni degli esperti, ad esempio sulle migliori strategie di contenimento, rafforza la necessità di un libero «mercato delle idee». Relazioni tecniche gratuitamente accessibili, accurate, equilibrate e tempestive su tutti gli aspetti della crisi non possono che aiutare il pubblico a decidere da solo e a monitorare

¹⁷ UN Human Rights Committee, General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), 31 August 2001, § 4, <https://undocs.org/CCPR/C/21/Rev.1/Add.11>.

¹⁸ Inter-American Commission on Human Rights, *Pandemic and Human Rights in the Americas*, Resolution 1/2020, p. 8.

¹⁹ Council of Europe, *Mitigating a global health crisis while maintaining freedom of expression and information*, p. 1.

²⁰ Ibid., p. 2.

le azioni del governo. Il giornalismo responsabile può contrastare le fake news che mirano a diffondere il panico”²¹.

In questi anni la pandemia ha agito quale vero e proprio stress test sulla tenuta delle democrazie costituzionali contemporanee. A debita distanza dagli esordi di un periodo tragico, appare fondamentale, dunque, interrogarsi sul ruolo esercitato dalla normativa sull'emergenza nella garanzia dello stato di diritto.

La comparazione giuridica risulta, in questi termini, uno strumento prezioso attraverso cui indagare le differenti risposte offerte dagli ordinamenti europei a fronte di un medesimo evento emergenziale in grado di destabilizzare lo stato di diritto ed in particolare la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. La comparazione assolve, pertanto, in questa sede ad una intrinseca funzione critica²², volta a stimolare la riflessione sull'effettività della libertà di espressione durante il periodo emergenziale pandemico negli Stati membri dell'Unione europea.

Quanto alla selezione dei casi di studio, si è scelto di concentrare la presente analisi nell'area dei Paesi cc.dd. post-sovietici. Questi ultimi, in particolare, hanno più recentemente aderito all'Unione europea ed in particolare ai principi fondamentali espressi nei Trattati istitutivi, tra cui si rinviene all'art. 2 TUE anche lo stato di diritto²³. Tali ordinamenti condividono con l'Italia e gli altri Stati membri un percorso di integrazione politica e costituzionale unico al mondo, quello appunto europeo. Allo stesso tempo, le esperienze giuridiche dell'Europa orientale risultano tra i Paesi maggiormente investiti da fenomeni di regressione democratica. Approfondire, dunque, l'impatto dell'emergenza pandemica sulla libertà di espressione in tali sistemi giuridici pare interessante per comprendere meglio il rapporto che sussiste tra stato di emergenza ed erosione dello stato di diritto.

Negli ordinamenti dell'Europa orientale, infatti, la disciplina giuridica dell'emergenza ha progressivamente consentito l'accentramento del potere politico nelle mani di una ristretta élite, unitamente all'erosione

²¹ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report “*Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law During States of Emergency: Reflections*”, Study N° 987/2020, CDL-AD(2020)014, Strasbourg, 19 June 2020, § 50.

²² G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2019, in part. pp. 17-36.

²³ Nell'ampia letteratura sull'art. 2 TUE si segnalano: M. KLAMERT, D. KOCHENOV, *Article 2 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 22-30; W. SCHROEDER, *The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply?*, in A. VON BODANDY et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Springer, Cham, 2021, pp. 105-126; J. SCHOLTES, *Constitutionalising the end of history? Pitfalls of a non-regression principle for Article 2 TEU*, in *European Constitutional Law Review*, 19(1), 2023, pp. 59-87.

dello stato di diritto e delle garanzie costituzionali, previste dalle rispettive Carte fondamentali. L'osservazione della degradazione costituzionale sperimentata negli ultimi dieci anni da tali esperienze giuridiche contribuisce in parte a sconfessare nell'ambito del dibattito dottrinale contemporaneo la bontà delle cc.dd. teorie neo-schmittiane²⁴. Queste ultime, in particolare, acquisita forza in seguito alla stagione dello stragismo terroristico internazionale, emblematicamente individuato a partire dagli attentati dell'11 settembre 2001, predicano l'opportunità di instaurare governi svincolati dai limiti previsti dai Testi costituzionali, segnando un vero e proprio ritorno alla teoria della volontà politica assoluta – con una neutralizzazione dei cc.dd. *checks and balances* –, per fronteggiare le crisi che possono verificarsi in un determinato ordinamento giuridico.

Molti degli ordinamenti post-sovietici rientrano nell'ambito di quelle che vengono definite “democrazie neo-militanti”²⁵. In tali ordinamenti, le minoranze sono dipinte nel discorso politico pubblico alla stregua di nemici dell'ordine democratico e dunque emarginate, discriminate finanche perseguitate. Il pluralismo sociale e politico subisce un continuo processo di smantellamento, proprio in nome di quei principi a cui dovrebbe ispirarsi lo stato di diritto²⁶. Si è parlato, a tal riguardo, di “*abusive constitutionalism*”²⁷, proprio per descrivere l'uso perverso che viene fatto in detti sistemi giuridici degli istituti posti a tutela dello Stato costituzionale per erodere, in realtà, i principi fondamentali delle democrazie costituzionali al fine di instaurare regimi autoritari.

Esaurito il percorso per l'ingresso nell'Unione europea e i benefici derivanti dalle condizionalità economiche, attraverso le quali si è tentato un

²⁴ Sul punto massimamente si vedano: E.A. POSNER, A. VERMEULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, New York, 2007; E.A. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, New York, 2010.

²⁵ Sul punto rilevante il quadro dogmatico dei Paesi post-sovietici disegnato da: A. BIEN'-KACALA, *Neo-militant democracies under siege in post-communist Europe: Constitutional law perspective*, in J. RAK, R. BÄCKER (eds.), *Neo-militant Democracies in Post-communist Member States of the European Union*, Routledge Taylor & Francis Group, Abingdon, Oxon, 2022, pp. 199-218.

²⁶ “Le democrazie neo-militanti utilizzano oggi la stessa gamma di azioni politiche che avrebbe dovuto utilizzare la Germania di Weimar per difendersi dai nemici politici. Tuttavia, con la de-democratizzazione in corso nell'Europa centrale e orientale dopo la crisi economica del 2008 e in seguito all'adesione all'UE, molte ex democrazie liberali si sono trasformate in democrazie quasi-militanti, cioè in ordinamenti non democratici, che limitano le manifestazioni politiche o censurano le dichiarazioni sui social media, con l'obiettivo di difendersi dagli avversari politici democratici e dalle legittime contestazioni democratiche”, così: D. DRAGOMAN, *Quasi-militant democracy in Romania: limiting contention by legal means*, in J. RAK, R. BÄCKER (eds.), *Neo-militant Democracies*, cit., p. 116.

²⁷ D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis Law Review*, 47(1), 2013, pp. 189-260.

trapianto delle strutture fondamentali dello stato di diritto (cc.dd. criteri di *Copenhagen*)²⁸, le élites politiche poste al governo di molti degli ordinamenti dell'Europa orientale hanno incominciato ad intraprendere condotte di vero e proprio "bullismo costituzionale" nei confronti di opposizioni e minoranze²⁹, contestualmente ad un progressivo svuotamento degli istituti di garanzia posti a tutela della rigidità costituzionale e ad un accentramento del potere nella sfera di influenza di pochi individui.

Ungheria e Romania rappresentano in un'ideale scala graduata, relativa al livello di compressione dei principi dello stato di diritto, l'alfa e l'omega delle democrazie neo-militanti nell'ambito dei Paesi dell'Unione europea. Rappresentano, dunque, due veri e propri prototipi³⁰. In quanto espressione di due realtà politico-costituzionali diverse, è parso interessante comprendere quale impatto abbia avuto l'emergenza pandemica sulla compressione della libertà di espressione in Paesi in cui era già in corso, in misura più o meno ampia, un processo di erosione delle garanzie costituzionali.

2. *L'ipertrofia delle clausole emergenziali ungheresi*

Per quanto riguarda la disciplina costituzionale dell'emergenza, l'Ungheria è stata definita quale ordinamento: "In un permanente stato di eccezione abusivo"³¹. Tale giudizio deriva dalla manipolazione a fini autoritari del regime costituzionale dell'emergenza, attraverso il quale nel tempo il Governo ha sempre più svuotato le garanzie costituzionali e accentrato il potere, erodendo dunque lo stato di diritto. La disciplina costituzionale dell'emergenza in Ungheria è ipertrofica e ha subito negli ultimi dieci anni molteplici modifiche radicali.

Dal punto di vista storico-politico, uno dei momenti più significativi nella svolta autoritaria del sistema giuridico ungherese è rappresentato proprio dalla crisi economico-finanziaria, che tra gli anni 2008 e 2012, ha coinvolto tutto il mondo. Le politiche restrittive (c.d. *austerity*) adottate in

²⁸ D. DUDLEY, *European Union membership conditionality: the Copenhagen criteria and the quality of democracy*, in *Southeast European and Black Sea Studies*, 20(4), 2020, pp. 525-545.

²⁹ Parla di bullismo istituzionale: V. GANEV, *Post-Accession Hooliganism: Democratic Governance in Bulgaria and Romania after 2007*, in *East European Politics and Societies Cultures*, 27(1), 2013, pp. 26-44.

³⁰ Secondo la metodologia indicata da: R. HIRSCHL, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 53(1), 2005, pp. 125-155.

³¹ G. MÉSZÁROS, *Rule Without Law in Hungary: The Decade of Abusive Permanent State of Exception*, Working Paper, MWP 2022/01, European University Institute, Firenze, 2022, p. 2.

tale periodo storico e il generale impoverimento della società ungherese, non diversamente da quanto avvenuto in altri Paesi europei, hanno generato profondi sentimenti nazionalisti antieuropeisti. Così in Ungheria nel 2010 è stato rieletto, per la seconda volta, primo ministro, Viktor Mihály Orbán, presidente del partito conservatore Fidesz.

Nel 2011, in particolare, la forte maggioranza parlamentare rappresentata dalla coalizione di Fidesz (Fidesz – Magyar Polgári Szövetség) e Partito Popolare Cristiano Democratico (Kereszténydemokrata Néppárt – KDNP, con orientamento sempre conservatore) ha dato vita ad una nuova Legge fondamentale ungherese (Magyarország Alaptörvénye), che, entrata in vigore nel 2012, ha previsto rispetto alla disciplina delle emergenze una sezione *ad hoc*, rubricata “Ordinamento giuridico speciale” (art. 48 ss. Legge fondamentale ungherese, d’ora in poi L.F.). Gli stati di emergenza inizialmente previsti dalla Costituzione ungherese erano ben sei: 1) stato di crisi nazionale³²; 2) stato di emergenza³³; 3) stato di difesa preventiva³⁴; 4) stato di invasione imprevista³⁵; 5) stato di pericolo³⁶; 6) stato di emergenza in risposta ad attacchi terroristici³⁷. All’art. 54 era poi

³² Il Parlamento dichiara lo stato di crisi nazionale e istituisce un Consiglio di difesa nazionale in caso di dichiarazione dello stato di guerra o di pericolo immediato di intrusione armata da parte di una potenza straniera (pericolo di guerra) (art. 48, comma 1, lett. a), L.F.).

³³ Il Parlamento dichiara lo stato di emergenza in caso di azioni armate volte a minare l’ordine pubblico o a prendere il controllo esclusivo del potere, o in caso di gravi atti di violenza commessi con la forza delle armi o da gruppi armati che mettano gravemente in pericolo la vita e la proprietà dei cittadini su scala di massa (art. 48, comma 1, lett. b), L.F.).

³⁴ In caso di minaccia imminente di invasione armata o se ritenuto necessario in relazione all’impegno del Paese nell’ambito di un Trattato di alleanza, il Parlamento dichiara lo stato di difesa preventiva e contemporaneamente autorizza il Governo a introdurre le misure di emergenza specificate in un atto di esecuzione. La durata dello stato di difesa preventiva può essere estesa (art. 51, comma 1, L.F.).

³⁵ Nel caso in cui il territorio ungherese sia soggetto ad un’invasione imprevista da parte di unità armate straniere, il Governo prenderà provvedimenti immediati, in conformità con il piano di difesa approvato dal Presidente della Repubblica, utilizzando forze commisurate alla gravità dell’attacco e che siano equipaggiate per tale fine, prima della dichiarazione di uno stato di emergenza o di uno stato di crisi nazionale, al fine di respingere tale attacco, di difendere l’integrità territoriale del Paese con le forze aeree e di difesa aerea attiva delle forze armate ungheresi e alleate, di mantenere l’ordine pubblico e proteggere la sicurezza della vita e della proprietà dei cittadini, di proteggere l’ordine pubblico e la sicurezza pubblica (art. 52, comma 1, L.F.).

³⁶ In caso di catastrofe naturale o industriale che metta in pericolo vite umane e la proprietà, o al fine di mitigarne le conseguenze, il Governo dichiara lo stato di pericolo e può introdurre misure di emergenza definite in un atto di esecuzione (art. 53, comma 1, L.F.).

³⁷ Art. 51/A, comma 1, L.F. “Il Parlamento, su iniziativa del Governo, può proclamare una situazione di minaccia terroristica per un certo periodo di tempo in caso di minaccia terroristica significativa e imminente o in caso di attacco terroristico, e autorizza il Governo a introdurre alcune misure straordinarie definite nella legge organica. La durata della situazione di minaccia terroristica può essere estesa”.

prevista una disciplina comune per tutte le ipotesi di ordinamento giuridico speciale³⁸. Si trattava, dunque, di una disciplina alquanto complessa e dettagliata, che in teoria avrebbe dovuto prevedere le diverse tipologie di emergenza che potevano profilarsi e dunque evitare più efficacemente possibili deviazioni autoritarie.

La dottrina, tuttavia, ha segnalato palesi abusi della disciplina costituzionale dell'emergenza in Ungheria già a partire dalla crisi migratoria del 2015, a fronte della quale è stato appunto dichiarato lo stato di emergenza³⁹.

Nel corso della seconda ondata pandemica, nell'autunno 2020, la disciplina costituzionale dell'emergenza ha subito una nuova modifica, attraverso l'approvazione del IX emendamento alla Costituzione (entrato in vigore il 1° novembre 2022), col quale gli stati di emergenza sono stati ridotti a tre. Tutti e tre rientrano nell'ambito di quello che viene definito "ordinamento giuridico speciale". Attualmente, sono previsti nella L.F. ungherese: 1) lo stato di guerra – in cui sono confluiti gli stati di cui ai precedenti nn. 1), 3), 4) –⁴⁰; 2) lo stato di emergenza⁴¹; 3) e lo stato di peri-

³⁸ Art. 54 L.F., rubricato "Norme comuni agli ordinamenti giuridici speciali": (1) Nell'ambito di un ordinamento giuridico speciale, l'esercizio dei diritti fondamentali – ad eccezione dei diritti fondamentali previsti dagli artt. II e III e dall'art. XXVIII, §§ da 2 a 6 – può essere sospeso o può essere limitato, al di là della misura specificata nell'art. 1, § 3. (2) Nell'ambito di un ordinamento giuridico speciale, l'applicazione della Legge fondamentale non può essere sospesa e il funzionamento della Corte costituzionale non può essere limitato. (3) Un ordinamento giuridico speciale è revocato dall'organo autorizzato a introdurlo se non sussistono più le condizioni per la sua dichiarazione. (4) Le norme dettagliate da applicare nell'ambito di un ordinamento giuridico speciale sono stabilite con legge organica.

³⁹ Stato di emergenza migratoria, dichiarata con decreto del governo n. 41/2016, a partire dal 9 marzo 2016.

⁴⁰ L'art. 49 L.F. disciplina lo stato di guerra (*hadiállapot*) che combina gli elementi del precedente "stato di crisi nazionale" (*rendkívüli állapot*) e dello "stato di difesa preventiva" (*megelőző védelmi helyzet*), come definiti nella precedente versione della Legge fondamentale, e allo stesso tempo, oltre agli scenari di ordine giuridico speciale di tipo militare, introduce anche uno scenario volto ad affrontare minacce non armate che mettono in pericolo la sovranità dell'Ungheria e che possono quindi essere considerate di gravità simile a quella di un attacco armato.

Art. 49 L.F., rubricato "stato di guerra": (1) In caso di: a) dichiarazione di guerra o pericolo di guerra, b) di un attacco armato esterno, di un atto avente un impatto equivalente a un attacco armato esterno o di un pericolo imminente di uno dei due, oppure c) l'adempimento di un obbligo di difesa collettiva derivante da un'alleanza, l'Assemblea nazionale può dichiarare lo stato di guerra. (2) Per la dichiarazione dello stato di guerra sono necessari i voti di due terzi dei membri dell'Assemblea nazionale. (3) Durante il periodo dello stato di guerra, il Governo eserciterà i poteri delegatigli dall'Assemblea nazionale e deciderà in merito all'impiego delle Forze di difesa ungheresi all'estero o all'interno dell'Ungheria, alla loro partecipazione al mantenimento della pace, alla loro attività umanitaria in un'area operativa straniera o alla loro permanenza all'estero, nonché all'impiego di forze armate straniere in Ungheria o in partenza dal territorio ungherese o alla loro permanenza in Ungheria.

⁴¹ Art. 50, L.F., rubricato "stato di emergenza": (1) In caso di: a) un atto volto a rove-

colo⁴². Agli artt. 52 e 53 viene altresì prevista una disciplina comune per tutti gli stati che fanno dell'ordinamento giuridico speciale⁴³. Il IX emendamento ha profondamente inciso sulla configurazione dei pesi e contrappesi dei poteri dello Stato in Ungheria, accentrando ancora di più ne-

sciare o sovvertire l'ordine costituzionale o ad acquisire esclusivamente il potere, o b) di un grave atto illegale che metta gravemente in pericolo la vita e la proprietà, l'Assemblea nazionale può dichiarare lo stato di emergenza. (2) Per dichiarare lo stato di emergenza è necessario il voto di due terzi dei membri dell'Assemblea nazionale. (3) Lo stato di emergenza può essere dichiarato per trenta giorni. L'Assemblea nazionale può, con il voto di due terzi dei membri dell'Assemblea nazionale, prorogare lo stato d'emergenza di trenta giorni, a condizione che la circostanza che ha motivato la dichiarazione dello stato d'emergenza continui a sussistere.

⁴² Art. 51 L.F., rubricato "stato di pericolo": (1) In caso di grave incidente che metta in pericolo la vita e la proprietà, in particolare una catastrofe naturale o un incidente industriale, e al fine di eliminarne le conseguenze, il Governo può dichiarare lo stato di pericolo. (2) Lo stato di pericolo può essere dichiarato per trenta giorni. (3) Il Governo può, su autorizzazione dell'Assemblea nazionale, prorogare lo stato di pericolo, a condizione che la circostanza che ha motivato la dichiarazione dello stato di pericolo continui a sussistere. (4) L'Assemblea nazionale decide sull'autorizzazione di cui al § (3) con i voti dei due terzi dei membri dell'Assemblea nazionale.

⁴³ Art. 52 L.F.: (1) Durante il periodo in cui vige l'ordinamento giuridico speciale, l'applicazione della Legge fondamentale non può essere sospesa. (2) Durante il periodo di ordinamento giuridico speciale, l'esercizio dei diritti fondamentali, ad eccezione dei diritti fondamentali previsti dagli artt. II e III e dall'art. XXVIII, §§ da 2 a 6, può essere sospeso o può essere limitato oltre la misura specificata nell'art. I, § 3. (3) Durante il periodo in cui vige l'ordinamento speciale, il Governo è tenuto a prendere ogni misura che garantisca il funzionamento continuo dell'Assemblea nazionale. (4) Durante il periodo di vigenza dell'ordinamento giuridico speciale, il funzionamento della Corte costituzionale non può essere limitato. (5) Le norme dettagliate da applicare durante il periodo di vigenza dell'ordinamento giuridico speciale saranno stabilite in una legge organica.

Art. 53 L.F.: (1) Durante il periodo di vigenza dell'ordinamento giuridico speciale, il Governo può adottare decreti mediante i quali può, come previsto da una legge organica, sospendere l'applicazione di alcune leggi, derogare alle disposizioni di legge e adottare altre misure straordinarie. (2) Il Governo informerà costantemente il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'Assemblea nazionale e la commissione permanente dell'Assemblea nazionale investita delle funzioni e dei poteri pertinenti in merito a qualsiasi decreto adottato durante il periodo e in conformità alle norme relative all'ordinamento giuridico speciale. (3) L'Assemblea nazionale può abrogare un decreto adottato dal Governo durante il periodo di vigenza dell'ordinamento giuridico speciale e in conformità alle relative norme. Il Governo non può adottare nuovamente un decreto abrogato con un contenuto identico, a meno che ciò non sia giustificato da un cambiamento sostanziale delle circostanze. Il Governo informerà senza indugio il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'Assemblea nazionale e la commissione permanente dell'Assemblea nazionale investita delle funzioni e dei poteri pertinenti, in merito a qualsiasi decreto così adottato e alle ragioni della sua adozione. (4) L'organo abilitato a dichiarare l'ordinamento giuridico speciale lo revoca se non sussistono più le condizioni per la sua dichiarazione. (5) Qualsiasi decreto adottato dal Governo durante il periodo di vigenza dell'ordinamento giuridico speciale e in conformità con le norme ad esso relative sarà abrogato al termine del periodo di vigenza dell'ordinamento giuridico speciale.

gli stati emergenziali la preminenza del Governo, come risulta evidente dall'abolizione del Consiglio di Difesa e dalla rimozione delle prerogative del Presidente della Repubblica di emanare decreti.

Nel maggio 2022, è stato approvato il X emendamento alla L.F., col quale è stato ulteriormente esteso il concetto di stato di pericolo. Lo stato di pericolo può essere dichiarato anche: "In caso di conflitto armato, di situazione di guerra o di catastrofe umanitaria in un paese limitrofo, o di un grave incidente che metta in pericolo la vita e i beni [dei cittadini]"⁴⁴.

Dall'avvento dell'emergenza sanitaria, nel 2020, il Governo ungherese ha emanato tre decreti con i quali è stato dichiarato lo stato di pericolo e un decreto col quale è stato dichiarato lo stato di emergenza sanitaria⁴⁵. Il Parlamento ha adottato sei leggi di autorizzazione, attraverso cui sono stati progressivamente prorogati ed estesi i poteri del Governo in carica⁴⁶.

Ciò ha dato vita ad una protrazione nel tempo di discipline ampiamente derogatorie dello stato di diritto, le quali, unitamente a molteplici altre riforme con le quali è stato sostanzialmente sovvertito l'ordinamento costituzionale ungherese, hanno consentito l'avanzamento di un subdolo processo di erosione della democrazia. In Ungheria la disciplina costituzionale dell'emergenza ha indubbiamente agevolato una deriva autoritaria, già da diversi decenni in corso d'opera nell'ordinamento post-sovietico⁴⁷.

Lo scoppio della guerra in Ucraina ha da ultimo rappresentato l'ulteriore occasione per il governo di Orbán di mantenere un regime derogatorio allo stato di diritto, attraverso la dichiarazione nel 2022 di un nuovo stato di pericolo⁴⁸.

⁴⁴ Art. 3, X emendamento alla L.F. ungherese.

⁴⁵ Per una efficace ricostruzione dei singoli provvedimenti normative adottati cfr. G. MÉSZÁROS, *Rule Without Law in Hungary: The Decade of Abusive Permanent State of Exception*, Working Paper, MWP 2022/01, European University Institute, Firenze, 2022, *online*.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Sul punto interessante in letteratura dal punto di vista politologico l'accurata analisi compiuta da: L. RULLO, *Il virus autocratico nell'Ungheria delle emergenze*, in F. MUSELLA (a cura di), *L'emergenza democratica. Presidenti, decreti, crisi pandemica*, Ed. Scientifica, Napoli, 2020, pp. 167-198.

⁴⁸ Decreto governativo 180/2022 sulla dichiarazione dello stato di pericolo a causa del conflitto armato e della catastrofe umanitaria nel territorio dell'Ucraina.

3. *L'inefficacia di una Corte "catturata": la giurisprudenza costituzionale ungherese nel periodo pandemico*

L'emergenza pandemica è stata la prima occasione per la Corte costituzionale ungherese per pronunciarsi sull'ordinamento giuridico speciale dal tempo della transizione democratica dell'Ungheria avvenuta negli anni '90 del secolo scorso⁴⁹.

La Corte costituzionale ungherese nel periodo pandemico si è sempre dimostrata profondamente deferente nei confronti dell'esecutivo. Ormai catturata dal potere politico⁵⁰, in molte occasioni si è espressa con grande ritardo, approfittando dello spirare dei termini di efficacia delle molteplici misure pandemiche adottate, per poter dichiarare l'invalidità della questione, avendo l'atto normativo viziato già perso la propria efficacia. In altri casi, la Corte si è espressa per la legittimità dei provvedimenti del Governo. Non si è mai occupata della limitazione della libertà di espressione nella vigenza del regime emergenziale.

La decisione più rilevante, emanata in relazione al grado di limitazione delle libertà fondamentali nell'ordinamento giuridico speciale, rimane la sentenza n. 15/2021⁵¹. Il tema affrontato dalla Corte riguarda l'accesso pubblico a dati sensibili in possesso del Governo sull'andamento epidemiologico ed in particolare il bilanciamento tra il principio di trasparenza, da una parte, e la sicurezza e la sanità pubblica, dall'altra. Il Governo, in particolare, differiva l'ostensione al pubblico (a fronte della richiesta di un parlamentare ungherese) di dati ritenuti sensibili, sulla scorta dell'argomentazione per cui, potendo l'immediata divulgazione degli stessi compromettere la lotta contro la pandemia, la prevalenza del principio di trasparenza vanificherebbe il superiore interesse perseguito attraverso l'instaurazione del regime giuridico speciale, vale a dire la tutela della vita dei consociati. La proroga del termine per rilasciare le informazioni richieste sarebbe, dunque, giustificata, necessaria e non sproporzionata.

Di fronte al diniego opposto dal Governo, l'istante, in qualità di membro del Parlamento, adiva la Corte costituzionale. Lamentava, in particolare, l'incostituzionalità della disciplina derogatoria emergenziale, instau-

⁴⁹ Per una disamina puntuale della giurisprudenza costituzionale ungherese sulla limitazione delle libertà fondamentali nella vigenza dell'ordinamento giuridico speciale si veda in particolare l'accurata ricostruzione operata da: C. ERDŐS, F. TANÁCS-MANDÁK, *The Hungarian Constitutional Court's practice on restrictions of fundamental rights during the special legal order (2020-2023)*, in *European Politics and Society*, 25(3), 2024, pp. 556-573.

⁵⁰ G. HALMAI, *Dismantling Constitutional Review in Hungary*, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2019, pp. 31-47.

⁵¹ Corte costituzionale ungherese, sent. n. 15/2021.

rata con apposito decreto governativo⁵², che elevava a 45 giorni il termine entro il quale le amministrazioni erano tenute a fornire risposta all'istanza di accesso ai documenti pubblici (anziché i 15 giorni previsti in tempi ordinari dalla Legge sulla libertà di informazione⁵³) e in ogni caso l'illegittimità del diniego opposto, in quanto sproporzionato e immotivato.

La Corte costituzionale ungherese ha stabilito che il diritto di accesso ai dati di interesse pubblico non è violato dalla proroga del termine di risposta, a condizione che quest'ultima sia effettivamente necessaria per combattere la pandemia. La proroga è, tuttavia, legittima solo se il titolare del trattamento dei dati non si limita a invocare lo stato di pericolo in termini generici, ma dimostra effettivamente che se avesse adempiuto al dovere di risposta entro il termine stabilito dalla legge sul diritto all'autodeterminazione informativa avrebbe messo, con tutta probabilità, a repentaglio gli sforzi per il contenimento dei contagi. La dimostrazione del requisito della probabilità, ha continuato la Corte, non può consistere in un mero riferimento generico alla pandemia, ma deve indicare concretamente il bene costituzionalmente rilevante e il servizio pubblico che potrebbero risultare compromessi. Il Giudice delle leggi ungherese ha dunque stabilito che, se il termine fissato nel decreto governativo non viene rispettato, il responsabile del trattamento deve motivare per iscritto le ragioni specifiche che rendono probabile che il soddisfacimento della richiesta di dati entro il termine previsto dalla legge sulla libertà di informazione comprometterebbe l'adempimento delle sue funzioni pubbliche in relazione allo stato di pericolo.

4. Libertà di espressione in Ungheria: alcuni dati al di là del Testo costituzionale

La Costituzione ungherese all'art. IX protegge la libertà di espressione e di stampa⁵⁴. La peculiarità dei processi di erosione democratica, di cui l'Ungheria rappresenta uno dei casi più noti⁵⁵, si contraddistingue proprio

⁵² Decreto governativo 4 maggio 2020, n. 179/2020.

⁵³ L. n. CXII/2011 sul Diritto all'autodeterminazione informativa e la libertà di informazione.

⁵⁴ Art. IX L.F.: (1) Ogni persona ha il diritto di esprimere la propria opinione. (2). L'Ungheria riconosce e difende la libertà e la diversità della stampa e garantisce le condizioni per la libera diffusione delle informazioni necessarie alla formazione di un'opinione pubblica democratica. (3) Le regole dettagliate per la libertà della stampa e l'organo di supervisione dei servizi radiotelevisivi, dei prodotti della stampa e del mercato delle telecomunicazioni sono regolate con legge organica.

⁵⁵ A.L. PAP, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2019.

per la capacità delle élites politiche al governo di sovvertire *de facto* i principi fondamentali del costituzionalismo, lasciando inalterato il testo della Carta fondamentale.

Nell'ambito della regolamentazione delle telecomunicazioni, le leggi adottate dal Parlamento ungherese a partire dal 2010 hanno progressivamente contribuito a smantellare lo stato di diritto in Ungheria⁵⁶. Nel 2010 sono state istituite l'Autorità Nazionale dei Media e delle Comunicazioni e il Consiglio dei Media⁵⁷. L'Autorità gode di numerosi poteri. Tra questi, in particolare, vi sono quello di imporre la cessazione di condotte ritenute illegali, emanare sanzioni fino a 63.500 euro e pubblicare i provvedimenti sanzionatori assunti⁵⁸. In un contesto di "cattura" degli organi di garanzia, i poteri di cui godono tali istituzioni si prestano a servire interessi di regime e a soffocare il pluralismo dei media. Nel 2012, infatti, il governo di Orbán ha destituito ante tempo il Commissario preposto all'Autorità per la protezione dei dati e la libertà dell'informazione, in quanto non gradito⁵⁹.

Dall'ultimo Report pubblicato dal *Centre for Media Pluralism and Media Freedom* dell'Istituto Universitario Europeo in Ungheria risulta un vero e proprio monopolio dei media in capo al Governo e a soggetti vicino al Governo. Sul punto è stato osservato che dall'avvento di Orbán nel 2010: "I rischi [per il pluralismo dei media] sono andati costantemente aumentando nel Paese a causa di regolamentazioni restrittive e una crescente interferenza nel mercato dei media da parte del Governo o di attori allineati al Governo. Le leggi che disciplinano il settore dei media sono sempre più ambiziose, l'accesso all'informazione è reso sempre più difficoltoso, mentre il mercato dei media è distorto a causa della cattura dei media attraverso acquisti operati da soggetti vicini al Governo e per mezzo di un'ingiusta distribuzione degli spazi pubblicitari da parte dello Stato"⁶⁰. Nel 2018 tutti gli asset afferenti ai media sono confluiti in un unico grande contenitore societario, la "Central European Press and Media Foundation", in spregio alle regole europee sulla concorren-

⁵⁶ L. BELLUCCI, *Media Law, Illiberal Democracy and the Covid-19 Pandemic: the Case of Hungary*, in M. DEFIEM, D. SILVA (eds.), *Media and Law: Between Free Speech and Censorship*, Emerald, Bingley, 2021, pp. 151-167.

⁵⁷ La normativa nazionale di riferimento è rinvenibile nella l. n. CLXXXV/2010 sui Servizi di Informazione e i Mass Media e la l. n. CIV/2010 sulla Libertà di Stampa e le Regole Principali per i Contenuti dell'Informazione.

⁵⁸ L. n. CLXXXV/2010, artt. 186, § 1; 187, § 3. Bf e artt. 187, § 3. E; 189, § 4.

⁵⁹ Cfr. FREEDOM HOUSE, *Freedom on the Net 2023, Country Report: Hungary*, online.

⁶⁰ K. BLEYER-SIMON, G. POLYAK, A. URBAN, *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era, Country report: Hungary*, Centre for Media Pluralism and Media Freedom, EUI, Florence, June 2023, p. 8.

za nel settore delle comunicazioni e radiotelevisioni, qualificando legislativamente tali operazioni come di: “Importanza strategica nazionale di interesse pubblico”⁶¹.

È stato altresì posto in luce come l’Ungheria rappresenti uno dei casi più particolari in assoluto nell’ambito dell’Unione europea, in quanto il Governo figura tra i principali promotori di *fake news* attraverso cui disorienta l’elettorato e delegittima l’opposizione⁶². Come da ultimo ben dimostrato dallo scandalo “Pegasus”⁶³, il Governo ungherese compie una capillare sorveglianza digitale degli oppositori politici.

Nel 2020 è stato introdotto nel Codice penale l’art. 337 che criminalizza chi diffonde *fake news*, prevedendo la carcerazione fino a 5 anni per chi divulga false informazioni che minano gli sforzi fatti per proteggere il Paese che si trova in stato di emergenza⁶⁴. Si tratta con tutta evidenza di una normativa draconiana, che pone in serio pericolo la libertà di espressione. Sempre in relazione alla libertà di espressione e di manifestazione del pensiero, risulta rilevante la legge approvata dal Parlamento ungherese nel giugno 2021, con la quale si vieta di mostrare contenuti che propagandano o esibiscono la divergenza tra identità di genere e sesso biologico di una persona, individui che hanno cambiato il proprio sesso oppure soggetti omosessuali⁶⁵. Proprio tale legge ha infine spinto la Commissione Europea a ricorrere alla Corte di giustizia dell’Unione europea con una procedura di infrazione contro l’Ungheria per violazione dei diritti delle persone LGBTIQ+⁶⁶, in spregio dell’art. 2 TUE, così sponando nuove riflessioni sull’identità costituzionale dell’Unione europea⁶⁷.

⁶¹ M. BEDE, *In Hungary, media freedom defenders turn to creative legal fightback*, in *International Press Institute*, March 7, 2019.

⁶² K. BLEYER-SIMON, P. KREKÓ, *Disinformation Landscape in Hungary*, EU Disinfo Lab, June 2023.

⁶³ The Guardian, *Hungarian journalists targeted with Pegasus spyware to sue state*, 28 January 2022.

⁶⁴ L. n. XII/2020 sul Contenimento del Coronavirus, 31 marzo 2020.

⁶⁵ L. n. LXXIX/2021 sull’adozione di provvedimenti più severi nei confronti degli autori di reati di pedofilia e sulla modifica di alcune leggi per la tutela dei minori.

⁶⁶ M. BONELLI, M. CLAES, *Crossing the Rubicon? The Commission’s use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTIQ+ rights in Hungary*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 30(1), 2023, pp. 3-14.

⁶⁷ G. VOSA, *European Constitutional Identity as a Normative Concept: Pointing to the Core of European Democracies*, in J. DE POORTER et al. (eds.), *A Constitutional Identity for the EU?*, Springer, The Hague, 2023, pp. 183-205.

5. La disciplina normativa dell'emergenza in Romania

Nell'ordinamento costituzionale romeno, il primo articolo rilevante in tema di limitazioni dei diritti fondamentali si rinviene all'art. 53 Cost., il quale afferma al comma 1 che l'esercizio di diritti o libertà può essere limitato solo dalla legge e solo se necessario, a seconda dei casi, per difendere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute o la morale pubblica, o i diritti e le libertà dei cittadini; per indagare su un crimine; o per prevenire le conseguenze di una calamità naturale, un disastro o una catastrofe particolarmente grave. Al comma 2, la Costituzione romena impone che le restrizioni alle libertà fondamentali siano proporzionate alla situazione che le ha causate, devono essere applicate in modo non discriminatorio e non possono eliminare completamente il diritto o la libertà in questione.

Per quanto riguarda la disciplina costituzionale dell'emergenza, all'art. 92 la Costituzione tratta dello stato di aggressione⁶⁸. All'art. 93 Cost. è, invece, disciplinato lo stato di emergenza⁶⁹, il quale è stato poi ulteriormente specificato ad opera dell'ordinanza governativa n. 1/1999, che distingue tra stato di emergenza e stato di assedio⁷⁰. Successivamente, con

⁶⁸ Art. 92 Cost., "Poteri in materia di difesa": (1) Il Presidente della Romania è il comandante delle Forze armate e presiede il Consiglio supremo di difesa nazionale. (2) Con la previa approvazione del Parlamento, il Presidente può decretare la mobilitazione parziale o generale delle Forze armate. In casi eccezionali, la decisione del Presidente può essere sottoposta all'approvazione del Parlamento in un secondo momento, entro cinque giorni dalla sua adozione. (3) In caso di aggressione armata diretta contro il Paese, il Presidente della Romania prende misure per respingere l'aggressione e informa immediatamente il Parlamento, tramite un messaggio. Se il Parlamento non è in sessione, sarà convocato per legge entro 24 ore dall'inizio dell'aggressione. (4) In caso di stato di mobilitazione o di guerra, il Parlamento continua a esercitare le sue funzioni per tutto il periodo in questione; se non è ancora riunito, sarà convocato per legge [de jure] entro 24 ore dalla dichiarazione dello stato di mobilitazione o di guerra.

⁶⁹ Art. 93 Cost., "Misure eccezionali": (1) In conformità con la legge, il Presidente della Romania impone lo stato di assedio o di emergenza all'intero Paese o a determinate unità territoriali-amministrative e chiede al Parlamento l'approvazione della misura adottata entro un periodo massimo di cinque giorni dalla sua adozione. (2). Se il Parlamento non è in sessione, è convocato per legge entro 48 ore dalla dichiarazione della legge marziale o dello stato di emergenza e rimarrà in sessione per tutto questo periodo.

⁷⁰ Ordinanza emergenziale 21 gennaio 1999, n. 1 sul regime dello stato d'assedio e dello stato di emergenza. Si riporta la disciplina dei primi tre articoli, in quanto sono i più rilevanti in questa sede. Art. 1: Lo stato d'assedio e lo stato di emergenza riguardano situazioni di crisi che richiedono misure eccezionali che vengono istituite nei casi determinati dalla comparsa di gravi pericoli per la difesa del Paese e la sicurezza nazionale, per la democrazia costituzionale o per prevenire, limitare o eliminare le conseguenze di catastrofi. Art. 2: Lo stato d'assedio rappresenta l'insieme di misure eccezionali di natura politica, militare, economica, sociale e di altro tipo applicabili su tutto il territorio nazionale o in

l'ordinanza governativa sull'emergenza n. 21/2004⁷¹, poi convertita in l. n. 21/2005⁷², con la quale si disciplina il Sistema Nazionale per la Gestione delle Situazioni di Emergenza (SNGSE), è stato previsto lo stato d'allerta⁷³. Con l'avvento della pandemia il SNGSE è stato modificato per opera dell'ordinanza governativa sull'emergenza n. 68/2020⁷⁴ e attraverso la legge sulla pandemia da Covid-19, adottata dal Parlamento nel maggio 2020 (l. n. 55/2020)⁷⁵.

Per quanto riguarda l'evoluzione dello stato di emergenza in Romania, quest'ultimo è stato dichiarato a partire dal decreto presidenziale n. 195/2020, attraverso il quale venivano disciplinate le restrizioni alle libertà fondamentali per consentire la riduzione dei contagi e le misure necessarie per far fronte socialmente ed economicamente alla situazione pandemica (incentivi alle aziende e sostegni economici per individui e famiglie). Il decreto prevede poi che il Ministro degli Interni adotti con pro-

alcune unità amministrativo-territoriali, stabilite per adeguare la capacità di difesa del Paese, compresa la difesa informatica, a gravi pericoli, attuali o imminenti, che minacciano la sovranità, l'indipendenza, l'unità o l'integrità territoriale dello Stato. Art. 3: Lo stato di emergenza rappresenta l'insieme delle misure eccezionali di carattere politico, economico e di ordine pubblico applicabili su tutto il territorio nazionale o in alcune unità amministrativo-territoriali che vengono istituite nelle seguenti situazioni: a) l'esistenza di gravi pericoli attuali o imminenti per la sicurezza nazionale della Romania, compresa la sicurezza informatica per motivi di sicurezza nazionale, o il funzionamento della democrazia costituzionale; b) l'imminente verificarsi o il verificarsi di calamità che rendano necessario prevenire, limitare o eliminare, a seconda dei casi, le conseguenze dei disastri. Art. 3.1: Lo stato d'assedio e lo stato di emergenza possono essere istituiti e mantenuti solo nella misura richiesta dalle situazioni che li determinano e nel rispetto degli obblighi assunti dalla Romania secondo il diritto internazionale. Art. 3.2: "Durante lo stato d'assedio e lo stato di emergenza è vietato/sono vietate: a) limitare il diritto alla vita, salvo il caso in cui la morte sia conseguenza di atti di guerra legittimi; b) torture e pene o trattamenti inumani o degradanti; c) condanne per reati non previsti come tali dalla normativa nazionale o internazionale; d) limitare il libero accesso alla giustizia.

⁷¹ Ordonanță de urgență, nr. 21 din 15 aprilie 2004, privind Sistemul Național de Management al Situațiilor de Urgență, publicată în Monitorul oficial nr. 361 din 26 aprilie 2004.

⁷² L. n. 15/2005, publicată nella Gazzetta Ufficiale n. 190 del 7 marzo 2005.

⁷³ Lo stato di allerta è: "La risposta ad una situazione di emergenza determinata da una o più tipologie di rischio, consistente in una serie di misure temporanee, proporzionali al grado di gravità (...) e necessarie alla prevenzione e alla rimozione di minacce imminenti per la vita, la salute, l'ambiente (...)". Può essere istituito con una delibera del Comitato Nazionale per le Situazioni di Emergenza Speciale (organo interministeriale istituito dalla stessa legge), con l'approvazione del Primo Ministro e su proposta di un comitato ministeriale per le situazioni di emergenza.

⁷⁴ Ordonanță de urgență, nr. 68 din 14 mai 2020 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu incidență în domeniul managementului situațiilor de urgență și al protecției civile, publicată în Monitorul oficial nr. 391 din 14 mai 2020.

⁷⁵ L. n. 55/2020, publicată nella Gazzetta Ufficiale n. 396 del 5 maggio 2020.

prie ordinanze, previa approvazione da parte del Primo Ministro, specifiche limitazioni funzionali a governare l'ondata pandemica. Si tratta a ben vedere delle misure più delicate per le libertà fondamentali, rientrando tra queste: l'isolamento e la quarantena delle persone provenienti dalle zone a rischio o dei loro contatti; la quarantena istituita in edifici, città o altre aree geografiche; la chiusura dei punti di controllo alle frontiere; la limitazione o il divieto di circolazione di veicoli o di persone in determinate aree o in determinati orari; il divieto graduale di circolazione su strade, ferrovie, linee marittime, fluviali, di linee aeree e di metropolitana; la chiusura temporanea di ristoranti, alberghi, caffè, ecc. Il medesimo decreto, poi convertito in legge dal Parlamento con decisione n. 3/2020, ha disposto l'attivazione dell'art. 15 CEDU, che dispone la sospensione dell'applicazione delle norme previste dal Trattato, nel periodo di vigenza della clausola⁷⁶.

Il 14 aprile 2020, il Presidente della Repubblica ha prorogato lo stato di emergenza per un ulteriore periodo di 30 giorni, con il decreto n. 240/2020, che ha mantenuto le stesse disposizioni e misure del precedente decreto. Tale decreto è stato convertito in legge con decisione n. 4/2020 del Parlamento romeno. Durante i 60 giorni di stato di emergenza, sono state adottate 12 ordinanze militari che stabiliscono le misure concrete volte a limitare gli effetti della pandemia. Oltre al Ministro degli Interni, sono stati coinvolti nel processo di adozione delle ordinanze militari anche il Ministro della Salute e il Comitato nazionale per le situazioni di emergenza speciale⁷⁷. Con l'ordinanza governativa sull'emergenza n. 68/2020, il Go-

⁷⁶ Art. 15 CEDU, "Deroga in caso di stato d'urgenza": 1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli artt. 3, 4, § 1, e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione. Per un commento sul punto si veda: R. DUMINICA, *Some Reflections about the Activation of Art. 15 of the European Convention on Human Rights by Romania in the Context of the COVID-19 Pandemic*, in *Journal of Law and Administrative Sciences*, 13, 2020, pp. 78-88.

⁷⁷ Tra le misure adottate dalle autorità con ordinanze militari vi erano: la limitazione della circolazione dei veicoli in determinate aree e orari; la limitazione della circolazione delle persone: la circolazione era consentita solo sulla base di un'autocertificazione (una dichiarazione firmata che comprendeva il nome, l'indirizzo di casa e lo scopo dell'uscita da casa; erano consentiti solo alcuni motivi per uscire di casa, tra cui l'acquisto di beni di

verno ha aumentato l'importo delle multe da imporre alle persone che violano le disposizioni contenute nei decreti e nelle ordinanze militari e ha reso più severe le sanzioni penali per reati legati allo stato di emergenza (ad esempio quello di ostacolare la lotta contro il contagio).

Il 14 maggio 2020 il Comitato Nazionale per le Situazioni di Emergenza ha dichiarato lo stato di allerta in tutto il Paese, ponendo fine al più restrittivo stato di emergenza. Dal 18 maggio 2020 col decreto governativo n. 394/2020 fino all'8 marzo 2022, in Romania è rimasto in vigore lo stato di allerta, dichiarato e prorogato per periodi successivi di 30 giorni, in conformità alla l. n. 55/2020.

6. *La giustizia costituzionale romena alla prova dell'emergenza pandemica*

Allo scoppio della pandemia, in Romania vigeva un regime di coabitazione⁷⁸ tra un governo di minoranza (presieduto da Ludovic Orban), sostenuto dal Presidente della Repubblica (Klaus Iohannis, afferente al Partito Nazionale Liberale, di orientamento conservatore) e la maggioranza parlamentare, che, precedentemente alle ultime elezioni tenutesi a dicembre 2020, ha agito quale importante contrappeso rispetto alle politiche intraprese dall'esecutivo. La maggioranza al tempo era rappresentata dalla coalizione di Partito Social Democratico (PSD) e Alleanza di Liberali e Democratici (ALDE).

L'Autorità indipendente per i diritti umani in Romania (Avocatul Poporului – al tempo presieduta da un soggetto politicamente vicino alla maggioranza parlamentare) ha impugnato la legge sullo stato di emergenza davanti alla Corte costituzionale romena, per violazione dei principi della separazione dei poteri e dello stato di diritto⁷⁹, nonché per violazio-

stretta necessità, le attività professionali dietro presentazione di un certificato del datore di lavoro, l'assistenza a persone vulnerabili ecc.); le persone di età superiore ai 65 anni potevano uscire di casa solo in determinate fasce orarie, tranne che per motivi professionali; i ristoranti, i bar e le terrazze erano chiusi, così come i grandi centri commerciali (tuttavia, i mercati all'aperto di frutta e verdura rimanevano aperti); tutti i raduni di più di 3 persone erano proibiti; le funzioni religiose si svolgevano senza pubblico; la maggior parte dei voli commerciali internazionali era sospesa; tutte le persone che entravano nel Paese e che provenivano dalle zone "rosse" (ad esempio, Italia, Spagna, Francia, ecc.) non potevano uscire di casa.

⁷⁸ In Romania vige una forma di governo semi-presidenziale.

⁷⁹ Art. 1, §§ 3 e 4, Cost.: (3) La Romania è uno Stato democratico e sociale, governato dallo stato di diritto, in cui la dignità umana, i diritti e le libertà dei cittadini, il libero sviluppo della personalità umana, la giustizia e il pluralismo politico rappresentano valori supremi, nello spirito delle tradizioni democratiche del popolo romeno e degli ideali della

ne di diversi diritti fondamentali. L'accusa della violazione della separazione dei poteri riguardava, in particolare, il fatto che la legge quadro citata consentiva al Presidente, che aveva emanato il relativo decreto sullo stato di emergenza di agire quale vero e proprio legislatore, andando a limitare attraverso un atto di rango secondario libertà fondamentali che invece necessitano di fonti primarie del diritto. Lamentava, inoltre, che le disposizioni dell'ordinanza governativa emergenziale con cui erano state aumentate le sanzioni violassero il principio di legalità.

Con decisione n. 152/2020, la Corte costituzionale ha dichiarato l'ordinanza governativa emergenziale n. 34/2020 "totalmente incostituzionale". Secondo la Corte, infatti, il Governo ha violato i limiti costituzionali derivanti dalla delega legislativa, violando così l'art. 115, § 6, Cost.⁸⁰. Ha altresì riconosciuto che l'art. 28 dell'ordinanza governativa emergenziale n. 1/1999, che disciplina gli illeciti amministrativi applicabili negli stati di emergenza, manca di chiarezza e prevedibilità, non distinguendo la diversa gravità delle fattispecie e dunque lasciando spazi di arbitrarietà all'amministrazione.

In altra occasione l'Autorità indipendente romena per i diritti umani ha impugnato l'ordinanza governativa emergenziale n. 21/2004 davanti alla Corte costituzionale, sostenendo che le disposizioni in essa contenute sulle misure da adottare durante lo stato di allerta (art. 4) mancano di chiarezza e prevedibilità. Con sentenza n. 157/2020, la Corte costituzionale romena ha dichiarato che l'atto impugnato è "costituzionale nella misura in cui le azioni e le misure prescritte durante lo stato di allerta non limitano l'esercizio dei diritti fondamentali". Sono invece incostituzionali le disposizioni che prevedono la possibile evacuazione delle aree colpite dagli eventi emergenziali, la partecipazione alle attività lavorative della comunità e qualsiasi misura necessaria per eliminare lo stato di forza maggiore che si è venuto a creare, in quanto in grado di incidere sui diritti fondamentali degli individui e dunque in violazione dell'art. 115, § 6, Cost.⁸¹.

In relazione, invece, allo stato di allerta, la Corte costituzionale romena sempre su ricorso dell'Autorità indipendente per i diritti umani, con decisione n. 457/2020, ha ritenuto incostituzionale la disposizione conte-

Rivoluzione del dicembre 1989, e devono essere garantiti. (4) Lo Stato è organizzato sulla base del principio della separazione e dell'equilibrio dei poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario – nel quadro di una democrazia costituzionale.

⁸⁰ Art. 115, § 6, Cost.: Le ordinanze d'emergenza non possono essere adottate nell'ambito di leggi costituzionali, né incidere sullo status delle istituzioni fondamentali dello Stato, sui diritti, le libertà e i doveri sanciti dalla Costituzione, sui diritti elettorali, e non possono stabilire le fasi per il trasferimento forzato dei beni alla proprietà pubblica.

⁸¹ Per un commento critico alla sentenza cfr. B. SELEJAN-GUTAN, *Romania in the Covid Era: Between Corona Crisis and Constitutional Crisis*, in *VerfBlog*, 21 maggio 2020.

nuta nella l. n. 55/2020, che stabilisce che la decisione del Governo di dichiarare o prolungare lo stato di allerta a livello nazionale deve essere approvata da una decisione parlamentare adottata dal plenum congiunto delle due Camere entro cinque giorni, simmetricamente a quanto avviene per lo stato di emergenza. La Corte, in particolare, ha affermato che il legislatore ricalcando per lo stato di allerta la procedura prevista per lo stato di emergenza ha ignorato la differente natura dei due istituti. Lo stato di allerta ha natura legislativa. Lo stato di emergenza ha rango costituzionale. La sovrapposizione di questi due piani, sempre secondo la Corte romana, ha determinato una confusione sul ruolo che il legislatore e governo svolgono nei due diversi stati di eccezione. Rinvenendo lo stato di emergenza una disciplina costituzionale, il Governo necessita sempre di fondare il proprio intervento sulla base di una espressa autorizzazione parlamentare. Nello stato di allerta, invece, la cui disciplina è appunto di livello primario, il Governo agisce direttamente sulla base delle previsioni contenute nella disciplina legislativa⁸². La Corte ha, infine, ritenuto che il Parlamento, attraverso una legge di conversione, non potesse approvare o rivedere un atto amministrativo (dunque una normativa secondaria) adottato dal Governo, poiché ciò avrebbe violato il principio di separazione dei poteri, rispettivamente legislativo ed esecutivo.

In relazione alla giurisprudenza costituzionale emersa nel periodo pandemico, la dottrina ha sintetizzato con chiarezza in due principi fondamentali l'apporto che il Giudice delle leggi romeno ha fornito alla disciplina emergenziale⁸³. In primo luogo, l'esecutivo (Presidente e Governo) non può regolamentare le restrizioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, anche se sono stati ufficialmente dichiarati lo stato di emergenza o lo stato di allerta. Solo il Parlamento può regolamentare con legge le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali. In secondo luogo, l'esecutivo è libero di decidere come attuare le norme che limitano l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali adottate dal Parlamento, ma sotto il potenziale controllo della giurisdizione costituzionale, che ha il potere di giudicare la proporzionalità delle misure attuative.

⁸² B. IANCU et al., *Romania: Legal Response to Covid-19*, in J. KING, O. FERRAZ (eds.), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, July 2022, online.

⁸³ B. DIMA, D.-R. POPESCU, *Exceptional Activism During Exceptional Times. The Case-Law of the Romanian Constitutional Court During Covid-19 pandemic*, in *Romanian Journal of Comparative Law*, 2, 2021, p. 247.

7. La libertà di espressione in Romania tra forma e sostanza

La Costituzione romena protegge all'art. 30 la libertà di espressione⁸⁴. Il successivo art. 31 Cost., così come revisionato nel 2003, stabilisce che le Autorità pubbliche sono tenute a fornire informazioni corrette ai cittadini, siano queste di rilievo pubblico o di interesse meramente privato. Prevede, inoltre, che il diritto all'informazione non possa pregiudicare misure di protezione adottate in favore dei giovani o per finalità di sicurezza nazionale⁸⁵.

Per quanto riguarda il contesto politico-costituzionale, la dottrina rinviene nell'elezione di Traian Băsescu alla presidenza della repubblica nel 2009 l'inizio della crisi democratica della Romania. Già nel 2010, infatti, si sarebbe incominciato ad assistere a licenziamenti massicci dei vertici delle TV e delle radio pubbliche. Il Consiglio Romeno per la Regolamentazione Audio-Visiva ha iniziato a sanzionare per presunte irregolarità le radio e le TV ostili al Presidente Băsescu. Sono state eseguite acquisizioni massicce di radio e televisioni da parte di esponenti politici vicino a Băsescu, nonché addirittura da ministri in carica⁸⁶. Proprio nell'ambito degli abusi degli strumenti posti a garanzia dello stato di diritto, piegati

⁸⁴ Art. 30 Cost., "Libertà di espressione": (1) La libertà di espressione di pensieri, opinioni o convinzioni e la libertà di qualsiasi creazione, con parole, scritti, immagini, suoni o altri mezzi di comunicazione in pubblico sono inviolabili. (2) È vietata qualsiasi censura. (3) La libertà di stampa implica anche la libera creazione di pubblicazioni. (4) Nessuna pubblicazione può essere soppressa. (5) La legge può imporre ai mass media l'obbligo di rendere pubblica la loro fonte di finanziamento. (6) La libertà di espressione non deve pregiudicare la dignità, l'onore, la privacy e il diritto all'immagine di una persona. (7) La legge vieta la diffamazione del Paese e della nazione, l'istigazione alla guerra di aggressione, all'odio nazionale, razziale, di classe o religioso, l'incitamento alla discriminazione, al separatismo territoriale o alla violenza pubblica, nonché qualsiasi comportamento osceno contrario alla morale. (8) La responsabilità civile per qualsiasi informazione o creazione resa pubblica ricade sull'editore o sul produttore, sull'autore, sul produttore della performance artistica, sul proprietario degli impianti di copia, sulla stazione radiofonica o televisiva, nei termini stabiliti dalla legge. I reati perseguibili a mezzo stampa sono stabiliti dalla legge.

⁸⁵ Art. 31 Cost., "Diritto all'informazione": (1) Il diritto di accesso a qualsiasi informazione di interesse pubblico non può essere limitato. (2) Le autorità pubbliche, in base alle loro competenze, sono tenute a fornire ai cittadini informazioni corrette sugli affari pubblici e sulle questioni di interesse personale. (3) Il diritto all'informazione non deve pregiudicare le misure di protezione dei giovani o la sicurezza nazionale. (4) I media pubblici e privati sono tenuti a fornire informazioni corrette all'opinione pubblica. (5) I servizi radiotelevisivi pubblici sono indipendenti. Devono garantire a qualsiasi gruppo sociale e politico rilevante un tempo minimo di accesso alla trasmissione. L'organizzazione di questi servizi e il controllo parlamentare sulla loro attività saranno regolati da una legge organica.

⁸⁶ Cfr. R. TOMA, M. POPESCU, R. BODEA, *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era. Application of the Media Pluralism Monitor in the European Union, Albania, Montenegro, Republic of North Macedonia, Serbia & Turkey in the Year 2022, Country Report: Romania*, European University Institute, Firenze, 2023.

per fini volti a consolidare regimi autocratici ed illiberali, è stato posto in luce, con specifico riferimento all'ordinamento romeno, che le misure incentivate dall'Unione europea per la lotta alla corruzione sono state in realtà utilizzate politicamente per perseguire le opposizioni, così sovvertendo la funzione per cui le stesse erano state ideate⁸⁷.

Nell'ambito più specifico dell'emergenza pandemica sono state emanate una serie di misure volte alla lotta contro le *fake news*, che sono degne di particolare attenzione. All'Autorità Nazionale per la Gestione e la Regolazione delle Comunicazioni è stato attribuito il potere di emanare decisioni con le quali può imporre agli hosting e content providers di interrompere immediatamente la trasmissione di *fake news* relative all'evoluzione del Covid-19 e alle misure di prevenzione e protezione adottate dal Governo. Se non è possibile eliminare la notizia, l'Autorità con decisione motivata può intimare al provider di bloccare immediatamente il contenuto, informando a tal riguardo gli utenti (affinché siano consapevoli dei motivi che hanno condotto alla rimozione della pagina). Se lo Stato romeno non ha giurisdizione su persone fisiche o giuridiche straniere che diffondono *fake news online*, l'Autorità può chiedere ai providers l'immediato blocco dell'accesso degli utenti romeni al sito, così di fatto rendendo indisponibile il contenuto ritenuto pericoloso⁸⁸.

Le segnalazioni sulle presunte *fake news* sono portate all'attenzione dell'Autorità da un apposito Gruppo Strategico sulla Comunicazione costituito presso il Dipartimento per le Emergenze presso il Ministero degli Interni. L'inottemperanza alle decisioni dell'Autorità costituisce illecito penale punito con ammenda fino a 14.000 euro⁸⁹.

8. Il dato quantitativo: brevi osservazioni a margine dei principali indici sullo stato di diritto nel periodo dell'emergenza sanitaria

La dottrina costituzionalistica, come sopra evidenziato, ha posto in luce da un punto di vista qualitativo, che – tanto in Ungheria quanto in Ro-

⁸⁷ A. MUNGIU-PIPPIDI, *Explaining Eastern Europe: Romania's Italian-Style Anticorruption Populism*, in *Journal of Democracy*, 29(3), 2018, pp. 104-116.

⁸⁸ Sul punto per un commento in dottrina si vedano: G. MANU, *Impairment of Freedom of Expression through the State of Emergency*, in *Curentul Juridic*, 4, 2020, pp. 41-49; Z. KOKOLY, *Audiovisual Media Regulation during the COVID-19 Pandemic – Measures Undertaken by the Romanian Authorities during the State of Emergency*, in *Acta Universitatis Sapientiae*, 1, 2021, pp. 65-75.

⁸⁹ Come sopra ricordato la Corte costituzionale romena con sent. nn. 152 e 157/2020 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei decreti presidenziali citati per violazione del principio di legalità.

mania – la degradazione democratica è avvenuta subito dopo il loro ingresso nell’Unione europea, quando precisamente è terminata l’operatività di quelle condizionalità economiche che subordinavano la concessione di rilevanti finanziamenti all’adozione di riforme istituzionali che consentissero il radicamento del costituzionalismo liberal-democratico in tali ordinamenti. Venuta meno la leva economica, il potere politico, in una stagione di forte *austerity*, non ha esitato, cavalcando sentimenti antieuropeisti, ad intraprendere un processo di erosione costituzionale.

I dati quantitativi riportati dagli indici sullo stato di diritto⁹⁰, elaborati da diversi enti di ricerca indipendenti come Freedom House o V-Dem, nonché dalla stessa Commissione europea attraverso il meccanismo di monitoraggio della Rule of Law nell’Unione, *convalidano* le riflessioni maturate in dottrina. Da un’analisi dei tre indici menzionati tra gli anni 2019 e 2023 ci si accorge che gli stessi nell’arco di un periodo temporale piuttosto consistente e a fronte di una stagione costituzionale molto critica, essendo in vigore stati emergenziali chiamati ad affrontare una crisi sanitaria senza precedenti nel mondo contemporaneo, non hanno subito l’impennata che invece ci si sarebbe potuti aspettare a fronte di condizioni favorevoli per la degradazione democratica di sistemi giuridici ancora in via di consolidamento. Per tutti si veda il Report sulla Rule of Law della Commissione europea del 2023 (riferito all’anno 2022), che afferma in relazione allo stato di diritto nei Paesi dell’Unione europea che: “Dagli ultimi risultati dell’Osservatorio sul pluralismo dei media emerge che *non si è verificato alcun cambiamento di rilievo*, nonostante le variazioni di alcuni indicatori specifici all’interno degli ambiti generali (libertà dei media, pluralità del mercato, indipendenza politica, inclusività sociale)”⁹¹.

Com’è possibile dunque spiegare la discrepanza tra aspettative di forte autocratizzazione degli ordinamenti post-sovietici e indici che invece non rinvencono durante l’emergenza sanitaria un picco di compressione dei diritti?

⁹⁰ Sul punto in dottrina si vedano le interessanti riflessioni proposte sul rapporto tra indici quantitativi e diritto comparato da: M. INFANTINO, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Franco Angeli, Milano, 2019.

⁹¹ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2023 Rule of Law Report*, COM/2023/800 final, Brussels, 5 luglio 2023, p. 20.

9. *Quali lezioni sullo stato di diritto nell'emergenza pandemica dalle democrazie neo-militanti nell'Europa orientale?*

Dalla ricostruzione storico-sistematica, che si è tentato succintamente in queste pagine di compiere, appare piuttosto evidente che la previsione di clausole costituzionali volte a disciplinare gli stati intermedi di eccezione, siano queste estremamente dettagliate o maggiormente snelle, non sono di per sé sufficienti ad arrestare fenomeni di degradazione dell'ordine democratico. Il declino del costituzionalismo democratico nei Paesi post-sovietici presi in considerazione prova che tanto le condizionalità economiche quanto il trapianto di paradigmi costituzionali estranei alla cultura giuridica di una determinata società non hanno poteri taumaturgici.

Ungheria e Romania dimostrano che lo stato di eccezione rappresenta solamente uno dei tanti strumenti a disposizione delle forze politiche illiberali per sovvertire la democrazia costituzionale. Il processo di degradazione costituzionale in tali ordinamenti è, infatti, frutto di una volontà politica, che è in grado di catturare gli organi di garanzia e di svuotare le istituzioni rappresentative delle proprie funzioni, a prescindere dalla vigenza di un regime emergenziale. In entrambi i Paesi, l'opera di decostruzione dello stato di diritto è incominciata ben prima dell'instaurazione dello stato di eccezione. Ciò non significa ovviamente che i regimi derogatori non agevolino l'erosione della democrazia, ma è bene evidenziare che i processi di degradazione costituzionale sono in grado di operare a prescindere dalla vigenza di stati di emergenza.

I casi analizzati invitano, inoltre, a riflettere sulla specificità della crisi sanitaria, che, principalmente incentrata sui beni della salute individuale e collettiva, presenta caratteristiche che la rendono meno corrosiva di quanto invece accade nell'ambito di emergenze connotate da una pregnante valenza politica (si pensi, ad esempio, a guerre, secessioni, terrorismo, ecc.). Come sostenuto da una prima corrente di pensiero formatasi sul punto⁹², il grado di "politicità" sottesa ad una emergenza incide diversamente sull'erosione dello stato di diritto. Crisi sanitarie e ambientali, per le loro caratteristiche maggiormente "tecniche", impatterebbero meno sulla democrazia rispetto ad emergenze che rinvergono già in origine conflitti di ordine politico-ideologico.

I due fattori qui evidenziati – non necessarietà dell'emergenza nei processi di erosione democratica e maggiore "tecnicità" della crisi sanitaria –

⁹² A tale tesi perviene una prima linea interpretativa, che raggiunge detto risultato sulla base di una analisi comparata su scala globale delle singole risposte degli Stati all'emergenza pandemica: T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *The bound executive: Emergency powers during the pandemic*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19(5), 2021, pp. 1498-1535.

spiegherebbero l'assenza di un esponenziale incremento degli indici sulla compromissione dello stato di diritto nel periodo pandemico in un'epoca di crisi globale della democrazia.

A tal proposito, vale la pena ricordare in questa sede che gli stati di eccezione non possono essere evitati, poiché, come anche ricordato dalla Corte costituzionale italiana nella celebre sentenza n. 15/1982: "Di fronte ad una situazione di emergenza ... Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche *il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere*, adottando un'apposita legislazione d'emergenza"⁹³. Proprio l'emergenza pandemica ha dimostrato in molteplici casi che anche l'inerzia del potere politico può fungere da grave minaccia per la degradazione dell'ordine costituzionale⁹⁴.

Occorre, pertanto, che il costituzionalismo del XXI secolo superi la ricerca di una clausola costituzionale sull'emergenza che rasenti la perfezione, poiché le inquietudini politiche che si annidano e si sviluppano nei diversi ordinamenti non possono essere dominate da una norma giuridica e si concentrino, invece, sul radicamento dei principi fondamentali dello stato di diritto nella cultura costituzionale dei consociati. Come si è tentato di porre in evidenza, con gli esempi storici e comparati velocemente passati in rassegna nel presente contributo, solo una coscienza civica diffusa, sensibile ai valori del costituzionalismo liberal-democratico, consente di evitare, soprattutto nei periodi emergenziali in cui vigono disorientamento e forti tensioni sociali, la cattura delle istituzioni e lo smantellamento della democrazia. È necessario, quindi, potenziare la funzione promozionale del diritto costituzionale, nella sua dimensione simbolica ed educativa, rispetto ai principi fondamentali sanciti nei Testi delle Carte post-belliche, che si prefiggono l'ambizioso obiettivo di porre la dignità dell'essere umano sempre al centro dell'azione dei poteri pubblici, specialmente nei periodi più difficili.

⁹³ Corte cost., sent. n. 15/1982, in *Cons. in dir.*, punto 5.

⁹⁴ D.E. POZEN, K.L. SCHEPPELE, *Executive Underreach, in Pandemics and Otherwise*, in *Am. J. Int'l L.*, 114(4), 2020, pp. 608-617.

La strategia dell'Unione europea contro i discorsi d'odio *online*: il ruolo delle piattaforme digitali e la ricerca di un equilibrio tra la tutela della libertà di espressione e un sistema di *enforcement* in tempi e contesti di crisi

di *Angela Correra*

Sommario

1. Premessa introduttiva. – 2. La proliferazione dei discorsi d'odio nel contesto della crisi pandemica e del conflitto russo-ucraino. – 3. La reazione dell'Unione europea alle forme di comunicazione della società dell'intolleranza. – 4. Alle origini dello sviluppo delle piattaforme: la direttiva *e-commerce* e il principio di irresponsabilità del *provider*. – 5. La nuova stagione del costituzionalismo digitale europeo: dall'autoregolamentazione alla co-regolamentazione delle piattaforme. – 5.1. La svolta europea del *Digital Services Act*. – 5.2. Alcune considerazioni sulla legge sui servizi digitali. – 6. L'incriminazione di condotte d'odio penalmente rilevanti nella decisione quadro 2008/913/GAI e le prospettive di riforma dell'art. 83 TFUE. – 7. Le recenti misure PESC dell'Unione europea contro la propaganda russa. Brevi cenni. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa introduttiva*

L'incitamento all'odio è forse antico quanto l'umanità. E, da quando esiste, la comunicazione pubblica è stata sovente interessata da una pluralità di fenomeni ricollegabile a quello che con una sola parola potremmo definire come «linguaggio dell'intolleranza», idoneo a ricomprendere non

solo le espressioni d'odio o di incitamento all'odio, ma, in generale, tutte quelle manifestazioni che integrano un esercizio abusivo della libertà di espressione¹. Tuttavia, la regolamentazione dei discorsi d'odio è stata, da sempre, assai controversa dal punto di vista della difficile ricerca di un delicato equilibrio tra diritti e principi fondamentali, *in primis* tra libertà di espressione e difesa della dignità.

Il rispetto della dignità umana, in particolare, è contemplato sia tra i valori su cui si fonda l'Unione europea sia tra gli obiettivi che l'Unione tutta deve perseguire nell'attuazione delle sue politiche², anche sulla base di un principio c.d. di *mainstreaming*³; d'altro canto, l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE)⁴ codifica il principio di non discriminazione già profondamente radicato nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁵.

Nell'ordinamento europeo c'è, altresì, la necessità di assicurare un adeguato contemperamento tra la salvaguardia dei diritti fondamentali e le esigenze di funzionamento del mercato interno, attraverso l'esercizio delle libertà economiche fondamentali tutelate dai Trattati istitutivi. Il problema si pone innanzitutto nell'esercizio dell'attività legislativa, nella quale l'Unione è vincolata a garantire il rispetto sia della libertà di espressione e le altre libertà fondamentali sia delle libertà del mercato interno sulle quali essa potrebbe incidere.

Pertanto, sebbene sia assunta al rango di diritto fondamentale e, come tale, inserita nell'art. 11 CDFUE, sul modello dell'art. 10 CEDU⁶, nell'ordinamento dell'Unione europea, la libertà di espressione non ha portata generale e assoluta⁷. Tanto è vero che non tutte le forme di espressione

¹ V. O. POLLICINO, *General Report: Freedom of Speech and the Regulation of Fake News*, in O. POLLICINO (a cura di) *Freedom of Speech and the Regulation of Fake News*, Intersentia, Cambridge, 2023, p. 12, il quale richiama anche quelle forme di comunicazione che molto spesso supportano l'intolleranza su notizie o informazioni false (le c.d. *fake news*) e che quindi costituiscono un elemento componente importante dell'*hate speech*.

² Artt. 2 e 3, § 2, TUE.

³ Art. 10 TFUE.

⁴ C. FAVILLI, F. GUARRIELLO, *Articolo 21*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 412 ss.

⁵ Su tutte v. Corte giust. 8 aprile 1976, *Defrenne*, 43/75.

⁶ In applicazione dell'art. 52, § 3, CDFUE, questo diritto ha lo stesso significato e la stessa portata di quello garantito dall'art. 10 CEDU. Per approfondimenti, si rinvia a G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale, F. Ferraro, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 171.

⁷ R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Articolo 11*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali*, cit., p. 217.

sono protette, ma – nel rigoroso rispetto dei principi di necessità e proporzionalità – sono possibili talune limitazioni⁸, se necessarie e rispondenti effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall’Unione o all’esigenza di tutelare i diritti e le libertà altrui⁹. Peraltro, anche in assenza di un esplicito richiamo alla rete internet e alla sua libertà, dalla prassi si evince che le attività svolte nello spazio digitale siano pacificamente inserite nel campo di applicazione dell’art. 11 CDFUE¹⁰. Anzi, è proprio nel contesto della diffusione di informazioni sulla rete che si pongono le questioni più delicate in tema di bilanciamento tra la libertà di espressione e altri diritti fondamentali. Lo sviluppo della rete ha infatti certamente agevolato la diffusione di fenomeni – per usare l’espressione anglofona – di *hate speech*.

A tanto si aggiunga che l’esperienza più recente, connessa al riapparire di eventi inattesi e destabilizzanti, come la crisi dei rifugiati, la pandemia da Covid-19 e la guerra ai confini del continente europeo con l’aggressione russa dell’Ucraina, ha dimostrato che sulla diffusione di contenuti illegali, soprattutto *online*, stanno giocando un ruolo fondamentale, non solo le moderne tecnologie della comunicazione, ma anche e soprattutto i cambiamenti geopolitici indotti dalle crisi degli ultimi anni.

In uno scenario sempre più complesso – anche in forza della disomogeneità dei sistemi di regolamentazione e di tutela a livello globale –, la strategia europea contro i discorsi d’odio è diventata sempre più organica e ricca¹¹, proponendo un approccio integrato su vari aspetti dell’utilizzo e dello sviluppo delle nuove tecnologie per garantire un alto livello di tutela dei diritti e della democrazia, anche nello spazio digitale. Cionondimeno sussistono sul piano applicativo diversi aspetti critici riconducibili alla

⁸ V. art. 52, § 1, CDFUE, e analogamente l’art. 10, § 2, CEDU proprio in relazione alla libertà di espressione.

⁹ Cfr. sentenze della Corte EDU 23 settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*; 6 luglio 2006, *Erbakan c. Turchia*; 9 luglio 2013, *Vona c. Ungheria*. Sulla stessa linea, Corte giust. 26 giugno 1997, C-368/95, *Familiapress*, punto 26; 25 marzo 2004, C-71/02, *Karner*, punto 50; 17 ottobre 2013, C-291/12, *Schwarz*.

¹⁰ Cfr. ad es. Corte giust. 27 marzo 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH*.

¹¹ I. ANRÒ, *Online hate speech: la prospettiva dell’Unione europea tra regolamentazione della condotta dei prestatori di servizi intermediari e ricorso al diritto penale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, p. 14; M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, pp. 43 ss.; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A Constitutional Perspective*, BUP, Milano, 2020; G. ZICCARDI, *Online Political Hate Speech in Europe: the Rise of New Extremism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020; ID., *L’odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina, Milano, 2016, spec. p. 70; M. SPATTI, *L’azione dell’Unione europea nella lotta all’odio online: la responsabilizzazione dei social media*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, Bari, 2019, p. 909.

difficile identificazione non solo degli autori dei discorsi d'odio, ma anche dei soggetti responsabili della rimozione dal web di contenuti pregiudizievole. Tali criticità sono, peraltro, acuite dalla mancanza sul piano normativo di una nozione universalmente condivisa di *hate speech*¹².

Il presente contributo è dedicato alle azioni dell'Unione europea dirette a contrastare i discorsi e i crimini d'odio nella dimensione reale e digitale, al fine di tutelare gli individui da forme di discriminazione e comportamenti lesivi della dignità in contesti già fortemente compromessi come quelli emergenziali. In particolare, il lavoro si concentra sulle misure più recenti, come il *Digital Services Act*, con le quali il legislatore europeo, per le nuove esigenze dettate dalle crisi in corso, ha integrato il quadro normativo preesistente; e sulle iniziative legislative ancora *in itinere*, come quella preannunciata, nel 2021, dalla Commissione UE nell'*European Democracy Action Plan* per estendere l'attuale elenco di cui all'art. 83 TFUE, includendo i discorsi e i crimini d'odio tra i reati di rilevanza europea. In ultimo, un breve accenno viene fatto alle misure, del tutto inedite in tema di discorsi d'odio, connesse alle sanzioni comminate dall'Unione in risposta alla propaganda di regime promossa da diverse emittenti russe per giustificare l'attacco all'Ucraina.

2. La proliferazione dei discorsi d'odio nel contesto della crisi pandemica e del conflitto russo-ucraino

Diversi rapporti di istituzioni e organismi europei evidenziano che la comunicazione fondata sui discorsi d'odio, *offline* e *online*, ha assunto contorni ancora più drammatici nei recenti contesti emergenziali¹³.

¹² Per approfondimenti su alcuni tentativi definitivi, v. raccomandazione n. R (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul discorso d'odio, 30 ottobre 1997; nonché, Agenzia per i Diritti Fondamentali dell'Unione europea (FRA), *Hate Speech and Hate Crimes against LGBT Persons*, 2009, p. 1; ID., *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II – The Social Situation*, 2009, p. 44.

¹³ *Study on preventing and combating hate speech in times of crisis*, Steering Committee On Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion (CDADI), Council of Europe, November 2023; Agenzia dell'Unione europea per i Diritti Fondamentali (FRA), *Encouraging hate crime reporting – The role of law enforcement and other authorities*, 2021; J. BAYER et al., *Hate speech and hate crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches*, Study for the LIBE Committee, European Parliament, 2021; v. anche la relazione annuale sulle attività dell'ECRI per il periodo dal 1° gennaio al 31 dicembre 2019 e la relazione annuale sulle attività dell'ECRI per il periodo dal 1° gennaio al 31 dicembre 2020, nonché lo studio commissionato dal dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo dal titolo "*Hate speech and hate*

Innanzitutto, la pandemia da Covid-19, insinuandosi tra le pieghe dell'insicurezza collettiva, ha alimentato il rancore sociale e ampliato le opportunità politiche e discorsive per diffondere retorica e ideologie divisive o comunque escludenti.

Invero, durante i numerosi *lockdown* imposti dai governi degli Stati membri per contenere la propagazione del virus, l'accesso alla rete si è intensificato e i *social network* hanno favorito una comunicazione e una condivisione delle informazioni a livello globale immediata. Ma è pur vero che proprio in tale contesto sono emerse nuove minacce per la dignità, la libertà e l'autonomia della persona. Dalla diffusione delle teorie complottiste antisemite all'origine della malattia, al prendere di mira persone di origine asiatica nelle prime fasi della pandemia¹⁴, fino alla conseguente recessione economica che ha colpito maggiormente i gruppi emarginati, la crisi del Coronavirus ha segnato una profonda regressione dei diritti umani in Europa¹⁵.

Un report dell'Agenzia europea dei diritti fondamentali (FRA)¹⁶ e un recente studio del Consiglio d'Europa¹⁷ riferiscono, in particolare, che rom, ebrei, persone LGBTI sono le minoranze più spesso oggetto di discorsi d'odio. Dai dati riportati si evince che, sin dal suo esordio, la pandemia è stata percepita in maniera xenofoba e ha avuto un peso asimmetrico su stranieri e immigrati e cioè, categorie, già di per sé vulnerabili, e che, come spesso accade di fronte a eventi che sfuggono al controllo, divengono un capro espiatorio¹⁸. Per tal via, migranti o anche stranieri regolarmente residenti negli Stati membri sono stati accusati di costituire un pericolo da un punto di vista epidemiologico; persone ebraiche sono state destinatarie di atti di odio e di violenza da parte di gruppi neonazisti e

crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches" (Incitamento all'odio e reati generati dall'odio nell'UE e valutazione degli approcci in materia di regolamentazione dei contenuti online), pubblicato nel luglio 2020; J. BAYER et al., *Disinformation and Propaganda – Impact on the Functioning of the Rule of Law in the EU and Its Member States*, Study for the LIBE Committee, European Parliament, 2019.

¹⁴ L'isolamento forzato e l'imponente flusso di informazioni sul virus ai quali sono state sottoposte le persone in questo periodo hanno infatti portato l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) a coniare il termine "infodemia", riferito alla massiccia circolazione di *fake news* e dicerie riguardanti l'epidemia.

¹⁵ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Media Pluralism and Democracy*, 452 final, 5 gennaio 2017; nonché, Article 19, *Responding to 'hate speech': comparative overview of six EU countries* (2018).

¹⁶ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Online content moderation – Current challenges in detecting hate speech*, 29 novembre 2023.

¹⁷ *Study on preventing and combating hate speech in times of crisis*, cit.

¹⁸ Sul punto, v. anche l'appello globale del Segretario Generale delle Nazioni Unite António Guterres per affrontare e contrastare i discorsi di odio legati alla pandemia, 8 maggio 2020.

islamisti. Allo stesso modo, i fatti di cronaca raccontano continuamente di episodi di espressioni di odio e violenza gravi contro le persone LGBTI, nei cui confronti il clima di ostilità in alcuni Paesi europei si è aggravato¹⁹, in gran parte alimentato dalla retorica populista omofoba e transfobica e dall'ascesa del c.d. movimento anti-gender²⁰.

In secondo luogo, l'esplosione della guerra ai confini dell'Unione europea, ma anche il più recente attacco di Hamas in Israele, ha evidenziato come i conflitti bellici, più ancora di razzismo e fondamentalismo, utilizzino strumenti di istigazione all'odio, alla discriminazione e all'annientamento della dignità umana. In particolare, il conflitto russo-ucraino sta mostrando quali sono i rischi legati ad una *cyberwar* o più emblematicamente ad una *social-war* e, cioè, una guerra combattuta con strategie di condizionamento del consenso realizzate soprattutto attraverso *media* e *social network*. Risulta chiaro che i *social media*, oltre ad essere preziosi veicoli di informazione, rappresentano pericolosi strumenti di polarizzazione dell'opinione pubblica e che essi, facendo leva su strategie spesso alimentate da temi divisivi, possono innescare vere e proprie campagne di discriminazione. In questo contesto, la rapidità di comunicazione e la capacità delle piattaforme digitali di fare da moltiplicatore dei discorsi d'odio generano e, al contempo, alimentano conflitti anche di grandi proporzioni.

3. *La reazione dell'Unione europea alle forme di comunicazione della società dell'intolleranza*

In risposta alle allarmanti tendenze di crescita della xenofobia²¹, del razzismo e dell'intolleranza, della misoginia violenta e dell'antisemitismo²², l'Unione europea, sia pur nei limiti delle competenze che le sono state attribuite dai Trattati, ha reagito ai discorsi d'odio attraverso un'azione che si fonda sulla combinazione di tecniche di *soft law*, volte ad incentivare forme di collaborazione tra autorità pubbliche e private per la tutela dei diritti fondamentali, e strumenti di *hard law*, sperimentando il

¹⁹ ILGA Europa, "2023 Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia" (Revisione annuale 2023 della situazione dei diritti umani delle persone lesbiche, gay, bisessuali, trans e inter-sessuali in Europa e Asia centrale), febbraio 2023.

²⁰ Sul tema, si rinvia al contributo di S. TRONCONE, in questo Volume.

²¹ Cfr. i risultati della consultazione organizzata dall'International Dialogue Centre e dallo European Council of Religious Leaders/Religions for Peace Europe, 20 aprile 2021, e art. 19, "Responding to 'hate speech': Comparative overview of six EU countries", 2018.

²² V. EUROPOL, *European Union Terrorism Situation and Trend Report*, 2021.

ricorso sia a regole tipiche del mercato interno per disciplinare la condotta dei prestatori di servizi digitali, sia a norme di cooperazione giudiziaria in materia penale per l'incriminazione di condotte considerate penalmente rilevanti.

Invero, va rilevato che l'azione delle istituzioni europee di contrasto dei fenomeni d'odio e, in generale, in materia di politica digitale si è evoluta nel tempo attraverso l'adozione di misure sempre più incisive²³, al fine di rispondere a due esigenze fondamentali. La prima è quella di fronteggiare un fenomeno la cui pericolosità è cresciuta nella dimensione immateriale della rete; la seconda, invece, è quella di arginare la posizione di potere raggiunta dalle piattaforme digitali nel governo dei contenuti *online*, ormai assunte al ruolo «pubblico» di censori della libertà di espressione.

Sotto il primo profilo, se nel tempo non è cambiato l'odio, che è certamente un elemento connaturato alla dimensione umana, sono tuttavia mutate, con lo sviluppo della rete, le modalità attraverso le quali esso si manifesta. I discorsi d'odio *online*, diversamente da quelli che in passato venivano manifestati verbalmente o attraverso l'uso dei *media* tradizionali, sono un esempio concreto di come le tecnologie con un forte potenziale di trasformazione – come *Internet* – offrano opportunità, ma comportino anche nuove sfide.

Se è infatti innegabile che l'accesso a internet rappresenti un potente strumento di progresso democratico²⁴, è pur vero che le caratteristiche strutturali della rete fungono da cassa di risonanza per i contenuti discriminatori che vi circolano, aumentandone le potenzialità lesive: la dimensione immateriale del *web*, la velocità di diffusione dei contenuti *online*, nonché la possibilità di raggiungere immediatamente milioni di destinatari, hanno permesso che idee che un tempo non avrebbero trovato uno spazio significativo in cui essere espresse, oggi possano avere in tempi rapidi una grandissima visibilità. Persino la tendenza degli algoritmi di seguire le preferenze personali dell'utilizzatore – che appariva in origine un concetto innocuo, in quanto pensato per aiutare l'utente a coltivare i propri interessi – presenta inquietanti risvolti, nella misura in cui alimenta l'e-

²³ Cfr. G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 12 gennaio 2022, pp. 80 ss.

²⁴ Le istituzioni europee hanno ripetutamente riconosciuto che l'accesso ad Internet è funzionale all'uguaglianza sostanziale degli individui dal momento che favorisce la partecipazione attiva dei cittadini alla società dell'informazione: v. Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2012, *Una strategia di libertà digitale nella politica estera dell'Ue* (2012/2094(INI)), soprattutto il considerando B; Regolamento (UE) 2015/2120, soprattutto il considerando 1; COM(2016) 288 final del 25 maggio 2016, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, p. 3.

sistenza di *echo chamber*, ovvero spazi virtuali (si pensi ai gruppi su Facebook) in cui sono diffuse informazioni volte a rafforzare un unico punto di vista rispetto a un certo tema. Le conseguenze sulla libertà di espressione sono evidenti, in quanto la profilazione consente all'utente di visualizzare soltanto le informazioni in linea con il suo pensiero, limitando la possibilità di accedere a fonti di informazione lontane dalle sue convinzioni.

In tal modo, la rete e il meccanismo di funzionamento dei *social* hanno facilitato le divisioni e la polarizzazione delle opinioni degli utenti con un elevato rischio di isolamento e radicalizzazione dei partecipanti e, in definitiva, hanno tradito l'essenza della libertà di espressione e del pluralismo dell'informazione e, cioè, il confronto e la tolleranza reciproca tra opinioni divergenti²⁵.

Sotto il secondo profilo del governo del potere delle piattaforme digitali, come si vedrà breve, l'approccio dell'Unione europea nella regolazione dell'*hate speech* attraverso la moderazione dei contenuti *online* è profondamente mutato nel tempo, passando da una politica del diritto ampiamente orientata verso obiettivi di matrice economica, *in primis* lo sviluppo del mercato interno, all'adozione di strumenti più funzionali alla tutela dei diritti fondamentali e dei valori democratici e, perciò, orientati ad una maggiore responsabilizzazione dei prestatori di servizi digitali.

4. *Alle origini dello sviluppo delle piattaforme: la direttiva e-commerce e il principio di irresponsabilità del provider*

A fronte di un'impostazione originaria della direttiva 2000/31/CE²⁶, l'obiettivo principale perseguito dal legislatore europeo era quello di rimuovere qualsiasi ostacolo che potesse interferire con la libertà economica dei fornitori di servizi digitali nel mercato unico europeo²⁷. In un contesto che richiedeva promozione e sostegno per attività che erano ancora ad uno stato embrionale, è sembrato opportuno introdurre regole che favorissero il più ampio sviluppo dei servizi digitali, confidando nelle potenzialità della rete e delle piattaforme come volano e motore dei valori

²⁵ R. MASTROIANNI, *Freedom and pluralism of the media: an European value waiting to be discovered?*, in *MediaLaws.eu*, n. 1, 2022, pp. 2-4.

²⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

²⁷ G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, II vol., Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 145.

democratici, al fine di instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne²⁸.

In coerenza con tali obiettivi, la direttiva *e-commerce* introduce un generale regime di esenzione della responsabilità degli *internet service provider* per i contenuti che gestiscono (c.d. principio dell'approdo sicuro) e vieta agli Stati membri di imporre agli stessi intermediari obblighi generali di sorveglianza rispetto alle informazioni che inviano o memorizzano²⁹. D'altro canto, gli intermediari *online* restano liberi di introdurre regole volontarie per gestire i loro spazi digitali nei limiti della loro attività passiva di *service provider*.

V'è di più che la scelta di delegare la gestione e il controllo delle informazioni *online* alle piattaforme digitali si spiegava anche in ragione della oggettiva difficoltà del potere pubblico di attingere a risorse e tecnologie non sempre disponibili. E proprio tale decisione ha portato al consolidamento di nuove aree di discrezionalità all'intersezione tra libertà e potere, nelle quali le piattaforme digitali, sempre più interessate a massimizzare dati e informazioni per trarne profitti pubblicitari, hanno sviluppato un sistema di regole contrattuali «interne» sulla base di logiche spesso opache e orientate a interessi meramente economici. In proposito, sono apparsi subito preoccupanti i profili legati alla trasparenza delle procedure seguite nella repressione dei discorsi d'odio o presunti tali, come pure quelli legati alle giustificazioni addotte a valle delle decisioni assunte nei confronti degli utenti, nonché alla loro effettiva reclamabilità, in mancanza delle tradizionali garanzie del giusto processo.

A tal riguardo, la scelta di *Facebook* di istituire un organismo formalmente indipendente, come l'*Oversight Board*, con il compito di riesaminare *ex post* le decisioni di rimozione dal *social* di casi segnalati dagli utenti³⁰, dimostra come le piattaforme si siano pian piano autolegittimate

²⁸ La base giuridica della direttiva *e-commerce*, difatti, è individuata nell'art. 95 TCE (oggi, art. 114 TFUE), il quale conferisce all'Unione il generale potere normativo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, oltre che negli artt. 47, § 2, TCE (corrispondente all'attuale art. 53, § 1, TFUE) e 55 TCE (oggi, art. 62 TFUE), relativi alle azioni necessarie ad agevolare l'accesso alle attività autonome e il loro esercizio, in regime di stabilimento e libera prestazione di servizi. Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 495.

²⁹ Cfr. Corte giust. 7 agosto 2018, C-521/17, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A.* punti 42-47; 12 luglio 2011, C-324/2009, *L'Oréal SA/eBay International AG*. In particolare, v. Corte giust. 3 ottobre 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek contro Facebook Ireland Limited*.

³⁰ Sull'*Oversight Board*, v. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il 'modello' dell'Oversight Board di Facebook*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2021, pp. 153-164; R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2020, p. 143.

a tutelare la libertà di espressione, esercitando funzioni para-pubblicistiche e para-giudiziarie nella moderazione e rimozione in via diretta e discrezionale dei contenuti ritenuti «illegali»³¹.

5. *La nuova stagione del costituzionalismo digitale europeo: dall'autoregolamentazione alla co-regolamentazione delle piattaforme*

La costituzionalizzazione dello spazio europeo realizzata all'indomani del Trattato di Lisbona con il riconoscimento del carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali, ai sensi dell'art. 6, § 1, TUE³², ha indotto un vero e proprio ripensamento nelle politiche digitali dell'Unione europea. Fermo restando che, come precisato dal suo art. 51, § 2, dalla Carta non possano ricavarsi nuove competenze in capo all'Unione, essa ha finito per influenzare e promuovere politiche e iniziative legislative delle istituzioni, inducendole a intervenire su temi sensibili quali la protezione dei dati personali, i diritti dei minori, la parità tra uomini e donne, la non discriminazione³³.

Per tal via, la logica meramente economica caratterizzante il mercato interno che aveva ispirato l'azione europea in origine, ha ceduto il passo

³¹ La dottrina parla in proposito di “privatizzazione della giustizia digitale”. In particolare, v. O. POLLICINO, *Facebook e il pericoloso passo in avanti verso la privatizzazione della giustizia digitale*, in *Diritto e web*, 18 settembre 2019. Sui problemi dovuti alla autoregolazione delle piattaforme, v. F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2021; L. AMMANNATI, *Per una “nuova” regolazione delle piattaforme digitali*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Tech law: il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; G. D'ACQUISTO, *Nuove tecnologie e regolamentazione: storia di una convivenza necessaria*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Tech law: il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, cit.; M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws.eu*, 2, 2020; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws.eu*, n. 1, 2017, p. 97; F. CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa University Press, Pisa, 2013.

³² G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011. Per una analisi del valore della Carta dopo il Trattato di Lisbona v. P. MORI, *Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Annali Aisdue*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 539 ss.; L.S. ROSSI, *‘Stesso valore giuridico dei Trattati’? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 329 ss.

³³ R. ADAM, *La Carta dei diritti fondamentali. I vent'anni di uno strumento costituzionale dell'Unione europea*, in *rivistaeurojus.it*, 7 dicembre 2020.

ad una dimensione costituzionale multilivello che, dietro l'impulso della Corte di giustizia³⁴, sembra sempre più animare lo sviluppo delle politiche digitali dell'Unione europea³⁵.

In questa ottica, pur riconoscendo il ruolo cruciale che le piattaforme digitali rivestono nel contrasto all'*hate speech online*, l'Unione europea ha cercato di indurre le medesime piattaforme ad una maggiore responsabilizzazione³⁶, in un primo tempo attraverso l'adozione di codici di autoregolamentazione e altri strumenti di *soft law*³⁷.

Soprattutto con il Codice di condotta sull'incitamento all'odio, che la Commissione ha convenuto, nel 2016, immediatamente dopo gli attentati terroristici di Bruxelles, con le principali aziende IT, quest'ultime si sono impegnate ad adottare misure per rendere più trasparente ed efficace l'azione di contrasto dei contenuti illegali.

Sebbene l'adozione del Codice dimostri l'impegno delle piattaforme digitali ad avere un ruolo attivo nella lotta ai contenuti illegali e all'odio *online*, nondimeno con esso non sono state superate talune criticità evidentemente connesse alla natura volontaria dell'impegno assunto dalle aziende coinvolte e alla mancanza di un intervento coercitivo da parte del potere pubblico³⁸. Dall'applicazione del medesimo Codice è, infatti, derivato un panorama estremamente variegato di soluzioni, in cui, a parità di tipologia e gravità di contenuto, la frequenza con cui la rimozione si verifica varia sensibilmente da una piattaforma all'altra; gli strumenti che

³⁴ Sono emblematici i casi *Google Spain* (C-131/12 *Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*) e *Schrems* (caso C-362/14 *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*), con i quali la Corte di giustizia ha aperto la strada a una nuova fase costituzionale europea verso l'introduzione di nuovi obblighi e procedure al fine di tutelare i diritti fondamentali e i valori democratici.

³⁵ V. in tal senso anche C. AMALFITANO, F. FERRI, *Transizione digitale e dimensione costituzionale dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori*, in R. TORINO, S. ZORZETTO (a cura di), *La trasformazione digitale in Europa. Diritti e principi*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 5; G. DE GREGORIO, *The Rise of European Digital Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19(1), 2021, pp. 41 ss.; ID., *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, CUP, Cambridge, 2022; O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart, Oxford, 2021.

³⁶ Cfr. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, BUP, Milano, 2020; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Hate Speech: Una prospettiva di diritto comparato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2019, pp. 421 ss.

³⁷ Si inserisce in tale contesto il progetto *EU Internet Forum: Bringing together governments, Europol and technology companies to counter terrorist content and hate speech online*, Press Release, 3 dicembre 2015.

³⁸ I. ANRÒ, *Online hate speech*, cit., p. 20.

ciascuna di esse mette a disposizione dell'utente sono diversi; così come, non tutte le piattaforme concedono all'utente di accedere allo storico delle segnalazioni effettuate per facilitarne la comprensione e monitorarne l'esito³⁹.

Proprio prendendo atto del permanere delle lamentate criticità⁴⁰, la Commissione europea ha promosso un'ondata di strumenti di *hard law*, per rendere cogenti alcuni obblighi procedurali contemplati nel medesimo codice⁴¹.

In questo quadro, hanno trovato spazio le modifiche alla direttiva sui servizi dei media audiovisivi, con la previsione di specifici obblighi per contrastare la diffusione di contenuti illegali sulle piattaforme di condivisione video (come YouTube)⁴²; l'introduzione della direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale⁴³ e del regolamento sui contenuti terroristici, che prevede il quadro giuridico che consente agli Stati membri di ordinare ai prestatori di servizi di *hosting* la rimozione dei contenuti illegali in tempi molto rapidi⁴⁴.

Questi ultimi interventi, però, pur arricchendo lo strumentario normativo dell'Unione per il contrasto dei contenuti illegali *online*, costituiscono misure settoriali, in quanto tali destinate a trovare applicazione solo nelle aree di competenza. Non sono mancati, pertanto, negli ultimi anni, tentativi da parte degli Stati membri di riappropriarsi della regolamentazione dei prestatori di servizi attraverso l'adozione di specifiche misure interne per arginare il fenomeno della diffusione dei contenuti illegali *on-*

³⁹ V. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019.

⁴⁰ M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. *Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, pp. 43 ss.

⁴¹ Si veda in tal senso COM(2017) 555 final, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, 28 settembre 2017; nonché la Raccomandazione n. 2018/334 del 1° marzo 2018 sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali *online*.

⁴² Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

⁴³ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

⁴⁴ Regolamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2021, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici *online* (Gazzetta ufficiale L 172 del 17 maggio 2021, p. 79).

line⁴⁵. Ma anche dietro l'attivismo dei governi statali si nascondono risvolti negativi, potendo il quadro di frammentazione normativa generato dagli interventi nazionali compromettere il corretto funzionamento del mercato digitale europeo.

5.1. *La svolta europea del Digital Services Act*

Le carenze della politica *soft* e della direttiva *e-commerce* – amplificate dalle recenti emergenze – hanno determinato l'Unione europea a concentrare i propri sforzi nella realizzazione di un quadro giuridico moderno che garantisca la sicurezza degli utenti *online*, stabilisse una *governance* coerente con la protezione dei diritti fondamentali e assicurasse che le attività delle piattaforme *online* si svolgano in un ambiente realmente equo e aperto⁴⁶.

In quest'ottica, è stato approvato il Regolamento (UE) 2022/2065, meglio noto come *Digital Services Act* (DSA)⁴⁷, che introduce regole orizzontali, destinate a trovare applicazione con riferimento a tutti i servizi digitali, dai siti web ai servizi di infrastruttura *internet* e alle piattaforme *online*.

In coerenza con la tendenza largamente dominante di ricondurre la legislazione sul digitale al mercato interno, la base giuridica del regolamento è stata individuata nell'art. 114 TFUE. Appare, tuttavia, subito evidente, alla luce dell'obiettivo dichiarato nella nuova normativa e, cioè, il rafforzamento delle garanzie dei diritti fondamentali nel settore dei servizi digitali, come sia mutata la sensibilità del legislatore europeo rispetto al

⁴⁵ Leggi nazionali come la tedesca NetzDG, la austriaca KoPiG e la francese Avia Bill impongono tutte una moderazione più efficace degli spazi *online*, attraverso rimozioni dei contenuti illegali più rapide e frequenti. In particolare, dietro la minaccia di multe molto elevate, queste normative richiedono alle piattaforme digitali di limitare la diffusione di contenuti illegali, come i discorsi d'odio e la disinformazione.

⁴⁶ COM (2020) 825 fin., 15 dicembre 2020, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

⁴⁷ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, sul mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (legge sui servizi digitali), il quale, insieme con il Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali o DMA), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 265 del 12 ottobre 2022, pp. 1 ss., fa parte della più ampia strategia anticipata dalla Commissione con la comunicazione "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*" COM (2020) 67 fin., del 19 febbraio 2020, e delle politiche relative alla c.d. "sovranità digitale" dell'Unione, su cui v. COM (2021) 118 def., del 9 marzo 2021, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Bussola digitale 2030: la via europea per il decennio digitale*.

quadro normativo delineato ormai oltre vent'anni fa⁴⁸. I valori europei sono ora al centro del nuovo *corpus* normativo e, in tal senso, esso integra il piano d'azione per la democrazia europea volto a rendere le democrazie più resilienti⁴⁹.

Senza procedere ad un'analisi compiuta delle norme del DSA⁵⁰, basterà evidenziare che esso contiene norme dirette al contrasto all'*hate speech online*, attraverso la previsione di nuovi obblighi in capo ai gestori di servizi digitali, parametrati al numero degli utenti attivi. Specificamente, pur conservando l'impostazione di fondo della direttiva 2000/31, ovvero l'esenzione di responsabilità delle piattaforme rispetto agli illeciti commessi *online* dagli utenti e il divieto di monitoraggio preventivo dei contenuti, il DSA coniuga tuttavia questo regime generale con una serie di obblighi procedurali e sostanziali – dall'istituzione di procedure interne di rimozione dei contenuti illeciti all'obbligo di motivazione e reclamabilità delle decisioni adottate – per minimizzare il rischio di violazioni o comunque contenerne gli effetti pregiudizievoli.

Pertanto, per assicurare un efficace contrasto dei contenuti illegali *online*, l'intero impianto del DSA si fonda su un approccio decentrato che prevede il coinvolgimento di autorità pubbliche e organizzazioni o parti interessate. Da una parte, l'attività della Commissione – la quale è stata dotata di specifici poteri di supervisione delle piattaforme di grandi dimensioni (45 milioni di utenti), anche con la possibilità di sanzionarle direttamente – sarà coadiuvata dalle autorità nazionali di controllo dei servizi digitali⁵¹. Dall'altra parte, l'attività della nuova struttura di sorveglianza è corroborata dal contributo di una figura inedita, almeno sul piano normativo, e, cioè, quella dei «segnalatori attendibili», ovvero entità con una

⁴⁸ G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I Post di Aisdue*, 18 febbraio 2021, pp. 1 ss., spec. p. 4.

⁴⁹ COM (2020) 790 fin., del 3 dicembre 2020, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sul Piano d'azione per la democrazia europea.

⁵⁰ Per un'analisi del DSA, v., *inter alia*, M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER, G. WAGNER, *Taming the giants: the DMA/DSA package*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 987 ss.; G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act*, cit.; M. LARCHÉ, *Le Digital Services Act: un pas européen supplémentaire dans la lutte contre l'incitation à la haine et la violence sur les réseaux sociaux*, in *Revue des affaires européennes*, 2021, pp. 139 ss.; S. TOMMASI, *The liability of internet service providers in the proposed Digital Services Act*, in *European Review of Private Law*, 2021, pp. 925 ss.; M. INGLESE, *L'economia collaborativa tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le prime proposte di armonizzazione: verso il Digital Markets Act e il Digital Services Act*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2020, pp. 843 ss.

⁵¹ Art. 49, § 3, Reg. (UE) 2022/2065.

comprovata esperienza e competenza per rilevare e segnalare i contenuti illegali nella rete⁵².

Lo *status* di segnalatore attendibile dovrebbe essere conferito dal coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui il richiedente è stabilito e dovrebbe essere riconosciuto da tutti i fornitori di piattaforme *online* che rientrano nell'ambito di applicazione del DSA. Una volta accreditato, il segnalatore attendibile gode di un trattamento preferenziale rispetto alle segnalazioni degli altri utenti e può, pertanto, incidere in maniera più efficace sulla rimozione di eventuali contenuti illegali.

Un ulteriore profilo degno di attenzione riguarda l'inserimento nel DSA, nel contesto dell'aggressione russa in Ucraina, di un meccanismo di risposta alle crisi, in forza del quale la Commissione, in caso di emergenze come conflitti bellici, attacchi terroristici, pandemie e disastri naturali, può richiedere alle piattaforme *online* di grandi dimensioni l'adozione di misure straordinarie, come l'adeguamento dei processi di moderazione dei contenuti e l'aumento delle risorse destinate alla moderazione dei contenuti; l'adeguamento di condizioni generali e sistemi pubblicitari pertinenti; l'ulteriore intensificazione della cooperazione con i segnalatori attendibili, nonché, l'adozione di misure di sensibilizzazione e la promozione di informazioni affidabili⁵³.

Mentre per le piattaforme con meno di 45 milioni di utenti attivi il DSA è diventato pienamente applicabile solo a decorrere dal 17 febbraio 2024, la Commissione, a partire dall'aprile dello scorso anno⁵⁴, ha designato alcune piattaforme digitali e motori di ricerca di grandi dimensioni per i quali il regolamento doveva già ritenersi applicabile⁵⁵. Tant'è che, nello scorso autunno, facendo espressamente riferimento all'aggressione russa dell'Ucraina e all'attacco terroristico di Hamas in Israele, nell'esercizio dei poteri di esecuzione che le sono conferiti dal regolamento in relazione alle piattaforme e ai motori di ricerca di grandi dimensioni⁵⁶, la Commissione ha pubblicato una serie di raccomandazioni per coordinare la risposta dei singoli Paesi agli incidenti che potrebbero aumentare la diffusione di contenuti illegali⁵⁷. Nello specifico, nell'attesa che diven-

⁵² Considerando 61 DSA.

⁵³ Considerando 91 DSA.

⁵⁴ L'elenco dei servizi designati è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, a norma dell'art. 33, § 6, Reg. (UE) 2065: Gazzetta ufficiale C 249 del 14 luglio 2023, p. 2.

⁵⁵ Art. 33, § 4, DSA.

⁵⁶ Art. 56, §§ 2 e 3, DSA.

⁵⁷ C(2023) 7170 final, raccomandazione della Commissione del 20 ottobre 2023 sul coordinamento delle risposte agli incidenti, in particolare derivanti dalla diffusione di contenuti illegali, in vista della piena entrata in applicazione del Regolamento (UE) 2022/2065 ("Regolamento sui servizi digitali").

tasse pienamente operativa la struttura di *governance* prevista dal regolamento, è stata annunciata la costituzione di una rete informale di potenziali coordinatori dei servizi digitali, che attualmente sta lavorando per fronteggiare e prevenire le problematiche connesse alla diffusione di contenuti illegali nella rete in relazione ai conflitti bellici in corso, a potenziali atti terroristici o processi elettorali, che presentano un evidente rischio di intimidazione di gruppi della popolazione e di destabilizzazione delle strutture politiche e sociali nell'Unione⁵⁸. Allo stesso modo, le autorità nazionali competenti sono state invitate ad emettere, ove necessario, ingiunzioni nei confronti dei prestatori i cui servizi sono utilizzati per diffondere contenuti illegali *online*⁵⁹, nonché per raccogliere con estrema rapidità tutte le prove necessarie per consentire l'adozione di misure efficaci prima che contenuti illegali possano diventare virali⁶⁰.

5.2. Alcune considerazioni sulla legge sui servizi digitali

Con il DSA e, in particolare, con le misure brevemente ricordate, l'Unione ha inteso introdurre una regolamentazione effettiva delle piattaforme digitali per contrastare le attività illegali in rete, in forza del principio che ciò che è illecito *offline*, lo è anche *online*.

Si è persa, tuttavia, l'occasione di offrire una nozione più puntuale di contenuto illegale entro la quale dovrebbero essere ricompresi anche i discorsi d'odio. Specificamente, definendo il «contenuto illegale» come «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto»⁶¹, il regolamento ha accolto una nozione senza dubbio ampia, ma che non individua quali siano in concreto i requisiti o gli elementi identificativi di una fattispecie illegale. E verosimilmente, il legislatore europeo, di fronte alla difficoltà di definire più dettagliatamente le fattispecie illegali e, al tempo stesso, di non limitare la libertà di espressione, ha optato per la scelta di non intervenire sul punto, rimettendo alle autorità giudiziarie o amministrative nazionali, il compito di individuarle, «a seconda dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro»⁶².

Al netto di tali perplessità, non si può, però, non rilevare che con il

⁵⁸ Punto 8 della raccomandazione.

⁵⁹ Art. 9 DSA.

⁶⁰ Punto 14 della raccomandazione.

⁶¹ Art. 3, lett. h), DSA.

⁶² Considerando 29 DSA.

nuovo impianto normativo l'Unione, nella consapevolezza di quanto sia diventato indefettibile il dialogo con i poteri privati delle piattaforme digitali, abbia compiuto un grande sforzo per rendere più equilibrato il modello finora proposto dalle *online platform* e per rafforzarlo in senso democratico. In questa ottica, è certamente positivo che il DSA miri a riequilibrare la responsabilità di utenti, piattaforme e autorità pubbliche secondo i valori europei, includendo meccanismi volti ad incoraggiare le piattaforme *online* a condurre un monitoraggio e una moderazione dei contenuti ospitati e, in tal modo, archiviando la fase della autoregolamentazione che si era imposta nel vuoto normativo.

A tal riguardo, il regolamento sui servizi digitali sottende una scelta importante sotto il profilo politico e valoriale: esso, infatti, se iscritto nel contesto della politica del digitale portata avanti in questi anni dalla Commissione europea (a partire dal GDPR sino ai più recenti interventi normativi, come il *Data Governance Act*⁶³, il *Digital Markets Act*⁶⁴ e, soprattutto, il regolamento sull'intelligenza artificiale⁶⁵), denota la volontà di tracciare un confine tra «ciò che è tecnicamente possibile e ciò che è eticamente e giuridicamente accettabile»⁶⁶, imprimendo al progresso una direzione antropocentrica⁶⁷. Si conferma, in tal modo, anche la specificità dell'approccio europeo al processo di transizione attualmente in corso, orientato a emancipare il proprio sviluppo tecnologico dalla dipendenza

⁶³ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, sulla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724 (legge sulla governance dei dati).

⁶⁴ *Supra*, nota 48.

⁶⁵ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, COM (2021) 206 def., del 21 aprile 2021. La proposta è stata approvata dal PE in data 13 marzo 2024 e deve essere formalmente approvata dal Consiglio. Per considerazioni di rilievo sull'approccio delle istituzioni UE all'IA prima dell'adozione della proposta, v. A. ADINOLFI, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, pp. 13-35; C. SCHEPISI, *Diritti fondamentali, principi democratici e rule of law: quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 17, 2022, pp. 41-69.

⁶⁶ A. SORO, *Il draft di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale di Antonello Soro*, in *Giustizia Insieme*, 6 maggio 2021.

⁶⁷ Si pensi alla Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale (COM (2021) 118 final, del 9 marzo 2021, che fissa traguardi e obiettivi concreti per il 2030 e nel contesto della quale è stata adottata la Dichiarazione congiunta sui diritti e i principi digitali europei (2023/C 23/01) che, a sua volta, illustra l'impegno dell'UE a favore di una trasformazione digitale sicura, protetta e sostenibile che mette al centro le persone, in linea con i valori e i diritti fondamentali dell'UE, sulla quale v. P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Diritto dell'Unione europea – Osservatorio europeo*, 17 marzo 2022, pp. 1-15.

costante da altri ordinamenti, soprattutto quello statunitense, fondati su scale di valori diversi che inevitabilmente riguardano anche le nuove tecnologie e ne condizionano l'uso.

La scelta europea di normare una materia che avrà profonde implicazioni sul futuro delle democrazie, risponde infatti all'esigenza di preservare i valori costituzionali dell'Unione al cospetto dei rischi che potrebbero derivare da una supremazia solo commerciale della tecnica⁶⁸. Se poi si considera l'*European Democracy Action Plan* pubblicato nel 2020⁶⁹, sembra chiara la duplice dimensione nella quale la Commissione colloca lo sviluppo del digitale nell'UE. Da una parte, esso costituisce un potente strumento di sviluppo per il mercato e di accesso alla partecipazione democratica per i cittadini; dall'altra parte, però, ad esso si accompagnano sfide inedite per la tenuta democratica dell'Unione. In quest'ultimo contesto, il regolamento sui servizi digitali ha il potenziale per prevenire ed evitare rischi sistemici conseguenti a indebite interferenze di natura governativa che con l'uso delle tecnologie potrebbero più facilmente essere realizzate. E questi rischi, come si vedrà a breve, non provengono solo da taluni Stati membri dell'UE, ma anche da fattori esogeni, come dimostrano le attività di disinformazione e manipolazione del consenso esercitate da operatori esterni all'UE nel contesto del conflitto russo-ucraino.

6. *L'incriminazione di condotte d'odio penalmente rilevanti nella decisione quadro 2008/913/GAI e le prospettive di riforma dell'art. 83 TFUE*

L'azione europea di contrasto ai fenomeni d'odio non è rimasta circoscritta alle fonti di regolamentazione della condotta dei *provider* attraverso strumenti propri del mercato interno, ma si è altresì indirizzata verso l'utilizzo del diritto penale.

Più specificamente, l'Unione è intervenuta da tempo sui temi che ci occupano con una decisione quadro del 2008 (2008/913/GAI)⁷⁰, la quale

⁶⁸ A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *I Post di AISDUE Sezione "Atti convegni AISDUE"*, n. 15, 14 marzo 2023, pp. 321 ss.

⁶⁹ COM (2020) 790 def., comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, sul piano d'azione per la democrazia europea, del 3 dicembre 2020, p. 2-3.

⁷⁰ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, Gazzetta ufficiale L 328 del 6 dicembre 2008, p. 55. Sulla decisione quadro, v. T.M. MOSCHETTA, *La decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «oc-*

definisce un approccio comune di diritto penale nei confronti di alcune forme di razzismo e xenofobia⁷¹. In concreto, in virtù di tale decisione, gli Stati membri sono tenuti a configurare come reato fattispecie di razzismo e xenofobia che si manifestano, *inter alia*, attraverso forme di incitamento all'odio, vale a dire «istigazione pubblica alla violenza o all'odio» per motivi di razza, colore della pelle, religione, ascendenza o origine nazionale o etnica⁷², nonché a garantire, per i «crimini ispirati dall'odio», che la motivazione razzista e xenofoba sia considerata una circostanza aggravante o, in alternativa, possa essere presa in considerazione dal giudice all'atto della determinazione della pena⁷³.

Senonché, al di fuori dei comportamenti espressamente contemplati dalla decisione quadro, legati a un insieme limitato di caratteristiche protette, come la razza e l'etnia, non esiste armonizzazione delle normative nazionali con riguardo a forme o manifestazioni d'odio per motivi diversi da quelli indicati, come l'omofobia e la transfobia che, nelle emergenze degli ultimi anni sembrano, invece, aver subito una vera e propria *escalation*. Piuttosto sussistono tra gli Stati membri profonde divergenze evidentemente ascrivibili alle differenti tradizioni giuridiche e culturali di ciascuno di essi, ove la libertà di espressione e gli altri valori eventualmente incisi da fenomeni di intolleranza trovano tutela secondo diversi livelli⁷⁴. Il tema della lotta alla discriminazione, peraltro, in ragione della sua connotazione etico-morale e della sua endemica frizione con la libertà di espressione, investe l'essenza stessa del diritto penale, intrecciando valutazioni di ordine politico, sociale, criminale, intimamente connesse all'identità storica e culturale di ciascuno Stato membro.

La problematicità della questione si coglie, tra l'altro, con riferimento alla mancanza nel testo della decisione quadro di una definizione giuridica precisa dei «crimini d'odio», pur trattandosi di reati fortemente connotati dal pregiudizio per una caratteristica della vittima che attiene a un aspetto profondo della sua identità e di quella del gruppo cui appartiene. Significativa, in proposito, è altresì la rinuncia della misura europea a definire nozioni complesse, come «razzismo» e «xenofobia».

casione persa» per l'Italia?, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione interna internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 781 ss.

⁷¹ Questi termini non sono tuttavia utilizzati nella decisione quadro.

⁷² Art. 1, § 1, lett. a), della decisione quadro.

⁷³ Art. 4 della decisione quadro.

⁷⁴ Per una diffusa panoramica dei diversi approcci nazionali, v. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, P. YPMA et al., *Study to support the preparation of the European Commission's initiative to extend the list of EU crimes in Article 83 of the Treaty on the Functioning of the EU to hate speech and hate crime – Final report*, Publications Office of the European Union, 2021.

A testimonianza di quanto tali concetti siano divisivi, basti richiamare le difficoltà che la decisione quadro ha incontrato nella fase dei negoziati e in quella di recepimento da parte dei singoli ordinamenti statali: ritardi, lacune o non corretta trasposizione della decisione quadro⁷⁵ hanno determinato più volte in questi anni la Commissione europea ad attivare la procedura d'infrazione *ex art. 258 TFUE* nei confronti di alcuni Stati membri⁷⁶.

Pertanto, allo stato, le differenze esistenti sul piano concettuale nei diversi ordinamenti statali contribuiscono a rendere particolarmente complessa la lotta all'odio *online* su uno spazio senza confini come internet. Proprio al fine di superare le criticità e la limitazione oggettiva che accompagnano la disciplina della decisione quadro, il Parlamento europeo, già nel 2014, ha sollecitato la Commissione europea a proporre una riforma della decisione quadro per includere «altre forme di pregiudizio e di incitamento all'odio, anche sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere»⁷⁷.

Da allora sono stati compiuti numerosi altri passi in questo senso⁷⁸. Precisamente, nel febbraio 2017, il Parlamento europeo ha presentato una proposta di risoluzione per elaborare una definizione giuridica comune dei discorsi d'odio nell'UE⁷⁹. E, a fronte dell'impennata dell'*hate speech*⁸⁰ nel contesto della pandemia⁸¹, la Commissione europea ha presentato una

⁷⁵ COM/2014/027 final, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, 27 gennaio 2014.

⁷⁶ In particolare, sono stati destinatari di una lettera di messa in mora *ex art. 258 TFUE* per la non corretta trasposizione della decisione quadro, nel 2020, Romania ed Estonia (v. Commissione europea, comunicato stampa, 30 ottobre 2020, INF/20/1687); nel 2021, Polonia, Belgio, Svezia, Finlandia e Bulgaria (v. Commissione europea, comunicato stampa, 18 febbraio 2021, INF/21/441).

⁷⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere (2013/2183(INI)), in particolare lett. j), § 4.

⁷⁸ Per considerazioni di rilievo, v. N. ALKIVIADOU, U. BELAVUSAU, *Rien que des mots: Counteracting Homophobic Speech in European and U.S. Law*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 21(4), 2021, pp. 374-400.

⁷⁹ Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sull'istituzione di una definizione giuridica comune di incitamento all'odio nell'UE, B8-0172/2017, 17 febbraio 2017.

⁸⁰ Rapporti annuali 2019 e 2020 dell'ECRI, nonché lo studio commissionato dal dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo *Hate speech and hate crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches*, luglio 2020.

⁸¹ V. la prefazione del segretario generale delle Nazioni Unite António Guterres al documento "*United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech*", maggio 2019.

proposta finalizzata ad estendere l'elenco dei reati dell'UE di cui all'art. 83, § 1, TFUE per i quali il Parlamento e il Consiglio possono stabilire norme minime di ravvicinamento delle legislazioni nazionali⁸² e includervi i reati di incitamento all'odio e i crimini ispirati dall'odio, a causa della razza, della religione, del genere o dell'orientamento sessuale⁸³.

L'iniziativa volta ad estendere l'elenco dei reati di rilevanza europea si inserisce nel quadro di un più complesso insieme di misure adottate a livello dell'Unione⁸⁴. Inoltre, essa è molto significativa sul piano politico, perché l'Unione ha una competenza limitata in materia penale e interviene in questo ambito solo a fronte di forme di «criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni»⁸⁵. In particolare, secondo l'attuale previsione del Trattato, sono reati di rilevanza europea quelli di terrorismo, tratta degli esseri umani, sfruttamento sessuale, corruzione e criminalità organizzata. Tale elencazione, tuttavia, non costituisce un *numerus clausus*, ma è suscettibile di essere integrata, ai sensi del comma 3 dell'art. 83, § 1, TFUE, «in funzione dell'evoluzione della criminalità».

Sulla base di queste coordinate, considerata l'evidente componente transfrontaliera dell'incitamento all'odio *online* e la necessità di affrontare la trasformazione digitale a livello europeo, il Consiglio dovrà individuare le nuove sfere di criminalità mediante una decisione all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, a cui dovrebbe seguire una proposta di direttiva da parte della Commissione volta a stabilire regole minime per la definizione e l'incriminazione delle condotte in questione. In considerazione del fatto che, al momento, gli Stati membri hanno adottato approcci differenti nelle rispettive legislazioni penali, il che priva alcuni gruppi di una protezione sufficiente in alcuni Stati membri, se la proposta della Commissione dovesse concretizzarsi, l'Unione finalmente potrà confidare su un quadro giuridico comune.

⁸² Sull'art. 83 TFUE v. C. AMALFITANO, *Art. 83 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 896 ss.

⁸³ COM(2021) 777 final, *Un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio*, 9 dicembre 2021.

⁸⁴ In particolare, il piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025 (COM(2020) 565 final), nonché le recenti iniziative volte a promuovere l'uguaglianza e il rispetto della diversità, come la strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025 (COM(2020) 698 final), la strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030 (COM(2021) 101 final), la strategia sulla lotta contro l'antisemitismo e il sostegno alla vita ebraica (COM(2021) 615 final), la strategia per la parità di genere 2020-2025 (COM(2020) 152 final), la strategia sui diritti delle vittime 2020-2025 (COM(2020) 258 final).

⁸⁵ Art. 83, § 1, TFUE.

L'esito di questo percorso dipenderà in buona parte dalla posizione che gli Stati membri sceglieranno di adottare in seno al Consiglio. Ma, dati i ben noti problemi di carattere politico-dogmatico afferenti al sistema dei reati in esame, non stupisce che, a distanza di tre anni dalla comunicazione della Commissione, i reiterati tentativi del Parlamento europeo di spingere verso l'adozione di una base giuridica comunitaria si siano arenati contro la scarsa volontà di alcuni Stati di affrontare la questione in maniera efficace: la regola dell'unanimità richiesta sta avendo infatti un impatto negativo sul conseguimento dei necessari progressi comuni in tale settore. In questa ottica, lo stesso Parlamento europeo ha di recente rivolto un nuovo monito agli Stati membri a collaborare in modo responsabile e costruttivo per riprendere i negoziati in seno al Consiglio, al fine di adottare una decisione prima della fine dell'attuale legislatura, e un appello politico alle altre istituzioni UE per modificare l'art. 83 TFUE e renderlo soggetto a una maggioranza qualificata rafforzata anziché all'attuale unanimità⁸⁶.

Al netto di tali difficoltà, per quanto le Istituzioni europee saranno chiamate ad un complesso esercizio di politica normativa per calibrare l'intervento del diritto penale ed evitare che le relative misure si traducano in una indebita interferenza con la libertà di espressione, senza dubbio, la proposta di modifica dell'art. 83 TFUE costituisce l'iniziativa più importante attualmente in corso in materia di discorsi d'odio. Se la mancanza di una definizione giuridica vincolante «globale» o quantomeno «europea» della categoria dell'*hate speech*, in uno con la disparità degli approcci nazionali, ha, almeno fino a questo momento, impedito la realizzazione di una tutela effettiva, essa potrebbe aprire la strada per il legislatore europeo nella prospettiva di definire i requisiti minimi essenziali che tutti gli Stati membri dovranno soddisfare e rispettare nell'ambito della legislazione nazionale e fornire più chiare indicazioni normative con le quali perimetrare l'azione dei soggetti coinvolti nella lotta ai fenomeni esaminati. Se non altro, la definizione dell'oggetto del crimine risulta essenziale nella rilevazione di un approccio comune in ossequio al fondamentale principio della tipicità dei reati e delle relative sanzioni.

In assenza di un tempestivo intervento pubblico, del resto, si rischia di delegare a soggetti privati la regolazione del pluralismo informativo e del bilanciamento dei diritti fondamentali; soggetti che, in situazioni emergenziali, non sempre hanno la possibilità di intervenire con azioni di ampia portata dirette a vincolare tutti gli interessati.

⁸⁶ Relazione della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo “Estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio” (2023/2068(INI)) del 27 novembre 2023.

7. Le recenti misure PESC dell'Unione europea contro la propaganda russa. Brevi cenni

Se la lotta ai discorsi e ai crimini d'odio da parte delle Istituzioni europee si sta svolgendo attraverso una strategia normativa complessa che non è finalizzata solo alla gestione della crisi di un dato momento storico, ma a dare i propri frutti anche nel tempo, un approccio più «mirato» e del tutto inedito è stato adottato dall'UE in risposta alla propaganda di disinformazione avviata dal governo russo, all'indomani dello scoppio della guerra con l'Ucraina.

Come ben noto, l'Unione ha subito reagito adottando tutti i tipi di misure restrittive a sua disposizione⁸⁷, spaziando dalle sanzioni economiche e finanziarie, a quelle settoriali e individuali⁸⁸. Nell'ambito di queste ultime, hanno trovato spazio misure «di nuova generazione»⁸⁹ volte a fronteggiare in maniera specifica la sistematica campagna internazionale di manipolazione dei *media* e di distorsione dei fatti, messa in atto dalla Russia nell'intento di giustificare e sostenere l'aggressione nei confronti dell'Ucraina.

In tale prospettiva, si inserisce la decisione con la quale il Consiglio

⁸⁷ In generale, sui poteri dell'Unione previsti dall'art. 215 TFUE in situazioni di crisi internazionali, v. S. POLI, *Le misure restrittive autonome dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

⁸⁸ Per approfondimenti, v. *inter alia* A. LIGUSTRO, F. FERRARO, P. DE PASQUALE, *Il futuro del mondo e dell'Europa passa per Kiev*, in *DPCE Online*, 52(2), 2022; S. POLI, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in *SiDiBlog*, 22 marzo 2022; C. CELLERINO, *La difesa europea dinanzi alla guerra in Ucraina tra "autonomia strategica" e vincoli strutturali: quali prospettive per la Difesa comune?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1, 2022, pp. 9-37; M. VELLANO, *La guerra in Ucraina e le conseguenti decisioni dell'Unione europea in materia di sicurezza e difesa comune*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1, 2022, pp. 121-142; ID., *La decisione dell'Unione europea di fornire alle forze armate ucraine armamenti concepiti per l'uso letale della forza e le relative implicazioni giuridiche*, in *BlogDUE*, 7 marzo 2022; P. KOUSTRAKOS, *The EU Common Security and Defence Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 4; S. DUKE, *The enigmatic role of defence in the EU: From EDC to EDU?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2018, pp. 63 ss.; C. CHALLET, *A Revolution within the EU's Common Foreign and Security Policy: EU Sanctions Adopted in Reaction to Russian Aggression*, in *EU Law Live Weekend Edition*, n. 92, pp. 3 ss.; nella stessa rivista e nello stesso numero, C. GORTSOS, *The Restrictive Measures Imposed by the European Union on the Central Bank of the Russian Federation and Some Considerations Relating to Financial Stability*, pp. 11 ss.; C. BEAUCILLON, *Les mesures restrictives de l'UE contre la Russie – fonction, contenu, efficacité*, in *Le Club des Juristes – Blog*, 11 marzo 2022; M. BARBANO, *Le sanzioni dell'Unione europea alla Federazione Russa per il conflitto in Ucraina. Primo inquadramento e principali conseguenze per il settore aeronautico e aerospaziale*, in *BlogDUE*, 16 marzo 2022.

⁸⁹ In tal senso, S. POLI, *op. cit.*

dell'Unione europea ha sospeso le attività di radiodiffusione nell'Unione, o dirette all'Unione, di organi di informazione russi – in particolare, del quotidiano *online Sputnik* e dell'emittente televisiva statale *Russia Today* –, ritenuti responsabili della diffusione di *fake news* e discorsi che incitano all'odio⁹⁰. L'adozione della decisione PESC del Consiglio non è rimasta priva di conseguenze, ma ha subito suscitato le reazioni dell'emittente *RT France*, che ha investito, *ex art.* 263 TFUE, il Tribunale dell'Unione europea della questione della legittimità delle sanzioni comminateli e ha, altresì, richiesto l'adozione di misure cautelari volte a sospendere gli effetti della decisione di divieto delle attività di radiodiffusione.

Entrambe le istanze non hanno tuttavia sortito l'effetto sperato dall'emittente russa. Difatti, in un primo momento, il Presidente del Tribunale dell'Unione con un'ordinanza ha rigettato il ricorso cautelare promosso dall'emittente per sospendere la misura restrittiva inflittale⁹¹. Successivamente, con sentenza del 27 luglio 2023, il Tribunale UE ha deciso nel merito la questione, respingendo integralmente il ricorso⁹². In particolare, nell'esplicitare le ragioni a sostegno delle proprie conclusioni, il giudice dell'Unione ha preliminarmente ricordato che il Consiglio dispone di un ampio margine nel definire le misure restrittive in materia di politica estera e di sicurezza comune⁹³, ivi inclusa la possibilità di ricorrere a un divieto temporaneo di diffusione di contenuti di taluni *media* finanziati dal bilancio dello Stato russo, se detti *media* sostengono l'aggressione militare da parte della Russia.

Il ragionamento condotto dal giudice europeo appare ineccepibile. Nel bilanciamento dei diversi interessi a confronto, secondo la valutazione compiuta nel caso di specie, l'interesse generale del perseguimento della pace, difatti, deve essere considerato prevalente rispetto alla libertà di espressione e di informazione rivendicata dall'emittente televisiva, la quale ha svolto un'attività di propaganda foriera di odio e disinformazione. Ciò non significa affatto che il confronto tra opinioni divergenti debba

⁹⁰ Regolamento (UE) 2022/350 del Consiglio del 1° marzo 2022 che modifica il Regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina; Decisione (PESC) 2022/351 del Consiglio del 1° marzo 2022 che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina. Sui provvedimenti adottati, v. S. LATTANZI, *Il Consiglio sanziona "la propaganda del Cremlino" e sospende le attività di diffusione dell'agenzia di informazione Sputnik e del canale RT/Russia Today*, in *BlogDue*, 7 aprile 2022.

⁹¹ Tribunale UE, ord. 30 marzo 2022, T-125/22 R, *RT France/Consiglio*, su cui v. A. MAFFEO, *Misure restrittive contro la Russia: il Tribunale rigetta la richiesta di sospensione di RT France*, in *rivista.eurojus.it*, 2, 2022.

⁹² Tribunale UE, sent. 27 luglio 2022, T-125/22, *RT France/Consiglio*.

⁹³ Corte giust., sent. 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft*, punto 88.

essere considerato recessivo o addirittura ostacolato, considerato che, come precisa anche il Tribunale, la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica secondo l'art. 10 CEDU, l'art. 11 CDFUE e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Tuttavia, può risultare necessario, nelle società democratiche, sanzionare le forme di espressione che diffondono, giustificano o incitano l'odio fondato sull'intolleranza, l'uso e l'apologia della violenza. Il Tribunale ha ritenuto la decisione adottata nei confronti di *RT France* necessaria, in considerazione del «ruolo essenziale, strumentale ai fini della promozione e del sostegno dell'aggressione nei confronti dell'Ucraina e della destabilizzazione dei paesi ad essa limitrofi» che gli organi di informazione in questione svolgono, minando l'ordine pubblico e la sicurezza dell'Unione.

Nei mesi successivi, provvedimenti analoghi sono stati assunti nei confronti anche di altri tre canali di informazione di proprietà dello Stato russo (*Rossiya RTR/RTR Planeta*, *Rossiya 24/Russia 24*, *TV Centre International*)⁹⁴ e sono state sospese le licenze di trasmissione di quattro *media* russi⁹⁵. A queste sanzioni, si sono poi aggiunte anche misure *ad personam*, come quelle rivolte a dirigenti di *media* (*Russia Today*) e conduttori televisivi, per bloccare la possibilità di diffondere informazioni o opinioni da parte di determinati soggetti dei quali sia stata accertata l'attitudine a divulgare notizie false o pericolose. Peraltro, i divieti imposti dall'Unione si applicano non solo alle TV o alle radio, ma anche ai motori di ricerca e ai *social network*, sui quali grava, ad esempio, l'obbligo di deindicizzare alcuni *media* russi o di impedire la condivisione dei loro contenuti.

Verosimilmente l'applicazione di questo tipo di sanzione, specificamente collegata al contesto russo, difficilmente potrà essere replicata dal Consiglio dell'UE in altre situazioni di crisi. Ma è importante sottolineare l'incisività e la rapidità di tali misure restrittive; così come la circostanza che esse sono espressione di una posizione coesa da parte degli Stati membri UE, i quali hanno condiviso all'unisono la necessità di contrastare la diffusione di discorsi di incitamento all'odio nei confronti della popolazione ucraina. Si ricorda, infatti, che queste sanzioni sono il frutto di scelte operate dagli Stati membri nel contesto di un settore, quello della politica estera e di sicurezza comune (PESC), in cui le decisioni sono

⁹⁴ Sesto pacchetto di sanzioni, composto da cinque regolamenti e cinque decisioni del Consiglio, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 153, vol. 65, 3 giugno 2022.

⁹⁵ Nono pacchetto di sanzioni, composto da tre regolamenti e tre decisioni, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L322I, vol. 65, 16 dicembre 2022; e decimo pacchetto di sanzioni, composto da cinque regolamenti e quattro decisioni, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 59I, vol. 66 del 25 febbraio 2023.

adottate dal Consiglio all'unanimità, sebbene si collochino nel contesto istituzionale dell'Unione⁹⁶.

Dopo che l'Unione ha adottato le misure restrittive in esame, molti Paesi esterni all'organizzazione si sono allineati e hanno adottato sanzioni identiche o simili. Ciò testimonia sicuramente la determinazione della comunità globale nel respingere l'invasione russa, ma dimostra anche come, in assenza di una preventiva azione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, per l'ovvia considerazione che qualunque misura sarebbe stata oggetto di un veto da parte della Russia, la reazione dell'Unione abbia saputo porsi come uno *standard* globale per il contrasto di fenomeni, come la disinformazione e l'intolleranza, che – come ha affermato anche il Presidente del Tribunale dell'Unione nel caso *RT France* poc'anzi citato – costituiscono ormai «parte integrante dell'arsenale di guerra moderno»⁹⁷.

8. Conclusioni

In definitiva, è ben evidente che la necessità di un intervento normativo a livello europeo che sappia bilanciare tra l'esigenza di garantire la più ampia espansione della libertà di parola e quella di arginarne l'estensione potenzialmente incontrollata, è stata avvertita in tutta la sua urgenza in contesti di crisi, in cui il senso di instabilità e incertezza può esacerbare sentimenti di odio e di intolleranza.

Le considerazioni sopra svolte dimostrano, da un lato, un intensissimo impegno delle istituzioni europee per fronteggiare la «crisi narrativa» in atto, dall'altro, le difficoltà cui va incontro la definizione di possibili strategie di regolazione delle nuove tecnologie.

Se si guarda all'attività normativa e di proposta attualmente in atto, è chiaro che la repressione da sola non può supplire alla costruzione di un modello di società aperto, inclusivo e paritario. Difatti, ad onta della possibilità di perseguire penalmente gli autori di condotte d'odio e di discriminazione, nella maggior parte degli Stati membri le competenti autorità possono intervenire solo previa querela delle persone offese da detti reati. Ma non soltanto le denunce sono rare⁹⁸, quanto una reazione meramente

⁹⁶ S. BASTIANON, *Presente e futuro dell'Unione europea nel contesto del conflitto russo-ucraino*, in *rivista.eurojus.it*, 2, 2022, pp. 101 ss.

⁹⁷ Punto 62 dell'ordinanza.

⁹⁸ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Encouraging hate crime reporting – The role of law enforcement and other authorities*, pubblicata dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2022.

successiva e repressiva nei confronti di tali condotte rischia di rivelarsi inefficace, anche perché difficilmente riesce ad essere tempestiva. Peraltro, considerato il dilagante grado di diffusione raggiunto dai fenomeni in esame, si è reso necessario articolare una risposta differenziata e multilivello capace di realizzare un dialogo costruttivo tra le diverse autorità coinvolte. Gli sforzi compiuti dall'Unione nel senso di favorire una collaborazione con le piattaforme digitali e nel riconoscere in capo ad esse specifici oneri sul piano normativo costituiscono un primo passo in questa direzione.

Nessuno di questi interventi potrà, tuttavia, mai dirsi risolutivo in assenza di una capillare e strategica educazione al digitale, che diventa un fattore cruciale nella prevenzione dei fenomeni distorsivi della comunicazione *online* e *offline*, tra i quali anche l'*hate speech*. La lotta al linguaggio ostile, infatti, resta prioritariamente un tema culturale e educativo, ed è su questo piano che occorre agire. La sensibilizzazione degli utenti, attraverso la promozione di campagne mediatiche, veicolate con i medesimi canali telematici, nonché attraverso iniziative di formazione da porre in essere, innanzitutto, negli istituti scolastici, è un aspetto dirimente soprattutto per le giovani generazioni, che per quanto native digitali hanno bisogno di una profonda alfabetizzazione informatica per accrescere la consapevolezza dell'utilizzo degli strumenti della rete.

Il *deplatforming*: strumento contro l'*hate speech* durante la campagna elettorale

di Rita Mingolla

Sommario

1. Uno sguardo introduttivo. – 2. La libertà di espressione un tema a rilevanza internazionale. – 3. La normativa statunitense sulla libertà di espressione e la responsabilità di protezione delle *Internet Platforms*. – 4. L'esperienza europea sulla libertà di espressione e la responsabilità di protezione delle *Internet Platforms*. – 5. Il *deplatforming* come strumento in risposta all'*hate speech online* e l'impatto nella campagna elettorale. – 6. Conclusioni.

1. *Uno sguardo introduttivo*

Il progresso incessante dei meccanismi di informazione e comunicazione con l'avvento di *Internet* e dei *social media* ha radicalmente trasformato il modo con cui le persone comunicano, si informano e contribuiscono alla formazione dell'opinione pubblica¹. Questo scenario crea una vera e propria *agorà* digitale in cui, senza dubbio, ha condotto a riconsiderare il ruolo centrale del cittadino nell'esercizio della libertà di espressione dove, quest'ultima, nella modalità *on line* assume una forma illimitata, sollevando dubbi di non poco conto sulla responsabilità individuale e collettiva nell'uso delle piattaforme digitali, ambiente aperto e in continuo movimento, tale da rendere necessario il bilanciamento anche con altri diritti (ad esempio il diritto alla *privacy* o la sicurezza informatica), specialmente negli Stati democratici.

¹ Si consiglia la lettura N.J. NUGENT, *The Five Internet Rights*, in *Washington Law Review*, 98(2), 2023, pp. 527-624.

Nell'esistenza di un "*libero mercato delle idee e delle notizie*"², la libertà di espressione è senza dubbio un pilastro fondamentale delle democrazie contemporanee che, senza temere persecuzioni o censure da parte dello Stato, permette il libero scambio di idee e opinioni. Nonostante ciò, la libertà di espressione, essendo un diritto non assoluto, può essere soggetta a limitazioni in determinate circostanze, ovvero quando le azioni di un individuo o di un gruppo diventano dannose per il benessere o i diritti degli altri.

Il *cyberbullismo*, la diffamazione *online*, la diffusione di informazioni false o fuorvianti e l'uso irresponsabile dei *social media* per diffondere odio o violenza sono tutti esempi di abusi della libertà di espressione che possono causare danni significativi agli individui e alla società nel suo complesso.

Quindi, fermo restando che, nell'era digitale, la protagonista indiscussa è la libertà di espressione sulle piattaforme digitali, l'emergere dell'*hate speech online*, soprattutto in seguito della pandemia da Covid-19, ha sollevato importanti interrogativi su come bilanciare la libertà di espressione individuale con la protezione dei diritti umani e della coesione sociale.

La questione diventa più interessante e complessa se si fa riferimento alle manifestazioni di incitamento all'odio, *c.d. hate speech* con cui attraverso espressioni, parole o elementi si invita a discriminare o ad incutere timore nei confronti di soggetti o gruppi di persone per motivi etnici, orientamento sessuale, religione, disabilità, appartenenza culturale o sociale generando una moltiplicazione incontrollabile per la formazione di nuove idee.

L'*"hate speech"* (o discorso d'odio), in qualità di antagonista della libertà di espressione ne rappresenta una minaccia diretta, poiché può creare un clima tossico e intimidatorio limitando la partecipazione aperta e inclusiva allo scambio reciproco di idee, rendendo la *governance* complessa e dibattuta in campo giuridico in quanto suscita dibattiti accesi in relazione a questioni come i confini della libertà di espressione, la censura governativa, il potere delle piattaforme *online* nel moderare i contenuti e la responsabilità individuale per il proprio discorso. In risposta a queste

² Questa definizione di Crisafulli riflettere una discussione sulla libertà di espressione, sottolineando che essa deve essere garantita anche nei confronti dei privati, non solo dello Stato. Inoltre, evidenzia l'importanza di assicurare una "libertà interna" per la stampa e altri mezzi di comunicazione di massa, insieme alla necessità di preservare un "*libero mercato delle idee e delle notizie*", suggerendo allo Stato di intervenire positivamente per realizzare e mantenere questo mercato libero, attraverso leggi che disciplinino le imprese coinvolte nella diffusione di informazioni e idee. Tutto ciò viene considerato importante per difendere la libertà di espressione come un diritto fondamentale dell'individuo, proteggendola da qualsiasi minaccia proveniente da qualsiasi fonte. V. CRISAFULLI, *Problematica della «Libertà d'informazione»*, in *Il Politico*, 29(2), 1964, p. 297.

problematiche, la normativa internazionale sulla libertà di espressione ha subito un'evoluzione significativa, nel tentativo di affrontare “di petto” le sfide poste dall’*hate speech*.

2. La libertà di espressione un tema a rilevanza internazionale

I diritti umani forniscono uno strumento cruciale nel “limitare il potere del sovrano” per garantire spazi di libertà individuale, limitando il potere delle autorità e prevenire il dispotismo. A tal proposito, si fa memoria della distinzione tra diritti negativi e positivi, altrettanto, importante nel contenimento dell’abuso di potere da parte delle autorità, ossia quelli che richiedono semplicemente che lo stato non interferisca nelle libertà individuali e quelli che, invece, richiedono un’azione attiva dello stato per garantire opportunità e benessere³.

La trasformazione dei diritti umani da una dimensione nazionale a una internazionale nel XX secolo è stata motivata dalle tragedie delle due guerre mondiali, che hanno mostrato gli orrori che possono derivare dalla mancanza di protezione dei diritti fondamentali degli individui. A tal proposito, viene in rilievo la necessità di creare un diritto internazionale dei diritti umani per affrontare questa sfida e fornire un quadro normativo globale per la loro protezione⁴.

Tuttavia, la Seconda guerra mondiale ha segnato un punto di svolta nella storia dei diritti umani, le atrocità e le violazioni nei confronti degli individui perpetrate durante il conflitto hanno portato alla consapevolezza

³ L’equilibrio tra diritti negativi e positivi è fondamentale per garantire una società giusta e libera. Mentre i diritti negativi proteggono gli individui dalla coercizione e dall’ingerenza statale e promuovono la libertà individuale, i diritti positivi contribuiscono a garantire l’uguaglianza di opportunità e a ridurre le disuguaglianze sociali ed economiche. Insieme, questi due tipi di diritti svolgono un ruolo cruciale nel promuovere e proteggere la dignità e il benessere di tutti gli individui.

⁴ La *Magna Charta* del 1215 è spesso citata come uno dei primi documenti a trattare i diritti dei cittadini, ma è stato solo un passo iniziale verso una maggiore protezione dei diritti individuali. Successivamente, documenti come l’*Habeas Corpus Act* del 1679, la *Bill of Rights* del 1689, la *Dichiarazione di indipendenza di Philadelphia negli Stati Uniti* del 4 luglio 1776 o, altri preferiscono ricondurre, con attenzione alla Rivoluzione francese alla *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e dei cittadini* del 1789 quali pietre miliari nella storia dei diritti umani, dato che hanno contribuito a incrementare nel corso dei secoli un percorso di progressiva estensione e riconoscimento di tali diritti a una più ampia gamma di individui. Per approfondimenti G. CITRONI, T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale* Parte III – *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2022; R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2023; S. ZAPALÀ, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2023.

dell'importanza di garantire tali diritti in modo universale e concreto tale da prevenire determinati orrori, ben conosciuti, in futuro.

Nonostante le sfide, l'idea di diritti umani universali ha continuato a guadagnare terreno e l'istituzione delle Nazioni Unite nel 1945 ha rappresentato un passo significativo verso questo obiettivo, fornendo un quadro istituzionale per affrontare le questioni legate ai diritti umani su scala globale. Fin dalla sua fondazione, l'organizzazione ha adottato la promozione della pace e della sicurezza internazionale come uno dei suoi principali obiettivi, riconoscendo che la pace è intrinsecamente legata al rispetto dei diritti umani.

Nel contesto internazionale viene adottata dall'Assemblea Generale con Risoluzione n. 217 A (III) il 10 dicembre 1948 a Parigi la "Dichiarazione internazionale dei diritti dell'uomo"⁵ che, nonostante la sua natura non vincolante, rappresenta un punto di riferimento internazionale per la promozione e la tutela dei diritti fondamentali di tutti gli individui, come la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza e la giustizia, essenziali per la convivenza pacifica e la prosperità delle società.

Tuttavia, l'autorità morale e politica della Dichiarazione ha profondamente influenzato il diritto internazionale e ha fornito un quadro etico per valutare le azioni dei governi e delle istituzioni globali al rispetto dei diritti umani, rappresentando un punto di riferimento per molti trattati e convenzioni sui diritti umani susseguitesesi nel tempo, nonché fondamentali nel plasmare il diritto internazionale dei diritti umani.

Tra i principi posti in essere dalla Dichiarazione a tutela della libertà

⁵ Individui influenti come Eleanor Roosevelt hanno sostenuto l'importanza dei diritti umani nel contesto delle Nazioni Unite, rompendo con l'approccio tradizionale del diritto internazionale in cui gli individui avevano scarsa rilevanza. Viene istituita, ai sensi dell'art. 68 Carta delle Nazioni Unite, la *Commissione per i diritti umani* nel 1946 con Risoluzione n. 5 (I) è stata un organo fondamentale per promuovere e garantire il rispetto dei diritti umani a livello globale. Composta da rappresentanti governativi di 53 Stati membri delle Nazioni Unite, la Commissione si è riunita annualmente a Ginevra, accogliendo anche contributi da organizzazioni non governative (ONG). Un suo importante compito è stato redigere la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. Tuttavia, nel 2006 la Commissione è stata riformata e trasformata nel *Consiglio per i diritti umani* delle Nazioni Unite, cambiamento avvenuto tramite la Risoluzione 60/251 dell'Assemblea Generale dell'ONU. Il nuovo Consiglio, in qualità di *Charter-Bodies*, è composto da 47 membri eletti dall'Assemblea Generale con un mandato triennale, ha sostituito la Commissione come principale organo dell'ONU per il monitoraggio e la promozione dei diritti umani. Il Consiglio per i diritti umani ha visto un ampliamento di poteri precedentemente attribuiti alla Commissione, dotandosi di maggiori capacità decisionali e di supervisione. Uno dei compiti principali è l'Esame Periodico Universale (*Universal Periodic Review* – UPR), che coinvolge tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite nell'autovalutazione dei loro record sui diritti umani. Non meno importante è la figura del Relatore Speciale (*Special Rapporteur*) creata nel 1993 al fine di incentivare la promozione e la protezione del diritto alla libertà di espressione e opinione.

di espressione viene in rilievo la disposizione prevista ai sensi dell'art. 19 che recita "*Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers*"⁶, mentre, con riguardo ai trattati a carattere generale di tipo internazionale intervengono il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. Nello specifico, il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR) del 1966⁷ è un documento internazionale fondamentale nel campo dei diritti umani in quanto offre una serie di specifiche e dettagli aggiuntivi al principio fondamentale della libertà di espressione, rispetto alla Dichiarazione Universale.

Con l'analisi del Patto emerge chiaramente la primaria funzione di specificare il diritto di espressione, già previsto dalla Dichiarazione Universale, includendo "*la libertà di ricercare, ricevere e diffondere informazioni e idee*" di ogni sorta, attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione. Sebbene la libertà di espressione sia fondamentale, il Patto riconosce che possono esserci circostanze in cui è necessario imporre restrizioni. Tuttavia, queste restrizioni devono essere stabilite dalla legge in quanto necessarie per proteggere i diritti o la reputazione degli altri, garantire la sicurezza nazionale, mantenere l'ordine pubblico, salvaguardare la salute o la morale pubblica. In connessione a tale tutela, il Patto riconosce il diritto alla privacy nella corrispondenza per mettere al riparo le persone da attacchi mirati all'onore e alla reputazione in caso di violazione oltre a proibire qualsiasi forma di incitamento all'odio nazionale, razziale o religioso che possa condurre alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza che

⁶ Testo tradotto in italiano: "*Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere*". Disponibile sul sito internet <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/italian> Non è da sottovalutare la lettura simultanea dell'art. 19 con gli artt. 12 e 27 in considerazione della libertà di espressione su internet in quanto rilevano i concetti di "*propria corrispondenza*" e "*vita culturale della comunità*", stando al passo con i tempi, quest'ultima si potrebbe interpretare in modo estensivo facendo riferimento al mutamento della cultura in digitale con massiva diffusione dell'utilizzo delle neo tecnologie informatiche.

⁷ Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici è un trattato internazionale adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 con Risoluzione 2200A (XXI). È entrato in vigore il 23 marzo 1976. Ad oggi è stato ratificato da 168 Stati, in particolare, in Italia l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione sono stati concessi con la l. 25 ottobre 1977, n. 881 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 333 del 7 dicembre 1977), mentre la data di ratifica è il 15 settembre 1978 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 328 del 23 novembre 1978). Il patto entra in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978.

completano il quadro normativo internazionale in ambito di libertà di espressione *online*⁸.

Quindi, effettuando un volo pindarico nel contesto in cui viviamo e in seguito alla lettura complessiva delle disposizioni di cui agli artt. 17, 19 e 20 del Patto si può affermare che, la comunità internazionale mira a promuovere la libertà di espressione in un ambiente *online* rispettoso e inclusivo con il fine di proteggere gli individui da discorsi che possano incitare all'odio o alla violenza contro di loro.

Altresì, l'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali conferma quanto già previsto nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dall'art. 27 e dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ai sensi dell'art. 19, in quanto mira a garantire agli individui la piena partecipazione alla vita culturale e godere dei benefici del progresso scientifico attraverso la protezione della libertà accademica, della libertà di espressione e della libertà di ricerca. Quindi, gli Stati firmatari sono i principali attori nella promozione della libertà e della collaborazione internazionale tra gli stessi nei campi scientifico e culturale per il beneficio di tutti gli individui.

Valutando non solo la fonte normativa ma anche temi in ambito dei diritti umani, nel caso specifico del fenomeno "*hate speech*", le Nazioni Unite hanno elaborato una strategia e un piano di azione contro l'incitamento all'odio in generale rappresentando un importante passo avanti nella lotta contro le crescenti manifestazioni di xenofobia, razzismo, misoginia, antisemitismo e odio anti-musulmano in tutto il mondo. Questo approccio riconosce il legame tra l'incitamento all'odio e i crimini atroci, compresi genocidi e massacri, che hanno segnato la storia recente⁹. I principi chiave su cui si basa la strategia riflettono un approccio ampio e collaborativo per affrontare questo problema globale. La difesa della libertà di espressione è fondamentale, ma deve essere bilanciata da un impegno deciso contro l'uso della libertà di espressione per promuovere discorsi di odio.

Nell'era digitale, dove i *social media* e le piattaforme *online* possono amplificare rapidamente i messaggi di odio, è cruciale educare e sostenere una nuova generazione di cittadini digitali capaci di riconoscere, respingere e contrastare l'incitamento all'odio *online*. Pertanto, secondo l'idea delle Nazioni Unite, ciò richiede, attraverso un approccio collettivo e multilivello, degli sforzi congiunti per la raccolta e la ricerca dei dati per

⁸ Lettura combinata degli artt. 17, 19 e 20 Parte III del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

⁹ Per maggiori dettagli sulla strategia si può consultare il testo originale disponibile sul sito <https://www.un.org/en/genocideprevention/hate-speech-strategy.shtml> e tutti i documenti pubblicati dall'ONU in tema di *discorsi di odio* sul seguente sito istituzionale <https://www.un.org/en/genocideprevention/publications-and-resources.shtml>.

comprendere le cause sottostanti che alimentano l'odio sperando di contrastare in modo efficace l'incitamento con la costruzione di una società più inclusiva e rispettosa dei diritti umani.

Nella linea strategica contro l'incitamento all'odio emerge da ultimo la Missione delle Nazioni Unite in Kosovo (UNMIK) avanzata in soccorso ad un aumento preoccupante dei discorsi di odio sui social media nello Stato. L'avvio del progetto “*Promoting human rights and non-discrimination principles at the local level*” da parte delle Nazioni Unite per i diritti umani in collaborazione con il Consiglio d'Europa e l'Ufficio per il buon governo, i diritti umani, le pari opportunità e la non discriminazione all'interno dell'Ufficio del Primo Ministro del Kosovo si pone l'obiettivo di formare e rafforzare le capacità dei funzionari municipali nel riconoscere e affrontare la discriminazione e l'incitamento all'odio¹⁰.

3. *La normativa statunitense sulla libertà di espressione e la responsabilità di protezione delle Internet Platforms*

Per meglio comprendere la portata della discussione in esame è corretto soffermarsi sulla differenza significativa nell'approccio alla libertà di espressione tra gli Stati Uniti e l'Europa, in particolare per quanto riguarda i limiti imposti per prevenire la diffusione dell'odio e della discriminazione.

In prima analisi, negli Stati Uniti il tema dell'*hate speech* è certamente una questione complessa e controversa nel contesto della giurisprudenza americana poiché si intreccia con la libertà di espressione garantita dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti¹¹. La garanzia

¹⁰ Il progetto “*Promuovere i diritti umani e i principi di non discriminazione a livello locale*”, così tradotto in italiano, ha formato 97 funzionari antidiscriminazione di 27 comuni in tutto il Kosovo, concentrandosi sulla raccolta dati, il monitoraggio e la rendicontazione per aumentare la comunicazione con le istituzioni centrali. Ha inoltre contribuito alla preparazione del rapporto annuale del governo del Kosovo sulla protezione dalla discriminazione e ha fornito formazione sulla non discriminazione attraverso la piattaforma HELP (Educazione ai diritti umani per i professionisti legali). Il progetto ha ricevuto feedback positivo dai partecipanti, che hanno notato un impatto duraturo sulla loro capacità di affrontare la discriminazione. Si prevede che il progetto continuerà a migliorare la gestione delle questioni relative ai diritti umani nel Kosovo, con un'attenzione particolare alla protezione dalla discriminazione e all'incitamento all'odio.

¹¹ Testualmente il Primo Emendamento di *The Bill of Rights* stabilisce: “*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*”; in italiano “Il Congresso non potrà porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una re-

assoluta posta in essere dall'Emendamento è caratterizzata da una forma ampia tale da essere tutelata indipendentemente dal mezzo con cui viene esercitata e, soprattutto, stabilisce che ogni livello di potere governativo non può limitare la libertà di parola degli individui.

Tuttavia, ci sono stati numerosi casi in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affrontato la questione dell'*hate speech* e ha delineato i confini della libertà di espressione in relazione ad esso. Generalmente, va notato che la Corte Suprema si impegna a bilanciare la protezione dei diritti costituzionali, come la libertà di parola garantita dal Primo Emendamento con altri interessi legittimi, ad esempio protezione della sicurezza nazionale o la prevenzione di incitamenti alla violenza.

In particolare, nel caso *Brandenburg v. Ohio* del 1969¹², la Corte Suprema degli Stati Uniti ha emesso una decisione importante riguardante la "protezione" del cosiddetto *hate speech* in relazione alla tutela disposta dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Nel suo giudizio, la Corte ha stabilito che l'"*hate speech*" può essere protetto dalla libertà di espressione garantita dal Primo Emendamento, a meno che non soddisfi l'"*imminent lawless action*" stabilendo così uno *standard* più rigoroso per la criminalizzazione del discorso incitante in quanto la protezione della libertà di parola è estremamente ampia, specialmente quando si tratta di opinioni impopolari o offensive. L'introduzione del test stabilisce che il discorso è considerato incostituzionale solo nel caso in cui soddisfi entrambi criteri previsti dai giudici americani, ovvero che il discorso sia intenzionalmente incitante alla violenza o all'illegalità e che sia probabile la produzione immediata di azioni illegali o violente.

Anche se il concetto di "*imminent lawless action*" è rilevante in alcuni contesti legali, come suesposto nel caso del chiaro e immediato pericolo derivante da un discorso incitante alla violenza, ci sono altre forme di di-

ligione o per proibirne il libero culto, o per limitare la libertà di parola o di stampa o il diritto dei cittadini di riunirsi in forma pacifica e d'inoltare petizioni al governo per la riparazione di ingiustizie".

¹² Il caso riguardava il leader del Ku Klux Klan, Clarence Brandenburg, che aveva tenuto un discorso in una riunione Klan nel 1964, in cui si facevano riferimenti ad attacchi violenti contro gli afroamericani e gli ebrei. La Corte ha stabilito che, poiché il discorso di Brandenburg non soddisfaceva il test di incitamento immediato e legale all'illegalità, non poteva essere punito penalmente. È possibile leggere integralmente la decisione sul seguente sito internet <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. A tal riguardo si veda la seguente dottrina americana L.E. BEAUSOLEL, *Free, Hateful, and Posted: Rethinking First Amendment Protection of Hate Speech in a Social Media World*, in *Boston College Law Review*, 60(7), 2019, pp. 2101-2144; B. CHESNEY, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security*, in *California Law Review*, 107(6), 2019, pp. 1753-1820; A.M. SEARS, *Algorithmic Speech and Freedom of Expression*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 53(4), 2020, pp. 1327-1376; E. DOUEK, *Content Moderation as Systems Thinking*, in *Harvard Law Review*, 136(2), 2022, pp. 526-607.

scorso che possono essere limitate senza la necessità di soddisfare questo criterio, come nel caso della diffamazione e delle minacce dirette o chiaro pericolo per la persona.

A tal proposito rileva, in particolare, il caso *Snyder vs. Phelps* del 2011¹³ importante punto di svolta per la Corte Suprema degli Stati Uniti riguardo alla libertà di espressione nella dimensione digitale. In questa causa, la Corte ha affrontato la questione di fino a che punto il discorso d'odio, anche se estremamente offensivo e impopolare, possa essere protetto dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. La Corte Suprema ha deciso che, nonostante la natura estremamente offensiva e dolorosa delle proteste della Westboro Baptist Church, comunque erano protette dalla libertà di parola garantita dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, sostenendo che il discorso era basato su questioni di interesse pubblico, politiche e sociali, anche se espressi in modo estremamente provocatorio e offensivo.

Ancora più calzante è il caso *Elonis v. US* del 2015¹⁴ che è stato significativo per la questione della libertà di espressione *online* in cui si traccia

¹³ Il caso riguardava la Westboro Baptist Church, un gruppo religioso estremista, che manifestava durante i funerali militari per esprimere il proprio disprezzo per l'omosessualità e la politica del governo riguardo ad essa. La famiglia del defunto, un soldato americano ucciso in azione in Iraq, ha citato in giudizio la Chiesa per l'angoscia emotiva causata dalle sue proteste. La decisione è disponibile sul seguente sito internet <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/>. A tal riguardo si veda la seguente dottrina americana: T.M. MASSARO, R. STRYKER, *Freedom of Speech, Liberal Democracy, and Emerging Evidence on Civility and Effective Democratic Engagement*, in *Arizona Law Review*, 54(2), 2012, pp. 375-442; K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 129(8), 2020, pp. 2418-2499; R.A. WILSON, M.K. LAND, *Hate Speech on Social Media: Content Moderation in Context*, in *Connecticut Law Review*, 52(3), 2021, pp. 1029-1076.

¹⁴ In particolare, il caso ha avuto origine nel 2010 quando Anthony Elonis, un uomo della Pennsylvania, è stato arrestato e accusato di aver pubblicato una serie di post su Facebook contenenti testi violenti e minacce, alcune delle quali erano rivolte alla sua ex moglie, ad altre persone e ad agenti dell'FBI. La questione chiave del caso *Elonis* riguardava se i post di Elonis fossero considerati semplicemente come espressioni artistiche o se costituivano vere e proprie minacce criminali. Elonis sosteneva che i suoi post fossero solo espressioni artistiche, mentre i pubblici ministeri ritenevano che le sue parole costituissero minacce credibili e punibili penalmente.

Il caso ha raggiunto la Corte Suprema degli Stati Uniti, che nel 2015 ha emesso una decisione molto attesa, stabilendo che per condannare Elonis, non era sufficiente dimostrare che una persona ragionevole avrebbe potuto interpretare i suoi post come minacce e che per essere considerato colpevole, Elonis doveva aver intenzionalmente inteso minacciare le persone menzionate nei suoi post. La Corte ha inoltre rifiutato di stabilire una regola generale per determinare se un linguaggio costituisse una minaccia, sostenendo che tale valutazione dovrebbe essere fatta caso per caso, tenendo conto del contesto in cui sono state fatte le dichiarazioni. La decisione è disponibile sul sito internet. A tal riguardo si veda la seguente dottrina americana: P.S. LARSON, *Is That a Threat?: Elonis v. United States*

una linea di demarcazione tra la libertà di espressione protetta dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti e la minaccia di violenza in un discorso di *hate speech*, pronunciando che per considerare un discorso come minaccioso, è necessario dimostrare che l'autore abbia avuto l'intenzione di minacciare effettivamente qualcuno dato che non è sufficiente l'interpretazione in tal senso da parte di un osservatore ragionevole. Questa decisione non implica una tolleranza per il discorso d'odio *online*, ma piuttosto pone un limite più alto per dimostrare l'intenzione criminale in casi di presunte minacce *online*, sottolineando che la libertà di espressione può essere limitata solo in casi di minacce credibili e specifiche e il mero contenuto offensivo o disturbante di un messaggio non è sufficiente per configurare una minaccia criminale.

Detto ciò, assodato che negli Stati Uniti d'America vige una totale (o quasi) garanzia della libertà di espressione, mentre è complessa e in continua evoluzione la questione della libertà di espressione sulle piattaforme digitali. A tal proposito, sono esistenti vari interrogativi sulla natura giuridica delle *Internet Platforms* sulla possibilità o meno di essere abilitate ad applicare censure senza violare il Primo Emendamento.

In generale, oggetto di dibattito e discussione tra giuristi, studiosi e attivisti ruota intorno al fatto se le piattaforme digitali dovrebbero essere trattate come entità private con la capacità di moderare i propri contenuti nel modo in cui ritengono più opportuno o se dovrebbero essere considerate agorà pubbliche digitali soggette alle stesse restrizioni della libertà di espressione che si applicano al governo.

Un'analisi sulla possibile qualificazione delle piattaforme digitali come "fori pubblici" secondo la dottrina della "*state action doctrine*", stabilisce che potrebbero essere considerate in modo equivalente a spazi pubblici e quindi soggetti alle stesse restrizioni costituzionali che si applicano al governo riguardo alla libertà di espressione. *A contrario*, se una piattaforma *online* è considerata un'entità privata, come molte lo sono, non le vincola direttamente al Primo Emendamento, consentendo loro di stabili-

and the Standard of Intent for True Threat Convictions, in *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, 10, 2014-2015, pp. 83-104; J.X. QUEK, *Elonis v. United States: The next Twelve Years*, in *Berkeley Technology Law Journal – Annual Review*, 31, 2016, pp. 1109-1136; J. RUSSOMANNO, *Facebook Threats: The Missed Opportunities of Elonis v. United States*, in *Communication Law and Policy*, 21(1), 2016, pp. 1-38; D. BARNEY, *Elonis v. United States: Why the Supreme Court Punted on Free Speech*, in *Pepperdine Law Review-Annual Volume*, 44, 2016, pp. 1-14; M.N. BRISON, *Elonis v. United States: The Need for a Recklessness Standard in True Threats Jurisprudence*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 78(4), 2017, pp. 493-518; A. KAPELLAN, *Speak No Evil: A Linguistically Honest Cure for the Mythological Psychology of Appellate Adjudication of Overpayments by the Department of Veterans Affairs*, in *Mississippi Law Journal*, 93(1), 2023, pp. 1-60.

re le proprie policy/termini di servizio per la moderazione dei contenuti senza violare il diritto costituzionale alla libertà di espressione¹⁵.

Ma, considerando la crescente influenza delle grandi piattaforme digitali nella sfera pubblica, le piattaforme potrebbero essere considerate “agorà pubbliche digitali” e potrebbe essere richiesto loro di rispettare la libertà di espressione in modo più simile alle restrizioni che si applicano al governo. Tuttavia, finora le Corti americane non hanno adottato un ampio cambiamento nel trattamento giuridico delle piattaforme digitali in relazione alla libertà di espressione e le piattaforme continuano generalmente ad avere un ampio grado di discrezionalità nella moderazione dei contenuti, anche se ci sono crescenti pressioni politiche e sociali per imporre limiti più stretti o per regolamentare le azioni delle piattaforme digitali in materia di moderazione dei contenuti.

Si evidenzia, inoltre, un dibattito in corso negli Stati Uniti riguardo alla responsabilità degli intermediari digitali, in particolare dei social network, per i contenuti generati dagli utenti che attualmente è disciplinata principalmente dalla Sezione 230 del *Communications Decency Act* (CDA) del 1996 fondamentale per lo sviluppo e la crescita di Internet in quanto ha fornito una certa protezione legale alle piattaforme *online*, consentendo loro di ospitare una vasta gamma di contenuti generati dagli utenti senza dover sostenere la responsabilità legale per quei contenuti.

In sostanza, la Sezione 230 del CDA esclude la responsabilità degli intermediari *online*, come piattaforme e fornitori di servizi Internet per i contenuti pubblicati da altri utenti sulle loro piattaforme, a meno che non siano coinvolti nell'atto stesso di creazione o modifica di tali contenuti, eccezioni a questa immunità, come la violazione dei diritti d'autore e la pubblicità ingannevole. Tuttavia, è importante notare che la normativa rappresenta oggetto di un caloroso dibattito in America negli ultimi anni, poiché con argomenti da entrambi i lati dello spettro politico, alcuni sostengono che la Sezione 230 dovrebbe essere modificata per renderla più adatta ai tempi attuali e per affrontare problemi come la disinformazione, l'odio *online* e altri abusi della piattaforma, altri, invece, ritengono che la Sezione 230 sia fondamentale per la libertà di espressione *online* e per la crescita dell'innovazione su Internet e che qualsiasi modifica potrebbe avere conseguenze indesiderate.

Senza mancare, tra l'altro, il dibattito sulla riforma della Sezione 230

¹⁵ Per una lettura approfondita sul tema si leggano J. FEE, *The Formal State Action Doctrine and Free Speech Analysis*, in *North Carolina Law Review*, 83(3), 2015, pp. 569-620; M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, pp. 811-840; M. FIDLER, *The New Editors: Refining First Amendment Protections for Internet Platforms*, in *Stanford Technology Law Review*, 24(2), 2020-2021, pp. 237-343.

riflette le tensioni tra la necessità di affrontare i problemi emergenti legati ai contenuti *online* e il desiderio di preservare la libertà di espressione e l'innovazione su Internet, soprattutto nel caso particolare della diffusione di propaganda elettorale discriminatoria attraverso i *social network*.

La necessità di modificare la legge per affrontare la questione dell'odio *online* è certamente importante, considerando il ruolo sempre più centrale che i social media e altre piattaforme digitali giocano nella comunicazione e nel coinvolgimento politico. Tuttavia, è cruciale trovare un equilibrio tra la lotta contro l'odio e la preservazione della libertà di espressione costituendo una sfida complessa per legislatori, aziende tecnologiche e la società.

4. *L'esperienza europea sulla libertà di espressione e la responsabilità di protezione delle Internet Platforms*

Spostandoci con il pensiero geograficamente, la visione europea della libertà di espressione spesso incorpora una prospettiva più bilanciata rispetto ad altre parti del mondo. In molti paesi dell'Unione europea¹⁶ vi sono leggi che vietano la diffusione di discorsi d'odio, ritenendo che la libertà di espressione debba avere dei limiti per prevenire danni alla coesione sociale e proteggere i diritti degli individui e dei gruppi.

Tuttavia, è importante notare che il bilanciamento tra libertà di espressione e prevenzione dell'odio può essere oggetto di dibattito e controversie, specialmente quando si tratta di definire i limiti della libertà di espressione e l'applicazione delle leggi antidiscriminatorie. In ogni caso, la consapevolezza della necessità di trovare un equilibrio tra questi principi fondamentali riflette una visione più ampia della democrazia e dei diritti umani all'interno della società europea.

Si evidenzia l'importanza storica della tutela della libertà di espressione in Europa, attraverso l'adozione della Convenzione europea dei diritti

¹⁶ La libertà di manifestazione del pensiero, uno dei pilastri fondamentali della nostra democrazia, viene sancito nella Costituzione italiana ai sensi dell'art. 21 ad ogni individuo (cittadino, straniero o apolide). Secondo la dottrina maggioritaria, la libertà di pensiero comprende ogni forma di espressione di idee, opinioni e notizie, ma è stata teorizzata una distinzione tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di informazione al fine di distinguere tra notizia e opinione atta ad individuare i c.d. limiti alla libertà. Quindi, il verificarsi di atti illeciti va ricondotto al diritto di espressione inerenti alla funzione *stricto sensu* della notizia evitando un'eguaglianza con le opinioni che hanno la semplice funzione informativa. Per approfondimento: P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto. Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, Utet, Torino, VIII, 1993, pp. 319-395.

dell'uomo (CEDU) che evidenzia in modo incontrovertibile come tale tutela sia essenziale per preservare i diritti umani fondamentali, specialmente considerando il contesto storico delle due guerre mondiali e dell'Olocausto che hanno segnato profondamente l'Europa. La libertà di espressione non è solo un principio astratto, ma è considerata essenziale per il funzionamento di una moderna democrazia, ovvero non solo è collegata all'esercizio dei diritti politici e sociali dei cittadini, ma anche al ruolo di controllo sociale svolto dai media e dalla stampa.

La CEDU, adottata nel 1950, è considerata erede delle grandi dichiarazioni dei diritti dell'uomo del XVIII secolo, ma si adatta anche alle esigenze della società moderna, in particolare quelle emerse dopo la Seconda guerra mondiale. L'art. 10 CEDU, che consacra la libertà di espressione, è stato sviluppato e interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso una serie di decisioni storiche, come nel caso *Handyside*¹⁷, che ha contribuito a estendere la protezione della libertà di espressione. La Corte ha continuato a interpretare e adattare questa protezione, riconoscendo sia gli obblighi positivi degli Stati nel garantire tale libertà, sia i limiti che possono essere posti in determinate circostanze, bilanciando la libertà di espressione con altri diritti e interessi previsti dalla Convenzione stessa.

Nel dettaglio, tra gli accordi regionali in Europa, America e Africa che riconoscono il diritto alla libertà di espressione e alla riservatezza delle comunicazioni, fondamentali per garantire la protezione dei diritti umani e civili degli individui, rileva l'art. 10 CEDU rubricato "*Libertà di espressione*"¹⁸ che riconosce la libertà di espressione come un diritto fonda-

¹⁷ Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72, §§ 48-50. La sentenza si basa sull'art. 10 CEDU, che protegge il diritto alla libertà di espressione. La Corte ha sottolineato che la libertà di espressione è essenziale per il funzionamento di una società democratica e per il suo sviluppo. Tuttavia, questa libertà non è illimitata e può essere soggetta a restrizioni, purché queste siano previste dalla legge, perseguano un obiettivo legittimo e siano necessarie in una società democratica. Quindi, la Corte stabilisce un criterio di valutazione per determinare se una restrizione alla libertà di espressione è legittima. Tale criterio prevede che le restrizioni devono essere previste dalla legge, perseguire un obiettivo legittimo e essere necessarie in una società democratica. Inoltre, le eccezioni devono essere interpretate in modo restrittivo. La sentenza ha anche riconosciuto che gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità nel determinare se una restrizione è necessaria, tenendo conto delle circostanze locali. Questo significa che ci possono essere differenze tra i paesi nella regolamentazione della libertà di espressione, specialmente per quanto riguarda concetti come la morale pubblica o il comune senso del pudore. Nel caso specifico di *Handyside c. Regno Unito*, la Corte ha stabilito che il Regno Unito poteva legalmente processare una casa editrice e distruggere le copie di un libro, nonostante il libro fosse ammesso in altri paesi.

¹⁸ La CEDU riporta ai sensi dell'art. 10 – *Libertà di espressione* le testuali parole: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione

mentale all'interno dell'UE prevedendo sia la libertà di opinione che la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee senza interferenze da parte delle autorità pubbliche e limiti di frontiera¹⁹. La CEDU, attraverso il suo art. 10, consacra la libertà di espressione come un diritto fondamentale, la cui struttura è stata coordinata con altre dichiarazioni dei diritti dell'uomo, come l'art. 19 della Dichiarazione delle Nazioni Unite.

Il principio fondamentale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è che gli Stati membri si impegnano a rispettare i diritti e le libertà fondamentali sanciti dalla Convenzione stessa. Tuttavia, questo impegno non significa che gli Stati membri debbano rinunciare completamente alla loro sovranità giuridica nazionale. Piuttosto, la CEDU fornisce un quadro normativo entro il quale gli Stati membri devono operare, garantendo al contempo un certo grado di flessibilità per adattare i diritti e le libertà garantiti ai contesti nazionali.

L'art. 10 CEDU, che tratta della libertà di espressione, deve essere interpretato in combinato disposto con altri articoli della stessa Convenzione, in modo particolare con l'art. 17. Quest'ultimo stabilisce che nessun diritto riconosciuto dalla Convenzione può essere utilizzato per compiere o partecipare ad azioni che violino altri diritti e libertà previsti dalla stessa Convenzione, concepito per prevenire che gruppi totalitari possano sfruttare i principi enunciati nella Convenzione a proprio vantaggio.

Oltre all'art. 17 all'interno della Convenzione sono rilevanti per la li-

e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

¹⁹ Si citano, tra l'altro, la Convenzione americana sui diritti umani (Patto di San José) che, adottata dall'Organizzazione degli Stati americani nel 1969, protegge diversi diritti umani, tra cui la libertà di pensiero e di espressione (art. 13) e il diritto alla privacy (art. 11). La Commissione interamericana dei diritti umani e la Corte interamericana dei diritti umani sono responsabili dell'applicazione di questa convenzione. Oltre a questa Convenzione troviamo la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli che, adottata dall'Organizzazione dell'unità africana (ora Unione africana) nel 1981, include disposizioni che proteggono la libertà di espressione (art. 9) e il diritto alla privacy (art. 4). Questi accordi sono importanti perché forniscono un quadro giuridico per la protezione dei diritti fondamentali delle persone in queste regioni e stabiliscono meccanismi per il controllo giurisdizionale delle violazioni di tali diritti. La loro applicazione può essere fondamentale nel garantire che le restrizioni alla libertà di espressione e alla privacy siano giustificate e proporzionate rispetto agli obiettivi legittimi stabiliti dalla legge.

bertà di espressione altri articoli come l'art. 6 (diritto al giusto processo), l'art. 8 (diritto alla privacy) e l'art. 10, sezione 2 (protezione dell'onore e della reputazione dell'individuo), i quali lavorano in sinergia per garantire un equilibrio tra la libertà di espressione e altri diritti compresi gli interessi legittimi. La tutela del diritto di espressione in ambito europeo ha subito un processo di trasformazione della sua protezione tra i diritti fondamentali all'interno dell'Unione europea (UE) che si cristallizza solo attraverso l'introduzione della Carta europea dei diritti fondamentali (CDFUE) prevista ai sensi l'art. 11 rubricato "*Libertà di espressione e d'informazione*"²⁰.

Prima dell'entrata in vigore della Carta, la libertà di espressione non era esplicitamente garantita nei trattati fondativi dell'UE e, solo in un momento successivo, è stata inclusa e rafforzata con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). Con il trattato di Lisbona e la conseguente riforma dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), la Carta dei diritti fondamentali ha dato esplicita riconoscenza e tutela alla libertà di espressione, diventando giuridicamente vincolante per le istituzioni, gli organi e gli Stati membri dell'Unione. Altresì, si rammenta che, la Carta può essere fatta rispettare dinanzi alle corti nazionali e alle istituzioni dell'Unione, estendendo così la protezione dei diritti fondamentali a livello europeo.

Inoltre, la Carta stabilisce un legame con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), garantendo che i diritti corrispondenti siano interpretati e applicati in modo coerente. Ciò significa che, quando la Carta contiene diritti simili a quelli garantiti dalla CEDU, il loro significato e portata sono identici a

²⁰ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nota anche come Carta di Nizza, è un documento importante che stabilisce i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini dell'Unione europea. La sua prima proclamazione avvenne il 7 dicembre 2000 a Nizza, e successivamente fu adattata e proclamata una seconda volta il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati stessi, come stabilito dall'art. 6 TUE. Ciò significa che la Carta è vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri, e occupa uno status giuridico di pari livello rispetto ai trattati e ai protocolli ad essi allegati, diventando quindi il vertice dell'ordinamento dell'Unione europea. La Carta risponde alla necessità emersa durante il Consiglio europeo di Colonia nel giugno 1999, dove si riconobbe l'importanza di definire un insieme di diritti e libertà di straordinaria rilevanza e di fede che dovessero essere garantiti a tutti i cittadini dell'Unione. In questo contesto, la Carta dei diritti fondamentali si propone di proteggere i diritti umani, le libertà fondamentali e i principi generali del diritto nell'ambito dell'Unione europea. La Carta testualmente riporta ai sensi dell'art. 11 – *Libertà di espressione e d'informazione*: "1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

quelli della Convenzione²¹. Non deve essere tralasciata, inoltre, l'importanza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione dei diritti fondamentali.

L'art. 11 CDFUE sancisce il diritto alla libertà di espressione, riaffermando così un principio fondamentale della democrazia e dei diritti umani nell'ambito dell'UE, in particolare, il primo paragrafo ricalca esattamente l'art. 10 CEDU, incluso il riferimento al diritto di *comunicare* e di *ricevere* idee e informazioni. Bisogna precisare, inoltre, che la libertà di espressione così come formulata nella Carta non contiene paragrafi che elencano restrizioni alla libertà.

Tuttavia, come già accennato, le spiegazioni della Carta chiariscono che l'art. 11 CDFUE si rifà all'art. 10 CEDU, implicando che il significato e la portata di questo diritto sono quelli garantiti dalla Convenzione. Ci sono situazioni in cui può essere difficile stabilire il confine tra espressioni critiche e quelle che costituiscono odio vero e proprio e volendo effettuare un'individuazione delle norme tra le fonti di primo livello dell'Unione europea a tutela dei discorsi d'odio, c.d. *hate speech*, si riscontrano due articoli fondamentali preposti a tal fine.

In primis, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) fornisce un quadro giuridico per affrontare il discorso d'odio proprio attraverso la disposizione ai sensi dell'art. 14 CEDU²² che vieta le discriminazioni basate su diversi criteri tra cui sesso, razza, religione e opinioni politiche. L'*hate speech*, che mira a denigrare o incitare all'odio contro determinati gruppi sulla base di questi attributi, viola chiaramente questo principio.

Allo stesso modo, l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) sancisce il diritto alla non discriminazione e vieta espressamente la discriminazione fondata su motivi come la razza, il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, l'appartenenza a una minoranza nazionale, l'età, il genere, l'orientamento sessuale, o lo stato di salute²³.

²¹ Art. 52 CDFUE.

²² La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riporta ai sensi dell'art. 14 – *Divieto di discriminazione* la seguente disposizione: “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”.

²³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) prevede testualmente ai sensi dell'art. 22 – *Non discriminazione*: “1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il

La definizione fornita dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1997 è stata un primo tentativo significativo di definire il concetto di *hate speech*²⁴ a livello internazionale pur presentando alcune limitazioni, infatti, non include forme di odio basate sull'orientamento sessuale (come l'omofobia) o sul genere (come la misoginia), né copre manifestazioni di odio *online* come il cyberbullismo e il cyberstalking e, in tal senso, il dibattito e gli sforzi per sviluppare definizioni più aggiornate e inclusive di *hate speech* continuano a essere una priorità per molte organizzazioni e governi in tutto il mondo.

Con il progresso della tecnologia e la diffusione dei social network, il compito di controllare questo fenomeno si è reso significativamente più intricato, portano il Consiglio d'Europa a procedere in tal senso con il Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest²⁵ sulla criminalità informatica che ha posto le basi per affrontare la diffusione di contenuti *online* che promuovono odio, discriminazione e violenza contro individui o gruppi di individui sulla base di caratteristiche come razza, religione, origine nazionale o etnica.

Con riguardo alle fonti di secondo grado in ambito europeo, fondamentali sono la Direttiva 2000/43/CE e la Direttiva 2000/78/CE, che trattano rispettivamente il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, indipendentemente dalla religione o convinzione personale, disabilità, età o orientamento sessuale²⁶.

patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi".

²⁴ Viene così definito dal Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa: "(...), the term "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin". Raccomandazione n. R (97) 20, p. 107, disponibile sul seguente sito internet: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b.

²⁵ Il Protocollo addizionale, firmato a Strasburgo il 28 gennaio 2003, ai sensi dell'art. 2 – *Definizione*, § 1 prevede: "racist and xenophobic material means any written material, any image or any other representation of ideas or theories, which advocates, promotes or incites hatred, discrimination or violence, against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors", disponibile al seguente sito internet <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/convention-on-cybercrime.html>.

²⁶ Per una lettura approfondita della Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, consultare il seguente sito internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/>

A ciò si aggiunge, la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio che si concentra sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia mediante cui impegna gli Stati membri a introdurre norme per rendere punibili determinati comportamenti, incluso il reato di istigazione pubblica all'odio, quando mirano a istigare all'odio o alla violenza contro gruppi di persone o di un membro in riferimento a caratteristiche come razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica²⁷.

Inoltre, viene specificato che anche l'apologia, la negazione o la minimizzazione dei crimini come il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra possono essere considerati *hate speech* quando tali comportamenti sono volti a incitare all'odio o alla violenza contro un gruppo o i suoi membri²⁸. Tuttavia, questa ulteriore definizione di *hate speech* non è esaustiva e non copre tutte le possibili categorie di persone che potrebbero essere vulnerabili al discorso d'odio, in quanto, ci sono altre categorie che potrebbero essere altrettanto rilevanti ma che non sono esplicitamente menzionate nella definizione fornita dalla decisione quadro del 2008.

Per questo motivo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013²⁹ evidenzia l'importanza di una revisione della decisione quadro 2008/913/GAI per includere le manifestazioni di antisemitismo, intolleranza religiosa, antiziganismo, omofobia³⁰ e transfobia tale da riflettere un

HTML/?uri=CELEX%3A32000L0043 e della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, consultare il seguente sito internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32000L0078>.

²⁷ Art. 1, comma 1, lett. a), della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008 disponibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>.

²⁸ Art. 1, comma 1, lett. c), della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008.

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 sul rafforzamento della lotta contro il razzismo, la xenofobia e i reati generati dall'odio (2013/2543(RSP)) disponibile presso il seguente sito internet https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0090_IT.pdf.

³⁰ Nel punto B dei considerando della Risoluzione sulla lotta all'omofobia in Europa, approvata il 24 maggio 2012, si sottolinea che l'omofobia rappresenta la paura e l'avversione irrazionali verso l'omosessualità e le persone LGBT (lesbiche, gay, bisessuali e transgender), basate su pregiudizi. Si afferma che l'omofobia è equiparabile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo, e si evidenzia che essa si manifesta in diverse forme, inclusi incitamenti all'odio, discriminazioni, scherno, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni, e talvolta anche omicidi. La risoluzione denuncia inoltre che l'omofobia può nascondersi dietro motivazioni apparentemente legittime, come l'ordine pubblico, la libertà religiosa e il diritto all'obiezione di coscienza, pur essendo in realtà un'ingiusta violazione dei diritti umani e della dignità delle persone LGBT. Disponibile sul sito internet https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0222_IT.pdf.

impegno verso la protezione dei diritti umani e la promozione della tolleranza e dell'inclusione in Europa.

Ciò considerato, le istituzioni europee hanno fatto diversi sforzi per contrastare la proliferazione dell'*hate speech* attraverso due approcci significativi come l'introduzione di una definizione, seppur incompleta dettata dal timore di non ricomprendere tutto ciò che può essere frutto di un discorso d'odio e, poi, attraverso lo sviluppo di strumenti per il contrasto per combattere l'*hate speech* in tutte le sue forme, soprattutto per il fatto che è innegabile come l'avvento di Internet e dei social network abbia amplificato la portata e la velocità con cui le espressioni di odio possono diffondersi.

Il controllo sull'*hate speech* è diventato sempre più complesso e considerando la situazione ante Covid-19 al fine di contrastarne la proliferazione, viene emanato il *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online*³¹ basato su una stretta collaborazione tra la Commissione europea, le piattaforme informatiche, le organizzazioni della società civile e le autorità nazionali, sviluppato in risposta alla crescente frequenza degli attacchi terroristici e all'aumento delle posizioni estremiste, razziste e xenofobe su Internet.

Il Codice ha imposto alle aziende tecnologiche di rivedere le proprie politiche operative per rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti che incitano all'odio entro un periodo di tempo molto breve, specificamente entro 24 ore dalla segnalazione, pur garantendo la libertà di espressione come valore fondamentale. Questo impegno rappresenta un processo di responsabilizzazione delle aziende private chiamate a agire in prima linea nel contrastare l'odio *online* e assumendo un ruolo che va oltre quello di semplici fornitori di servizi *online*, assumendo in pratica funzioni legislative, giudiziarie ed esecutive.

La Commissione europea ha condotto un monitoraggio per valutare l'applicazione del Codice contro i discorsi d'odio *online* da parte di 12 organizzazioni in 9 paesi europei, inclusa l'Italia. I risultati presentati il 7 dicembre 2016 hanno evidenziato che la maggior parte delle segnalazioni riguardava contenuti pubblicati su Facebook (45%), seguiti da Twitter (27%), YouTube (21%) e altre piattaforme (7%).

Le principali categorie di discriminazione oggetto delle segnalazioni erano la comunità ebraica (23,7%), seguita dalla discriminazione basata sulla nazionalità (21%) e contro i musulmani (20,2%). Riguardo alla rimozione dei contenuti segnalati, YouTube è risultato essere la piattaforma più efficace, con il 48,5% dei contenuti rimossi, seguito da Facebook

³¹ Per una consultazione approfondita del Codice si può accedere al seguente sito internet https://commission.europa.eu/document/551c44da-baae-4692-9e7d-52d20c04e0e2_it.

(28,3%) e Twitter (19,1%). Tuttavia, solo il 28,2% dei contenuti segnalati è stato effettivamente rimosso, con percentuali variabili da paese a paese. In particolare, l'Italia ha avuto il tasso più basso di rimozione, con solo il 3,6% dei contenuti segnalati rimossi su 110 segnalazioni. Solo il 40% dei contenuti segnalati è stato analizzato e rimosso entro 24 ore.

I risultati dei monitoraggi successivi, pubblicati il 1° giugno 2017 e il 1° gennaio 2018, hanno mostrato progressi costanti ma non significativi nell'applicazione del Codice. In particolare, però, nel 2018 il monitoraggio inerente alla funzionalità del codice è positivo, infatti i contenuti segnalati e valutati dalla piattaforma passano dal 40% al 90% e viene rimosso il 71% dei contenuti riconducibili all'incitamento all'odio illegale, rispetto al 28% nel 2016.

Viceversa, nel periodo durante la pandemia è stato verificato un decremento, infatti, il numero di notifiche esaminate dalle società entro 24 ore è diminuito rispetto agli ultimi due esercizi di monitoraggio, passando dal 90,4% nel 2020 all'81% nel 2021 e al 64,4% nel 2022. Dai presenti dati, quindi, risulta un rallentamento in corso con riguardo all'uso del codice di contrasto all'*'hate speech online'*³².

5. *Il deplatforming come strumento in risposta all'hate speech online e l'impatto nella campagna elettorale*

Ciò detto, contrariamente a quanto potremmo spontaneamente pensare, l'*'hate speech'* non è un fenomeno nuovo, né è emerso con l'avvento di Internet e dei social network anzi rappresenta una questione antica e dibattuta da un punto di vista filosofico, politico e giuridico, soprattutto in contesti democratici. Si tratta di una forma particolare di discussione che, sebbene sia estremamente conflittuale, moralmente intollerabile e giuridicamente deprecabile, ha caratterizzato e influenzato la storia del dibattito pubblico sin dai primi giorni dei regimi democratici³³.

³² Tutti i dati messi a confronto sono reperibili sul sito internet della Commissione europea https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en.

³³ Si pensi all'Atene del V secolo a.C. simbolo della democrazia occidentale, le discussioni pubbliche potevano degenerare in attacchi verbali e scontri violenti, come ci ricorda Platone, evidenziando come spesso le parti coinvolte si irritassero e considerassero le opinioni altrui mosse dalla malizia anziché dalla razionalità, trasformando la discussione in una disputa finalizzata alla vittoria personale. I discorsi d'odio non solo esistevano come fenomeno isolato, ma avevano un impatto significativo sullo svolgimento delle discussioni pubbliche, talvolta intralciandole e mettendole in pericolo. Per partecipare alle

È indubbio che la comunicazione *online* offra una sorta di “scudo” virtuale, dietro al quale gli individui possono sentirsi più sicuri nel manifestare opinioni o comportamenti che potrebbero non esprimere facilmente offline. La questione dell’*hate speech*, sebbene affrontata in vari contesti e iniziative internazionali, rimane priva di una definizione universalmente accettata, creando una situazione legislativa incapace di bilanciare la necessità di contrastare l’odio e la discriminazione con il diritto alla libertà di espressione.

Tale criticità è ancora più evidenziata se si fa riferimento alla definizione di *hate speech* nel Codice di condotta del 2016 come “incitamento all’odio” che sembra essere troppo vaga, fuorviante e non adeguata dal punto di vista giuridico poiché sembra collegarsi più a uno stato emotivo che a un pericolo concreto, lasciando alle *IT companies* un’eccessiva discrezionalità nel limitare la libertà di espressione³⁴.

Secondo un documento pubblicato dall’UNESCO nel 2015, intitolato *Countering online hate speech*³⁵, i caratteri distintivi dell’odio espresso attraverso Internet rispetto a quello *offline* si rintracciano attraverso la persistenza dei contenuti *online* nel tempo che li rende facilmente accessibili e rintracciabili anche a distanza di tempo dalla loro pubblicazione, la natura imprevedibile della diffusione dei contenuti *online* aggiunge un elemento di complessità, poiché una volta pubblicati, i contenuti possono essere condivisi e propagati rapidamente da altri utenti, spesso senza il controllo diretto dell’autore originale. Infine, l’anonimato o il senso di protezione offerto dall’uso di pseudonimi o profili falsi può incoraggiare alcuni individui a esprimere comportamenti o opinioni che potrebbero evitare in contesti offline, poiché si sentono meno esposti al giudizio o alle conseguenze delle loro azioni.

Ciò nonostante, affinché un discorso possa essere considerato *hate speech*, deve essere progettato per promuovere l’odio, non essendo suffi-

assemblee pubbliche, non era indispensabile dire la verità, ma era essenziale possedere competenze retoriche, considerata un’arte di persuasione che poteva essere utilizzata senza dover necessariamente fornire prove o argomentazioni a sostegno delle proprie posizioni. Infatti, uno degli elementi comuni che accomuna i discorsi d’odio, sia nel passato che nel presente, è la mancanza di prove e argomentazioni valide a sostegno delle affermazioni, ciò suggerisce che i discorsi d’odio sono spesso basati su emozioni e pregiudizi piuttosto che su ragionamenti razionali. Per approfondimento si legga PLATONE, *Gorgia*, Economica Laterza, Bari, 2022.

³⁴ Il Codice nel secondo capoverso stabilisce testualmente “(...) per incitamento illegale all’odio online si intende ogni comportamento consistente nell’istigazione pubblica alla violenza o all’odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza o all’origine nazionale o etnica”.

³⁵ Il testo è disponibile nella versione originale sul seguente sito internet <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>, in particolare, pp. 13-15.

ciente che il contenuto sia semplicemente offensivo, ma deve incitare in modo intenzionale all'odio. Gli elementi da considerare sono uno soggettivo che riguarda l'intenzione dell'autore di incitare all'odio e, l'altro oggettivo che riguarda la capacità del contenuto di incitare alla violenza e il rischio effettivo che ciò accada³⁶. La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) gioca un ruolo cruciale nel definire questi aspetti che, anche se cerca di bilanciare la libertà di espressione con altri valori, come la protezione dalla discriminazione, deve comunque considerare attentamente ogni caso e valutare se le restrizioni alla libertà di espressione siano proporzionate. Comunque, nella complessità della questione la Corte EDU può adottare un approccio più rigoroso nei confronti dei discorsi d'odio di particolare gravità, applicando l'art. 17 CEDU, noto come "*abuse clause*"³⁷.

Tuttavia, è ormai da tempo in corso una presa di coscienza di come l'*hate speech online* possa minare la libertà di espressione nel contesto digitale contemporaneo, evidenziando come questa libertà sia influenzata dai grandi attori digitali che hanno assunto un ruolo sempre più dominante nell'ambito dell'informazione pur riconoscendo i benefici della tecnologia nel democratizzare e universalizzare la libertà di espressione e le visioni utopiche di una totale libertà senza limiti hanno ormai perso di credibilità.

Le piattaforme digitali non sono più semplici intermediari neutri, bensì attori attivi che esercitano un controllo significativo sui contenuti ospitati³⁸. L'attività di moderazione dei contenuti, condotta in base a regole

³⁶ Cfr. M. D'AMICO, *Odio on line: limiti costituzionali e sovranazionali*, in M. D'AMICO, C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione non odia: conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech online*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 16 ss.; G. ZICCARDI, *Odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina, Milano, 2016.

³⁷ Si vedano in particolare le sentenze della CEDU *Erbakan contro Turchia*, 6 luglio 2006, § 56 e nella più recente sentenza *Altıntaş contro Turchia*, 10 marzo 2020.

³⁸ In Italia, diverse sono le interpretazioni emerse in dottrina e nelle decisioni giurisdizionali riguardanti il ruolo dei soggetti privati, come Facebook, nell'affrontare contenuti odiosi o potenzialmente dannosi provenienti da soggetti politici come Forza Nuova e Casa Pound. In particolare, il Tribunale di Roma nel caso *Casa Pound vs. Facebook*, con ordinanza del 12 dicembre 2019, ha argomentato che Facebook, in quanto "foro pubblico", ha l'obbligo di operare con responsabilità e in conformità ai principi repubblicani. La rimozione di un partito politico dalla piattaforma potrebbe essere vista come un attacco al principio pluralistico, ma tale valutazione dei fini dell'associazione dovrebbe avvenire in un'altra sede. Nel caso analogo relativo a Forza Nuova (Trib. Roma, ord. 23 febbraio 2019), l'autorità giurisdizionale ha legittimato il blocco dell'account, sostenendo che il gestore della piattaforma è vincolato dalle prescrizioni costituzionali e sovranazionali riguardanti il contrasto ai discorsi d'odio. Mentre, la controversia tra *Casapound vs. Facebook* con sentenza del Tribunale di Roma del 5 dicembre 2022 revoca dell'ordinanza cautelare e la conferma della liceità della condotta della piattaforma. Il Tribunale ha sostenuto che Facebook ha agito in base alle proprie regole contrattuali, sottoscritte dagli utenti, e ha anche il dovere di rimuovere contenuti illeciti secondo la normativa europea e internazionale.

interne imposte dai social network, è vista come centrale nell'identità stessa delle piattaforme digitali. Ciò nonostante, le piattaforme tendano a presentarsi come neutrali, esse assumono un potere di censura privata, con conseguenze che possono equipararsi a quelle delle decisioni pubbliche, influenzando quindi anche questioni di rilevanza costituzionale.

Il punto centrale è che le piattaforme *online* sono inizialmente concepite come operatori economici, non come entità governative. Pertanto, quando assumono un ruolo attivo nella moderazione del contenuto *online*, si pone la questione della loro legittimità nell'agire come censori, soprattutto considerando che la censura³⁹ stessa è un fenomeno complesso e delicato all'interno di un contesto democratico. La tensione si accentua quando il ruolo delle piattaforme *online* non è semplicemente complementare a quello del decisore pubblico, ma sembra sostituirsi ad esso. Nel cyberspazio affidare la funzione di moderazione e censura delle informazioni a soggetti privati, come le piattaforme *online*, produce un'erosione delle funzioni tradizionali dello Stato e il potere sempre più pervasivo e totalizzante delle piattaforme digitali.

Nella crescente importanza delle piattaforme digitali come Facebook, Twitter, YouTube e altre, nel contesto della libertà di espressione e del

Cfr. P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casapound c. Facebook*, in *Sidiblog.org*, 20 gennaio 2020. In sostanza, le decisioni giurisdizionali hanno presentato posizioni diverse riguardo al ruolo e alle responsabilità dei soggetti privati come Facebook nel gestire contenuti controversi provenienti da soggetti politici, sollevando importanti questioni sul rapporto tra libertà di espressione, responsabilità delle piattaforme *online* e protezione dei valori costituzionali.

³⁹ Si precisa che la censura *de facto* si riferisce alla moderazione dei contenuti da parte delle piattaforme digitali sulla base delle proprie linee guida e politiche interne, piuttosto che attraverso interventi diretti da parte dei governi o delle autorità legali. Questo tipo di censura spesso riguarda contenuti legali che violano le politiche interne delle piattaforme, come quelli violenti, sessuali o odiosi. Oltre alla censura *de facto*, c'è anche la censura *de jure*, dove gli Stati utilizzano le piattaforme digitali per regolare il discorso pubblico *online* in conformità con le leggi nazionali. Questo si traduce spesso nell'uso delle piattaforme digitali per far rispettare le leggi nazionali sulle espressioni *online*, come è stato evidenziato nel caso *Stormfront* in Italia. In sostanza, la censura *de facto* si riferisce alla moderazione dei contenuti basata sulle politiche interne delle piattaforme digitali, mentre la censura *de jure* riguarda l'uso delle piattaforme da parte degli Stati per far rispettare le leggi nazionali sul discorso pubblico *online*. Entrambe queste forme di censura sollevano questioni importanti riguardo alla libertà di espressione e al ruolo delle piattaforme digitali nell'ambito della regolamentazione del contenuto *online*. Particolare è il concetto di *collateral censorship*, o censura collaterale, sottolinea l'idea che l'impiego di misure di moderazione dei contenuti potrebbe portare a conseguenze indesiderate, limitando la libertà di espressione in modi non intenzionali o eccessivi. Cfr. G. VASINO, *Censura "privata" e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, in *Federalismi.it*, 4, 2023, pp. 130 ss.; C. SHAFFER, *Deplatforming Censorship: How Texas Constitutionally Barred Social Media Platform Censorship*, in *Texas Tech Law Review*, 55(4), 2023, pp. 893-934.

dibattito pubblico, l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero è diventato più facile e rapido rispetto a qualsiasi altro periodo della storia. A tal proposito, tutto ciò è aggravato dal cambiamento significativo delle modalità di partecipazione dei cittadini sul coinvolgimento politico e, di conseguenza, anche le campagne elettorali si stanno spostando sempre più su piattaforme digitali di comunicazione.

Noto e singolare è il caso dell'ex presidente statunitense Donald Trump *deplatformato* dai social media per aver incitato un gruppo di suoi sostenitori ad interrompere il conteggio dei voti durante le elezioni presidenziali del 2020 con l'intento di ritardare e ribaltare la vittoria del suo nemico politico Biden.

Nel dettaglio, l'account Twitter personale di Trump e, successivamente quello ufficiale del presidente @POTUS, sono stati disattivati in modo permanente al verificarsi del golpe incitato virtualmente che ha prodotto conseguenze, anche mortali, oltre alla necessità di evitare il reiterarsi di ulteriore violenza. Stessa linea di azione è stata eseguita dagli altri social media. A distanza di alcuni mesi e con la nuova politica sulla libertà di parola di Twitter, viene pubblicato un sondaggio per chiedere se gli utenti erano a favore dello sblocco dell'account di Trump sulla piattaforma. Il sondaggio si è concluso con il 51,8% a favore del ripristino dell'account Twitter, ma l'ex Presidente ha dichiarato la volontà di creare una nuova e personale piattaforma dal nome Truth Social, lanciata nel febbraio 2022⁴⁰.

Nel caso di specie di particolare interesse è proprio lo strumento del *deplatforming*⁴¹, ossia, l'azione o la pratica di impedire a qualcuno che sostiene opinioni considerate inaccettabili o offensive di contribuire a un forum o dibattito, bloccandolo su un particolare sito web, a causa della violazione dei termini di servizio della piattaforma stessa. In generale, il

⁴⁰ Si veda il comunicato di TWITTER, *Permanent suspension of @realDonaldTrump*, in *blog.x.com*, 8 gennaio 2021 e quello di Facebook, in G. ROSEN, M. BICKERT, *Our Response to the Violence in Washington*, in *Facebook.com*, 6 gennaio 2021. Cfr. anche il post Facebook pubblicato da Mark Zuckerberg il 7 gennaio 2021. Per una ricostruzione accurata della vicenda, si veda anche M. ISAAC, K. CONGER, *Facebook Bars Trump Through End of His Term*, in *nytimes.com*, 7 gennaio 2021. Nella dottrina statunitense, tra gli altri, si veda D. KELLER, *Who decides what stays on the Internet*, in *theverge.com*, 12 gennaio 2021. Cfr. M. MEZZANOTTE, *Facebook come "luogo aperto al pubblico"*, in *Federalismi.it*, 2016; M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 1, 2021; O. POLLICINO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *verfassungsblog.de*, 11 maggio 2021.

⁴¹ Per maggiori dettagli consultare G. SITARAMAN, *Deplatforming*, in *Yale Law Journal*, 133(2), 2023, pp. 497-567. Cfr. A. MEKACHER, M. FALKENBERG, A. BARONCHELLI, *The Systemic Impact of Deplatforming on Social Media*, in *PNAS Nexus*, 2(11), 2023, pp. 346 ss.; D.R. THOMAS, L.A. WAHEDI, *Disrupting hate: The effect of deplatforming hate organizations on their online audience*, in *PNAS Nexus*, 120(24), 2023.

deplatforming può essere motivato da varie ragioni, inclusi comportamenti dannosi, violazioni delle norme sulla sicurezza o dell'etica della comunità, diffusione di disinformazione, incitamento all'odio, molestie *online*, o altre attività che violano le politiche della piattaforma e le restrizioni possono variare da avvertimenti, sospensioni temporanee fino alla sospensione permanente o alla cancellazione dei profili o delle pagine degli utenti. È indubbiamente evidente che il fenomeno del *deplatforming* dei politici su piattaforme digitali come Facebook è diventato più comune nel periodo successivo agli eventi legati a Donald Trump.

Considerare il *deplatforming* significa verificare se tale strumento di censura e, quindi, se la privazione dell'accesso ai social network, possa costituire una violazione della libertà di espressione. Sicuramente, la privazione dell'accesso ai social network potrebbe rappresentare una limitazione alla libertà di espressione poiché questi spazi sono diventati fondamentali per la comunicazione e lo scambio di opinioni nell'odierna società dell'informazione. Da questo punto emerge un altro interrogativo, ovvero la natura giuridica dei social network, chiedendosi se dovrebbero essere considerati come *essential facilities* o servizi erogati da *common carrier*⁴². Questa riflessione potrebbe portare a un trattamento giuridico speciale per i social network, dato che la loro importanza nel garantire la libertà di espressione e ponendo domande sulla limitazione *privata* di questa libertà attraverso politiche di moderazione dei contenuti implementate dai fornitori di servizi.

Tuttavia, il *deplatforming* solleva questioni complesse in termini di libertà di espressione, regolamentazione delle piattaforme digitali e responsabilità delle stesse nei confronti degli utenti e della società nel suo complesso. La necessità di elaborare uno statuto giuridico delle piattaforme digitali che sia solido e coerente è evidente, ma è un compito che si rivela estremamente complesso.

Sulla base del rapporto eseguito dall'Amnesty International Italia sui candidati di Camera e Senato, oltre a quelli delle regionali, durante la campagna elettorale del 2018 è possibile comunicare con riguardo al discorso di odio durante la campagna elettorale il risultato (preoccupante) ottenuto dal monitoraggio sui profili social (Facebook e Twitter). Analizzando i contenuti condivisi dai candidati, emerge che il discorso di odio è presente in modo costante durante la campagna elettorale, dove il 91%

⁴² Sul punto si consiglia la lettura A. BHAGWAT, *Why social media platforms are not common carriers*, in *journaloffreespeechlaw.org*, 2022; J. NELSON, *Tech platforms are essential facilities*, in *scholars.law.unlv.edu*, 2022; C.S. YOO, *What's In a Name: Common Carriage, Social Media, and the First Amendment*, U. of Penn. Law School, Public Law Research Paper, n. 23-35, 2023.

delle dichiarazioni ha avuto come bersaglio il tema dell'immigrazione e che il 7% delle stesse ha incitato direttamente alla violenza⁴³.

Il periodo pandemico ha contribuito a radicalizzare questo fenomeno, soprattutto su questioni già polarizzanti come l'immigrazione, oltre al fatto che, si nota un cambiamento inerente al modo di manifestazione la discriminazione, ovvero la tendenza verso un linguaggio più diretto. Nel 2020 risulta una maggiore diffusione dell'*hate speech*, registrando una diminuzione delle segnalazioni di aggressioni fisiche ma un aumento di quelle virtuali⁴⁴.

Dal report di Amnesty International Italia focalizzata sulle elezioni politiche del 2022, è allarmante constatare che il 9% dei post sui social media pubblicati dai politici contenga contenuti offensivi, discriminatori o di incitamento all'odio, come riportato nella sesta edizione del Barometro dell'odio. Questo dato suggerisce una preoccupante tendenza all'uso irresponsabile del linguaggio da parte dei rappresentanti politici, che dovrebbero essere figure guida nella promozione del rispetto e della tolleranza. In particolare, è inquietante il fatto che la coalizione del centro-destra risulti essere la più incline a utilizzare il linguaggio dell'odio rispetto alle altre forze politiche, sollevando interrogativi sulla cultura politica prevalente all'interno di questa coalizione e sulla necessità di un maggiore impegno nella promozione di un dibattito civile e rispettoso⁴⁵.

È altresì preoccupante notare che quattro contenuti problematici su dieci siano costituiti da attacchi tra politici stessi⁴⁶. Questo fenomeno non solo alimenta un clima di conflitto e divisione all'interno della sfera politica, ma distrugge anche la fiducia del pubblico nell'integrità e nella maturità dei propri rappresentanti.

Inoltre, il rapporto sottolinea una mancanza di attenzione verso i diritti umani nei messaggi politici sui social media, con meno di un post su

⁴³ Fonte: Barometro dell'odio-Conta fino a 10 barometro dell'odio in campagna elettorale 2018, Amnesty International Italia.

⁴⁴ Fonte: Barometro dell'odio-Sessismo da tastiera, Amnesty International Italia, 2020.

⁴⁵ Vi è una notevole disparità nell'incidenza dei contenuti problematici tra il centro-destra e il centro-sinistra, con il centro-destra che mostra un tasso d'incidenza del 9% rispetto al 4% del centro-sinistra. Azione-Italia Viva si colloca tra i due con il 6%. Partiti come Unione Popolare e Movimento 5 Stelle, che corrono autonomamente, hanno un tasso d'incidenza minore, pari al 3%. Si osserva che l'*hate speech* è presente solo nella coalizione del centro-destra, con un tasso d'incidenza dello 0,1% (1 su 100), principalmente rappresentato da Fratelli d'Italia con il 2% e dalla Lega con il 3%. L'analisi sottolinea che, considerando l'intero corpus di contenuti analizzati, l'incidenza di *hate speech* è bassa, con solo l'1% dei contenuti che rientra in questa categoria. Fonte: Barometro dell'odio-Edizioni 2022, Amnesty International Italia, pp. 16 ss.

⁴⁶ I temi più frequentemente soggetti a linguaggio d'odio sono immigrazione, minoranze religiose, LGBTQIA+ e giustizia di genere.

quattro dedicato a questo importante tema. Quando i diritti umani vengono affrontati, spesso lo sono in modo non costruttivo o superficiale, suggerendo una necessità di maggiore impegno da parte dei politici nell'affrontare le questioni legate alla giustizia sociale e ai diritti fondamentali.

È altresì inquietante notare che i gruppi più frequentemente bersagliati dai messaggi discriminatori includano le persone con background migratorio, la comunità musulmana, la comunità LGBTQIA+ e coloro che si trovano in svantaggio socio-economico. Questo evidenzia la persistenza di pregiudizi e discriminazioni nella società, che vengono purtroppo amplificati dall'uso irresponsabile del linguaggio da parte dei politici⁴⁷.

6. Conclusioni

L'*hate speech*, quindi, viola non solo norme morali e sociali, ma anche disposizioni legislative fondamentali a livello internazionale ed europeo volte a garantire il rispetto dei diritti umani e la promozione di una società basata sulla tolleranza e sulla diversità. Il fatto che l'odio stia diventando sempre più di tendenza è una preoccupazione seria, poiché mina i valori fondamentali della convivenza umana e, al caso in esame, la retorica incendiaria utilizzata dai politici rappresenta una minaccia per la coesione sociale e la diversità.

Tirando le somme, notiamo che la situazione nel complesso è deludente riguardo al fatto che, nonostante la pandemia avesse messo in luce questioni annose, non è stato fatto nulla per affrontarle e risolverle, tanto che il quadro sembra addirittura peggiorato. L'uso delle piattaforme *online* come veicoli per il bigottismo è particolarmente rilevante considerando che, purtroppo, la pandemia ha esacerbato questa problematica mettendo ancor di più in evidenza la necessità di affrontare non solo le minacce fisiche ma anche quelle virtuali.

Il *deplatforming* è uno strumento valido per contrastare discorsi d'odio e disinformazione *online*, che se posto in contrasto all'*hate speech* a tutela della libertà di espressione, deve essere considerato come una vittoria nella lotta contro l'incitamento all'odio volto a limitare l'influenza e la diffusione di contenuti nocivi, oltre che a prevenire danni ulteriori.

Quindi, come è importante adottare misure per contrastare la diffusione di contenuti dannosi *online*, è altrettanto importante garantire che tali misure rispettino i principi democratici e i diritti fondamentali degli individui, inclusa la libertà di espressione. Una responsabilità condivisa degli

⁴⁷ Fonte: Barometro dell'odio-Edizioni 2022, Amnesty International Italia.

Stati e delle piattaforme *online* nel proteggere i cittadini dai discorsi d'odio e nel garantire la libertà di espressione è cruciale e richiede azioni concrete. L'introduzione di meccanismi che impongono agli intermediari digitali nel rimuovere i contenuti legati alla propaganda con modalità di *hate speech* può essere un passo importante nel contrastare la diffusione di contenuti dannosi *online* nel rispetto dei principi democratici e dei diritti fondamentali degli individui.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di stabilire criteri chiari e trasparenti per identificare e valutare l'*hate speech*, coinvolgendo esperti nel campo della giurisprudenza, della psicologia e della sociologia per garantire una valutazione obiettiva dei contenuti segnalati. Alla riduzione della propria libertà di espressione è, altrettanto, importante garantire il diritto alla difesa per gli utenti che vedono i propri contenuti segnalati come *hate speech*, fornendo loro la possibilità di appellarsi e contestare le decisioni prese dagli intermediari digitali.

Allo stesso tempo, è essenziale rafforzare i meccanismi di responsabilità delle piattaforme *online*, in modo da ottenere un'azione tempestiva ed efficace nel rimuovere i contenuti illegali o dannosi, includendo eventuali sanzioni per le piattaforme che non rispettano gli obblighi di moderazione dei contenuti. Altresì, è cruciale promuovere la consapevolezza e l'educazione digitale per combattere l'odio *online* fin dalla base, insegnando ai cittadini a riconoscere e affrontare l'*hate speech* in modo costruttivo e responsabile.

Tuttavia, è in atto una sfida nel definire con precisione cosa costituisca l'*hate speech* e dove tracciare la linea di confine tra espressioni critiche legittime e discorsi dannosi che può variare a seconda del contesto culturale, politico e sociale e perciò è importante che le leggi e le politiche volte a combattere l'*hate speech* siano formulate in modo chiaro e che vengano applicate in modo equo e coerente.

Dunque, la comunità internazionale si trova di fronte alla sfida complessa per sviluppare approcci e strumenti che consentano di contrastare l'*hate speech* senza compromettere la libertà di espressione e ciò implica l'adozione di leggi e politiche mirate, nonché sforzi educativi e culturali per promuovere il rispetto e la comprensione reciproca. Tuttavia, trovare un equilibrio efficace tra queste esigenze rimane un compito complesso e in continua evoluzione che considerando la disciplina europea sembra tendere a preferire un approccio repressivo, con un'enfasi sulle sanzioni detentive, che produrrebbe il contrasto con i principi di proporzionalità e gradualità in tutela della libertà di espressione.

In un'epoca in cui il cyberspazio continua ad evolversi e a influenzare la vita sociale, economica e politica, la questione della regolamentazione e della legalità costituzionale assume un'importanza sempre maggiore. La

necessità di trovare soluzioni corrette ed efficaci per bilanciare la libertà di espressione, la sicurezza e l'ordine pubblico nel contesto digitale diventa cruciale per garantire la coerenza con i principi democratici e costituzionali.

In conclusione, la creazione di una giornata internazionale contro l'*hate speech*⁴⁸ è un passo nella giusta direzione per sensibilizzare, educare e mobilitare azioni concrete contro questa crescente minaccia. Inoltre, di primaria importanza sarà la collaborazione tra Stati, organizzazioni internazionali, società civile e piattaforme *online* per promuovere un ambiente globale più sicuro, rispettoso e inclusivo.

⁴⁸ Prima Giornata Internazionale contro l'*Hate Speech* – 18 giugno 2022.

Sezione III

Libertà di espressione e disinformazione

Il ruolo della disinformazione nelle moderne strategie di guerra

di *Silvia Sassi*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Correlazione tra guerra e diffusione di notizie false come costante nella storia dell'umanità. – 3. Moderne strategie di guerra. – 4. La guerra ibrida nel contesto dei sistemi autoritari/totalitari e dei sistemi democratici: quali i mezzi e le possibilità di farvi fronte?

1. Introduzione

La strategia è un modo per raggiungere determinati obiettivi¹; quando, tuttavia, per realizzare certi fini politici si ricorre alla forza militare si parla, allora, di guerra. Di conseguenza la “strategia di guerra” è quella che attua i *desiderata* politici con azioni militari.

La strategia è però arte pratica e complessa; sicché, in ragione delle ri-

¹ Storicamente l'introduzione di questo concetto si attribuisce al tenente colonnello francese Paul Gideon Joly de Maizeroy, il quale, nella sua opera *Theorie de la guerre*, 1777, reputa la strategia più complessa della tattica in quanto la considera “massima espressione dell'intelletto” (così affermano G. GIACOMELLO, G. BADIALETTI, *Manuale di studi strategici – Da Sun Tzu alle 'guerre ibride'*, Vita e Pensiero, Milano, 2022, XIX). Tuttavia, la sua definizione è stata da sempre difficile da considerare, come sostenuto in particolare da W. MURRAY, M. GRIMSLEY, *Introduction: On Strategy*, in W. MURRAY, M. KNOX, A. BERNSTEIN (eds.), *The Making of Strategy: Rulers, States and War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 1-23. Nel corso dei secoli, infatti, il termine “strategia” è stato confuso con quello di “tattica”: al riguardo v. G. GIACOMELLO, G. BADIALETTI, *op. cit.*, pp. XVII ss.

sorse a disposizione e degli obiettivi da perseguire, diversi possono essere gli strumenti e i metodi per attuarla. Codesto discorso, riferito al tema oggetto di questo articolo, assume un significato peculiare: vale a dire, se l'obiettivo primario di ogni società dotata di una minima organizzazione è la sicurezza, in quanto da essa dipende la sua sopravvivenza, non sorprende che in ogni epoca si sia cercato di trasformare il progresso scientifico-tecnologico a proprio vantaggio, ad esempio, in metodi quanto più efficaci, ora, per controllare le minacce, ora, per raggiungere una rapida capacità di risposta agli eventi circostanti, ora, per possedere una forza capace di conseguire la vittoria².

La storia supporta questa teoria della guerra³; e la supporta fino ai nostri giorni.

Tra le strategie attuate nel corso dei secoli per combattere i diversi conflitti, è rilevabile però una costante: la correlazione, cioè, tra guerra e diffusione di false notizie⁴. Ed è su questo aspetto specifico che ci si vuole soffermare, in una prospettiva diacronica, però; al fine di verificare come nel tempo questo legame, tra guerra e menzogne per l'appunto, si sia evoluto, diventando sempre più stringente e quindi temibile. Il tema si presenta di estremo interesse giacché, essendo un fenomeno antico, troppo spesso è stato sottovalutato, considerandolo oramai parte degli *arcana imperii*. È stato un errore. Questa arrendevolezza, che ha trasformato un fenomeno da "eccezionale" in uno "normale", ha impedito a molti di cogliere rapidamente il pericolo insito in esso e di comprendere l'urgenza di

² H. KISSINGER, E. SCHMIDT, D. HUTTENLOCHER, *L'era dell'intelligenza artificiale. Il futuro dell'identità umana*, trad. it., Mondadori, Milano, 2023, p. 117.

³ V. tra tutti, e in primo luogo, C. VON CLAUSEWITZ, *Della Guerra*, trad. it., Mondadori, Milano, 2017, ampiamente riconosciuto il teorico moderno più importante in materia. Cfr. anche, tra gli storici della guerra, B.H. LIDDEL HART, *Strategy*, Penguin Publishing Group, London, 1991, 2nd ed. (per una ricerca strategica inglese), e A.-H. DE JOMINI, *Sommario dell'arte della guerra (1837-1838). Politica, guerra e strategia secondo il principale avversario di Clausewitz*, in *Riv. militare*, trad. it., 2008.

⁴ Al riguardo vi è assoluta unanimità tra gli storici e non. La letteratura è vastissima. M. BLOCH, *La guerra e le false notizie. Ricordi (1914-1915) e riflessioni (1921)*, Fazi, Roma, 2014, pp. 109 ss., seleziona, non senza critica, quattro studi tra quelli dedicati alle false notizie in guerra: L. GRAUX, *Les Fausses nouvelles de la grande guerre, 1918-1920*; A. DAUZAT, *Légendes, prophéties et superstitions de la Grande Guerre*, 1919; C.W. OMAN, *Presidential Address*, in *Transactions of the Royal Historical Society*, I, 1918; F. VAN LANGEHOVE, *Comment naît un cycle de légendes*, 1916. Anche la letteratura più recente si è dedicata molto al tema: cfr. A. KOYRÉ, *Réflexions sur le mensonge*, Allia, Paris, 2004; L. CANFORA, *La storia falsa*, Rizzoli, Milano, 2008; P. MIELI, *Le verità nascoste. Trenta casi di manipolazione della storia*, Rizzoli, Milano, 2019; T. DI CARPEGNA FALCONIERI, *Nel labirinto del Passato. 10 modi di riscrivere la storia*, Laterza, Bari-Roma, 2020; N.F. MARQUÉS, *Fake News. 2000 anni di propaganda, inganni e bugie*, Bibliotheka, Roma, trad. it., 2020.

contrastarlo. Con questo scopo, pertanto, l'articolo intende ripercorrere, con un breve *excursus* storico, questa corrispondenza, per poi passare a configurarla nei moderni conflitti. E, infine, a verificare questa pratica in alcune forme di Stato.

2. *Correlazione tra guerra e diffusione di notizie false come costante nella storia dell'umanità*

La guerra, fin dagli albori della storia, è stata, ed è, l'evento in cui maggiormente sono circolate notizie false. Diverse le ragioni. Da un lato, perché l'emozione e la fatica vissuti in quel dato tragico momento distruggono il senso critico⁵. Come a dire che la fragilità psichica e fisica obnubilano a tal punto il raziocinio da comportare sensibili percezioni alterate della realtà. Dall'altro, perché la deliberata diffusione di menzogne volte a mistificare la realtà è la tecnica migliore per combattere il nemico senza ricorrere alla forza fisica. Non a caso, è stato detto che «La guerra è il Tao [la Via] dell'inganno»⁶. Perciò si è ricorso alle falsità per raggiungere una serie di obiettivi che vanno dall'esimere la propria parte da ogni responsabilità per l'inizio della guerra al farne ricadere ogni colpa sulla parte avversa; dal rafforzare il proprio spirito combattivo alla demoralizzazione dell'avversario; ed ancora, dal ridimensionare una sconfitta attribuendola non ad una propria inadeguata condotta bellica ma ad una soverchiante superiorità di uomini e mezzi della parte avversa.

E tutto questo nell'antichità come nel corso della storia fino a tempi a noi vicini.

Basti pensare, all'invasione tedesca della Polonia nel settembre del 1939 che segnò l'inizio della seconda guerra mondiale: invasione che i propagandisti nazisti giustificavano con accuse alla Polonia di perseguitare i tedeschi che vivevano in Polonia e di progettare addirittura lo smembramento della Germania d'accordo con Francia e Gran Bretagna; mentre la guerra alla Polonia come risultava dal *Mein Kampf* di Hitler era intesa come obiettivo dell'espansione della Germania nell'Europa orientale.

⁵ M. BLOCH, *op. cit.*, p. 124. Sulla psicologia in guerra, interessanti: D. DE SANTIS, *Giulio Cesare Ferrari e la psicologia del soldato nelle carte del Fondo Ferrari*, in *Teorie&Modelli*, XVIII, 1, 2013, pp. 107 ss. e T.H. HOPPEN, S. PRIEBE, I. VETTER, N. MORINA, *Global burden of post-traumatic stress disorder and major depression in countries affected by war between 1989 and 2019: a systematic review and meta-analysis*, in *BMJ Global Health*, 6, 2021, pp. 1 ss.

⁶ Così il celebre generale-filosofo Sun Tzu (VI-V a.C.), nel suo manuale *L'arte della Guerra*: v. SUN TZU-SUN PIN, *L'arte della guerra. I metodi militari*, trad. it., Il ed., Neri Pozza, Vicenza, 2000, p. 96.

O all'entrata in guerra dell'Italia contro la Grecia a fine ottobre del 1940 supportata da mai del tutto verificati atteggiamenti di connivenza dei greci con i britannici e messi comunque in risalto da sostenitori di una linea aggressiva da parte dell'Italia.

O, per fare un altro esempio, si può ricordare l'invasione della Cecoslovacchia, il 20 e 21 agosto 1968 da parte di truppe dell'Unione sovietica e di alcuni Stati del patto di Varsavia adducendo come motivazione, pubblicata nell'agenzia ufficiale sovietica TASS, che era sorta in Cecoslovacchia una minaccia per l'ordinamento socialista da parte di "forze controrivoluzionarie" che collaboravano con forze esterne ostili, e la situazione avrebbe intaccato "gli interessi vitali dell'Unione Sovietica e degli altri Stati socialisti, gli interessi della sicurezza degli Stati della comunità socialista" e minacciato la pace europea. Mentre il governo cecoslovacco aveva soltanto avviato un processo di liberalizzazione politica denominato la "primavera di Praga".

E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

3. *Moderne strategie di guerra*

La realtà contemporanea si va sempre più caratterizzando dall'affermarsi e diffondersi di nuove strategie di guerra. E incontestabile è lo sviluppo di sempre più nuove e sofisticate categorie di armi.

Ma altro è il profilo su cui si intende focalizzare l'attenzione. È un profilo caratterizzato da un radicale mutamento dell'approccio alla guerra derivante dalla coesistenza, perlomeno, di due varianti: l'una di natura fattuale, l'altra di natura giuridica. In questa ottica, l'avvento dell'Internet, per un verso, ha permesso l'allargamento dello spettro dei domini in cui è possibile agire. A quelli tradizionali, fisici – aria, terra e mare –, si aggiungono, ora, quelli privi di dimensione geografica, i domini *cyber* e, quindi, informativi. Il ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali, principio affermato con la stipula della Carta delle Nazioni Unite, e fatto proprio da tutte le Costituzioni del '900⁷, per altro verso, ha comportato l'implementazione di metodi alternativi all'attacco convenzionale.

⁷ Al riguardo v. A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 90 ss., che ricostruisce, con approccio storico-giuridico, l'impiego dello *ius ad bellum* dal momento in cui era concepito in modo illimitato fino a quando, nel 1920, è stato limitato con il Patto della Società delle Nazioni, per arrivare al suo divieto fissato dapprima sul piano internazionale, dalla Carta delle Nazioni Unite, in particolare, e poi recepita in tutte le Costituzioni dei Paesi ONU dalla seconda metà del '900. Questo principio è stato, ad esempio,

La combinazione di questi due elementi ha consentito l'insinuarsi di una guerra non sanguinosa come quella che si consuma sul campo fisico, ma altrettanto insidiosa e decisiva per il futuro delle democrazie. Una guerra definita da molti ibrida, perché impiega «metodi, tattiche e strumenti diversi, comprese capacità convenzionali, tattiche irregolari, terrorismo, violenza indiscriminata e atti criminali con le tecnologie più moderne»⁸. In estrema sintesi, una guerra che si fonda sulla combinazione di mezzi militari e non militari. E tra “i mezzi non militari” troviamo: gli attacchi cibernetici, le campagne di disinformazione di massa che vengono diffuse in particolare tramite i *social media*.

In un simile contesto, dunque, il controllo delle informazioni e dei dati è cruciale nel determinare il successo di questo nuovo conflitto. E sotto questo aspetto gli Stati autoritari, chiusi nelle loro monadi, dove lo spazio digitale coincide con quello fisico, hanno terreno fertile per minare le fondamenta delle società democratiche che si basano, invece, su un sistema aperto, plurale, un sistema che si alimenta grazie all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, della libertà di dare e ricevere informazioni. Gli Stati autoritari riescono così a destabilizzare il sistema degli Stati liberal-democratici immettendovi informazioni imprecise o fuorvianti, al limite anche false e giuridicamente sanzionabili. Questa è la disinformazione, una delle tecniche più antiche utilizzate dal potere per conquistare il territorio nemico senza combattere fisicamente⁹. È una strate-

implementato dalla Cost. it. all'art. 11. Per una sua analisi cfr. N. RONZITTI (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, ESI, Napoli, 2013, con saggi di: L. CARLASSARRE, G. DE VERGOTTINI, G.L. TOSATO, G. VENTURINI, M. LUGATO, M. IOVENE, N. RONZITTI.

⁸ A. BECCARIO, *Guerra e strategia nel XXI secolo*, Morcellina, Brescia, 2023, p. 27. Sulla guerra ibrida, recentemente, vi è stata una implosione di interesse. Per conseguenza difficile è una sua definizione stringente. È riconosciuto però che questo concetto è stato introdotto da J.N. MATTIS e F.G. HOFFMAN nel loro articolo da titolo *Future Warfare: The Rise of Hybrid Wars*, in *US Naval Institute*, 132(11), 2005, pp. 1 ss.

⁹ Il tema della disinformazione è stato ampiamente affrontato, data la sua interdisciplinarietà, sotto molteplici profili, da quello gius-filosofico a quello socio-politologico, finanche economico. Tra le più recenti monografie cfr. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Egea, Milano, 2020; T. GUERINI, *Fake News e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020; C.R. SUSTEIN, *Liars. Falsehood and Free Speech in Age of Deception*, OUP, Oxford, 2021; A. NICITA, *Il Mercato delle Verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2021; S. SASSI, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; J. ATTALI, *Disinformati. Giornalismo e libertà nell'epoca dei social*, trad. it., Ponte alle Grazie, Milano, 2022; T. RID, *Misure attive. Storia segreta della disinformazione*, trad. it., Luiss University Press, Roma, 2022; C. HASSEN, C. PINELLI, *Disinformazione e democrazia. Populismo, rete e regolazione*, Marsilio, Venezia, 2022; B.-C. HAN, *Infocrazia*, trad. it., Einaudi, Torino, 2023; L. MCINTYRE, *On Disinformation. How to Fight for Truth and Protect Democracy*, MIT Press, Cambridge-MA, 2023.

gia talmente sofisticata ed efficace che nel '900 viene ad essere sistematizzata dalla Russia sovietica in via ufficiale da un'unità speciale della Direzione politica statale (GPU) come "arma da guerra"¹⁰; e che, non a caso, in occasione della crisi Ucraina-Russia, è stata identificata dalla Corte di giustizia dell'UE nella sentenza *RT-France c. Consiglio* del 2022: "Parte integrante dell'arsenale della guerra moderna [...] in grado di minare le fondamenta delle società democratiche"¹¹.

Pochi dubbi si possono nutrire sul fatto che la disinformazione nella guerra moderna sia una strategia cruciale e funzionale al raggiungimento di obiettivi di alcuni attori politici. Soprattutto nell'attuale era cibernetica in cui, oramai, l'osmosi della dimensione reale con quella virtuale trasforma, senza continuità di sorta, un fatto in un'informazione e un'informazione in un fatto, esaltando la guerra delle informazioni, o meglio delle contro-informazioni. Peraltro l'avvento dell'intelligenza artificiale, or ora anche generativa, rischia di complicare ulteriormente questo quadro rendendolo sempre più sfuggente, giacché sarà più semplice sostituire il mondo fittizio a quello reale¹². Tuttavia, come è stato ben detto, «la soluzione a questa complessità non sta né nella disperazione né nel disarmo»¹³, piuttosto nel controllo, cui infatti la regolamentazione europea, con l'*IA Act*, sembra tendere¹⁴.

¹⁰ Secondo il rapporto del Centre d'analyse, de prévision et de stratégie (CAPS) et de l'Institut de recherche stratégique de l'École militaire (IRSEM) (J.-B. JEANGENE VILMER, A. ESCORCIA, M. GUILLAME, J. HERRERA, *Les Manipulations de l'information. Un défi pour nos démocraties*, La Documentation française, Paris, 2018) la prima operazione significativa di disinformazione sovietica è stata l'"operazione Trust" (1923-1927), organizzata dalla GPU che ha istituito una falsa organizzazione di resistenza anti-bolscevica ("Unione monarchica della Russia centrale") al fine di identificare i veri monarchici e gli anti-bolscevichi. Questa tecnica – che comprendeva interviste con esperti fittizi, documenti contraffatti, foto e video ritoccati – divenne poi più sofisticata alla fine degli anni '60 sotto la guida del direttore del KGB Yuri Andropov: così riporta il rapporto del Canadian Security Intelligence Service, *Who said What? The Security Intelligence of Modern Disinformation*, Canada, 2018, pp. 26-27. V. anche B. LECOMTE, *La vera storia dei servizi segreti sovietici*, trad. it., Giunti, Firenze, 2023, in particolare pp. 33 ss.

¹¹ Trib. UE, sent. 27 luglio 2022, causa T-125/22, *RT France c. Consiglio dell'Unione europea*, § 56. Per commenti al caso: cfr. S. SASSI, *La Soft War dell'Unione europea: il caso RT-France vs. Consiglio*, in *Dir. inf.*, n. 6, 2022; S. LATTANZI, *Il Consiglio sanziona "la propaganda del Cremlino" e sospende le attività di diffusione dell'agenzia di informazione Sputnik e del canale RT/Russia Today*, in www.aisdue.eu (BlogDUE), 2022.

¹² L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella guerra moderna è già in atto. È il caso di Israele che nella attuale guerra in corso contro Hamas ne ha fatto ampio uso: così riporta Y. ABRAHAM, 'Lavender': *The AI machine directing Israel's bombing spree in Gaza*, in *+972magazine* (www.972mag.com), 3 April, 2024.

¹³ H. KISSINGER, E. SCHMIDT, D. HUTTENLOCHER, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴ Ci si riferisce al regolamento sull'intelligenza artificiale che, dopo il concitato trilogio, è stato approvato il 13 marzo 2024, e che si basa essenzialmente sul principio di precauzione.

4. *La guerra ibrida nel contesto dei sistemi autoritari/totalitari e dei sistemi democratici: quali i mezzi e le possibilità per farvi fronte?*

La guerra ibrida ricorre sia nei sistemi autoritari/totalitari sia nei sistemi democratici. Purtroppo le differenze vi sono, e non sono da poco.

È di tutta evidenza che quanto più un sistema è di tipo autoritario/totalitario¹⁵ tanto più la guerra ibrida – con tutta la diffusione di notizie false e tendenziose che comporta, con una informatica volta ad azioni di attacco e sabotaggio cibernetico – diventa uno strumento di regime, di un regime che spesso tende ad identificarsi con lo stesso Stato. La diffusione di menzogne in queste forme di Stato è un principio organizzativo, quale forma di assoggettamento totale. La funzione della «menzogna politica nei regimi totalitari [...] non è soltanto quella di negare particolari verità, propagando delle pseudoverità. Il ricorso alla menzogna sistematica implica il “completo riordinamento dell’intera tessitura fattuale”»¹⁶.

Ciò è tanto vero nel passato quanto nel presente. Al riguardo basti pensare alle conseguenze della trasformazione in fatti di mere opinioni come il sostegno della Germania a Hitler e/o alla crescente autocrazia della Russia di Putin, all’integrazione tra potere statale ed estremismo religioso della teocrazia iraniana e a tanti altri sistemi ove estremismo di destra e di sinistra finiscono per confondersi.

Diverso è peraltro il contesto dei regimi democratici, seppure non senza differenze tra democrazie di stampo più accentuatamente liberale e democrazie dalle più evidenti connotazioni sociali. Nelle esperienze democratiche, infatti, la diffusione di false notizie è concepita non come un metodo di governo in vista di un dominio assoluto, quanto invece come mezzo per occultare alcune politiche «che si teme possano risultare intollerabili a una opinione pubblica non ancora del tutto manipolata»¹⁷.

In ogni democrazia, quali che siano le proprie connotazioni, ricorrono

¹⁵ In linea di massima, il regime totalitario/autoritario si caratterizzano in quanto affida la direzione dello Stato a un partito unico e i diritti e le libertà riconosciute ai cittadini sono strumentali all’obiettivo del tipo di società che si intende costruire. Esempio tipico di questa forma di Stato è la Repubblica popolare cinese, la cui forma di Stato è mutevole, senza tuttavia mai cedere a fattori democratici (Cfr. in particolare: F. LIN, *Constitutional Law in China*, Sweet&Maxwell Asia, Hong Kong, 2000 e M. MAZZA, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, Milano, 2006), al punto che la stessa Costituzione appare un «involucro vuoto» (così L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 79. V. anche: A. RINELLA, I. PICCINI (a cura di), *La costituzione economica cinese*, Il Mulino, Bologna, 2010).

¹⁶ Così V. SORRENTINO, *Il segreto e la menzogna in politica: Hannah Arendt*, in *Studium*, 6, 1995, p. 894.

¹⁷ V. SORRENTINO, *op. cit.*, p. 900.

materie coperte dal “segreto di Stato”, quale vincolo posto dal Governo «su atti, documenti, notizie, attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità ... *dello Stato*, anche in relazione ad accordi internazionali ...»¹⁸ e la cui durata varia da ordinamento a ordinamento¹⁹.

Quanto poi, per fare uno degli esempi possibili, alla diffusione di notizie false, menzogne che possono diminuire la fiducia nelle istituzioni, notizie suscettibili di esporre verità imbarazzanti, più in generale notizie non veritiere o anche soltanto opinabili, bisogna distinguere. Da una parte vi è il diritto di critica che rappresenta un caposaldo nelle democrazie: un diritto di critica ad esempio delle posizioni assunte da un partito avverso, a posizioni assunte dallo Stato nei confronti di altri Stati, critiche in una parola che possono anche riguardare rapporti internazionali; basti pensare alle politiche economiche, alle accuse volte ad altro Stato la cui politica economica si ritiene possa essere pregiudizievole dell'economia e della stabilità economica del proprio Stato. Da un'altra parte vi è quella diffusione di notizie false, tendenziose che possono rientrare nel giuridicamente sanzionabile, anche sotto il profilo del diritto penale. Non sempre si tratta di una distinzione facile; la decisione è di competenza dei giudici, basti pensare ai possibili diversi esiti di controversie giudiziarie anche con riferimento agli stessi gradi di un processo.

Resta comunque il fatto che la diffusione di notizie che possono anche essere opinabili ma non sanzionabili in un determinato Stato il cui sistema sia in sintonia con principi democratici, può essere foriera di esiti non sempre prevedibili nei rapporti con altro Stato. Ma qui si passa dal diritto alla politica e le conseguenze, magari a livello di conflittualità economica, possono anche essere diverse da quel che si è portati a ritenere.

¹⁸ Definizione che, sebbene tratta dall'art. 39 della l. n. 124/2007 dell'ordinamento italiano, può essere assunta come definizione generale del concetto stesso.

¹⁹ Per una analisi comparata v. il volume: P. PASSAGLIA (a cura di), *Il Segreto di Stato e l'attività giurisdizionale*, in *Studi e ricerche di diritto comparato*, Corte costituzionale, marzo 2012.

La libertà di espressione negli stati di emergenza. Un quadro comparativo sul regime derogatorio al diritto di accesso alle informazioni

di *Emma A. Imparato*

Sommario

1. Profili introduttivi. Il concetto di libertà di espressione. – 2. La libertà di espressione tra interesse individuale, interesse collettivo e le sue possibili eccezioni alla luce di alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché della Corte interamericana dei diritti dell'uomo. – 2.1. Il regime derogatorio alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 3. Il diritto interno e lo stato di emergenza causato dalla pandemia da Covid-19. – 3.1. Gli Stati alla prova del "Covid-19". Un quadro comparativo sulle deroghe al diritto di accesso alle informazioni. – 4. Brevi conclusioni.

1. *Profili introduttivi. Il concetto di libertà di espressione*

La libertà di espressione, come ribadito da più organi giudiziari, a diversi livelli¹, è una pietra "angolare" su cui poggia l'esistenza stessa di

¹ Così Corte cost. n. 84/1969, p. 5, ma anche Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione 4 ottobre 2007, n. 1577 laddove si afferma che: "Freedom of expression, guaranteed by Article 10 of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights, is one of the cornerstones of all democracy, ensuring its vitality". Vedi anche: IACtHR, *Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, February 5, 2001, in part. § 68 laddove si dichiara che: "La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada". Per un commento

una società democratica, dimostrandosi un elemento indispensabile per la formazione dell'opinione pubblica: questa libertà costituisce, cioè, il “mezzo” che consente alla comunità, nell'esercizio delle sue opzioni, di essere informata con la conseguenza che una “società non ben informata non è una società veramente libera”² e “realmente democratica”³.

Anche ma limitabile per “legge” al realizzarsi di precise condizioni (art. 29). Il diritto alla “freedom of opinion and expression”, di cui in particolare all'art. 19 della Dichiarazione Universale⁴, contempla, del resto, non solo il diritto degli individui a condividere e diffondere le opinioni alla luce, peraltro, della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (“Universal Declaration of Human Rights-UDHR”) la libertà di espressione, proprio in quanto tesa a garantire e rafforzare la democrazia pluralista attraverso il confronto aperto inclusivo anche di opinioni minoritarie, si configura come un diritto fondamentale, sia pure non già assoluto, ma altresì quello di “cercare e ricevere” le informazioni e quindi, secondo la lettura proposta anche dalle Corti sovranazionali e internazionali, ad accedere alle informazioni e ai dati conservati dall'autorità pubblica.

Non diversamente si pone del resto la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo che all'art. 10⁵ accorda a ogni individuo il “diritto alla libertà di espressione”, quale situazione giuridica comprensiva della “libertà di avere opinioni e di ricevere e diffondere informazioni e idee senza interferenze da parte dell'autorità pubblica e indipendentemente dalle frontiere”. Anche in questo caso non si fa tuttavia alcun cenno al diritto di

in merito a quest'ultimo livello, v. M. AJEVSKI, *Freedom of Speech as Related to Journalists in the ECtHR, IACtHR and the Human Rights Committee – a Study of Fragmentation*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2014, p. 1, nonché L. BURGORGUE-LARSEN, A. UBEDA DE TORRES, R. GREENSTEIN (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights: Case-law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011. Per la CEDU invece J. CASADEVALI, E. MYJER, M. O'BOYLE, A. AUSTIN, *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012; D. BYCHAWSKA-SINIARSKA, *Protecting the right to freedom of expression under the European Convention on Human Rights: a handbook for legal practitioners*, Council of Europe, 2017, pp. 1-124, nonché, infine, R. STANESCU-COJOCARU, *Overview of the recent case-law of the European Court of Human Rights on the balance between the right to private life and the right to freedom of expression*, in *ERA Forum* 24, 2023, pp. 261-274.

² IACtHR, *Case of Ricardo Canese v. Paraguay*, August 31, 2004, § 82.

³ IACtHR, *Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, July 2, 2004, § 128.

⁴ Per un commento ampio in merito, v. M. O'FLAHERTY, *Freedom of expression: Article 19 of the international covenant on civil and political rights and the human rights committee's general comment*, in *Human Rights Law Review*, 12(4), 2012, pp. 627-654.

⁵ Vedi, in generale, COE, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2020, reperibile online all'indirizzo: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf.

accesso alle informazioni, laddove ad essere intervenuta sul punto è stata la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella sua recente giurisprudenza discostandosi dall'orientamento precedente, la Corte europea ha infatti sottolineato che la Convenzione europea, intesa come atto da interpretare alla luce dei cambiamenti sociali, ben include oggi, nella nozione di "libertà di ricevere informazioni", secondo un'accezione più ampia emergente dalle condizioni vigenti nella società attuale, anche e "soprattutto l'accesso alle fonti generali di informazione". In quanto tale, questa libertà mira, così, "essenzialmente a vietare a uno Stato di impedire a qualcuno di ricevere informazioni a cui altri aspirano o potrebbero concordare di fornire"⁶.

Tuttavia, se in linea di principio gli individui non possono essere limitati, *a priori*, nel loro diritto di condividere opinioni e di accedere alle informazioni, tale diritto può anche in questa ipotesi, come è nel caso dell'UHDR, subire restrizioni.

Secondo l'art. 10, comma 3, al fine dell'adozione di legittime restrizioni, devono essere soddisfatti in particolare tre requisiti "procedurali", ovvero l'esistenza di una previsione legislativa, il perseguimento di uno scopo legittimo (tra quelli individuati nella stessa disposizione normativa europea tesi a tutelare, tra l'altro, la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la pubblica sicurezza o, ancora, la salute) e la "necessità in una società democratica".

Un vero e proprio regime derogatorio è infine attuabile allorché ricorrano situazioni "eccezionali" come previste specificamente dal disposto normativo di cui alla stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Secondo in particolare l'art. 15 CEDU, in linea peraltro con il pregresso art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), spetta innanzitutto a ciascuno Stato, quale soggetto responsabile della "vita della [sua] nazione", determinare se tale vita è minacciata da una "emergenza pubblica", laddove quest'ultima è intesa come "una situazione eccezionale di crisi o di emergenza", caratterizzata da un pericolo "imminente" che riguarda l'intera popolazione, costituendo "una minaccia per la vita organizzata della comunità di cui lo Stato è composto"⁷. In questo caso sarà sempre lo Stato chiamato a valutare, nel prevedere misure derogatorie ai suoi obblighi stabiliti dalla Convenzione, adottate "nella misura strettamente richiesta dalle esigenze della situazione" (art. 15, § 1), fino a che punto è necessario spingersi nel tentativo di superare l'emergenza. In virtù del loro contatto diretto e continuo con le esigenze contingenti, le autorità nazionali, rivelandosi in linea di principio i soggetti dotati della

⁶ ECtHR, *Sdružení Jihočeské Matky v. la République tchèque*, June 10, 2006, § 34.

⁷ ECtHR, *Lawless v. Ireland* (no. 3), July 1, 1961, § 28.

“posizione migliore rispetto al giudice internazionale per decidere sia la presenza di tale emergenza sia la natura e la portata delle deroghe necessarie per evitarla”⁸, finiscono così con l’essere dotati di un “ampio margine di apprezzamento”.

Alla luce di queste considerazioni generali, il diritto all’informazione, anche durante le emergenze e in particolare quelle di tipo sanitario come quella recente del 2020, non dovrebbe tuttavia essere soggetto a sospensioni generalizzate sebbene non rientri tra quei diritti inderogabili, quali previsti al comma 2 dell’art. 15 CEDU, relativi segnatamente al diritto alla vita sancito all’art. 2, nonché al divieto di torture, di schiavitù e di punizione senza giusto processo di cui, rispettivamente, all’art. 3, all’art. 4, comma 1, nonché all’art. 7.

Come sostenuto da alcuni soggetti internazionali, come il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, la Commissione interamericana per i diritti umani, nonché gli organi garanti della libertà di espressione presso le Nazioni Unite, quali l’Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) e l’Organizzazione degli Stati Americani l’OAS, la libertà di espressione e il diritto all’informazione rimangono invero di “vitale importanza” anche e soprattutto nei casi emergenziali laddove qualsiasi restrizione, anche se giustificata dall’emergenza, dovrebbe essere di natura molto limitata.

In particolare, in una dichiarazione congiunta dell’OCSE e dell’OAS adottata nel 2020 in tema di libertà di espressione, si afferma esplicitamente l’importanza del diritto all’informazione, invitandosi le autorità statali ad “attuare con forza le loro leggi sulla libertà d’informazione per garantire a tutti gli individui, in particolare ai giornalisti, l’accesso alle informazioni”⁹.

In virtù di queste brevi premesse, questo lavoro intende così verificare, dopo un’analisi preliminare del regime derogatorio disciplinato a livello sovranazionale, con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, se gli Stati sono stati in grado, durante l’ultimo stato emergenziale, di assicurare le condizioni per fornire adeguate informazioni e specifiche risposte alle richieste dei singoli individui. Si esamineranno in particolare a tal fine gli ordinamenti scozzese, italiano, spagnolo e francese. L’intento è quello di verificare se questi, allorché abbiano deciso di adottare misure

⁸ ECtHR, *Ireland v. UK*, January 18, 1978, § 207.

⁹ UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, OSCE Representative on Freedom of the Media and IACHR Special Rapporteur for Freedom of Expression, Joint Statement, *COVID-19: Governments must promote and protect access to and free flow of information during pandemic*, March 19, 2020, reperibile online all’indirizzo: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25729>.

derogatorie alla libertà di espressione e al diritto all'informazione, considerato che questi ultimi sono "salvaguardie cruciali per garantire che gli Stati rispettino i loro obblighi in materia di diritti umani"¹⁰, hanno agito "in modo eccezionale" e "proporzionalmente all'obiettivo di proteggere la salute pubblica"¹¹, e in ogni caso comunicandosi in maniera chiara qualsiasi modifica alle norme sul diritto all'informazione e le modalità di presentazione delle richieste da parte dei cittadini.

2. La libertà di espressione tra interesse individuale, interesse collettivo e le sue possibili eccezioni alla luce di alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché della Corte interamericana dei diritti dell'uomo

Lo Stato è, in generale, titolare, secondo la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, di un vero e proprio "obbligo positivo"¹² quanto alla libertà di espressione. Questi non deve perciò limitarsi ad astenersi da qualsiasi interferenza con la libertà di espressione dell'individuo, ma ha altresì un obbligo "attivo" teso innanzitutto a proteggere il diritto alla libertà di espressione da eventuali intromissioni e attacchi anche da parte di privati. In questo senso, il potere pubblico è tenuto ad adottare tutte le misure "concrete" necessarie per tutelare la diffusione delle informazioni, al contempo garantendo il diritto di accesso, diritto che riguarderà peraltro le informazioni detenute non soltanto dalle autorità pubbliche ma anche da soggetti privati. Qualora ad essere coinvolta è invero un'autorità non governativa, laddove quest'ultima svolga un'attività in rilevanti ambiti di interesse pubblico, essa, seppure non pubblica, viene ad assumere un "ruolo di controllo pubblico paragonabile a quello della stampa meritevole di tutela alla luce della stessa Convenzione": in quest'ottica, essa è tenuta a garantire la "libertà di ricevere informazioni comprensiva del diritto di accesso alle informazioni"¹³. Applicandosi non solo al "contenuto delle

¹⁰ UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, *Report on Disease pandemics and the freedom of opinion and expression*, April 23, 2020, § 18, reperibile online all'indirizzo: https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2020/04/A_HRC_44_49_AdvanceEditedVersion.pdf.

¹¹ Council of Europe, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: a toolkit for member states*, April 7, 2020, Information Documents SG/Inf(2020)11, § 3.3, reperibile online all'indirizzo: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-inth/16809e1f40>.

¹² ECtHR, *Affaire Dink v. Turquie*, December 14, 2010.

¹³ ECtHR, *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, September 25, 2013.

informazioni ma anche ai mezzi di diffusione”¹⁴ – giacché qualsiasi restrizione imposta a questi ultimi finisce inevitabilmente con l’interferire con il diritto di ricevere e diffondere informazioni – l’obbligo positivo, richiede, insomma, altresì la creazione, da parte degli Stati come stabilito dalla stessa Corte europea, di “un ambiente favorevole”, di qualunque natura sia il mezzo, che “consenta a tutti di prendere parte al dibattito pubblico ed esprimere i propri pensieri e opinioni senza timore”¹⁵, anche se tali opinioni possono mostrarsi contrarie a quelle sostenute dalle autorità ufficiali o da una parte significativa del pubblico.

Il diritto di accesso ai dati si rivela, sotto questo profilo, come un diritto potremo dire di natura “sociale”, secondo quanto sostenuto anche dalla Corte interamericana in merito alla libertà di manifestazione del pensiero ed espressione tutelata specificamente all’art. 13 della Convenzione americana sui diritti dell’uomo. Detto in altri termini, il diritto all’informazione si configura, nel caso della libertà di accesso alle informazioni, come un diritto relativo più ad una dimensione sociale¹⁶, che individuale, quest’ultima invece predominante nel caso del diritto, non “arbitrariamente” limitabile, dell’individuo ad esprimere e diffondere il proprio pensiero.

Specularmente a questo interesse “collettivo”, si va ponendo così a carico delle istituzioni pubbliche (nonché di quelle non governative che giocano un ruolo importante in ambiti di interesse pubblico) un “obbligo positivo”, non solo di protezione del diritto di informazioni e dei mezzi di diffusione ma altresì di fornire informazioni, in particolare in materie di interesse pubblico¹⁷, affinché l’individuo possa essere informato¹⁸. Alla luce di questo interesse collettivo la libertà di espressione, costituendo una premessa inderogabile ai fini dello scambio di idee e informazioni tra individui, se include il diritto di conoscere le notizie comprende ovviamente altresì l’interesse individuale del diritto di ciascuno di diffondere le proprie opinioni, finendo così col mostrare l’intima connessione tra i due interessi. Nell’ottica di dare piena efficacia alla libertà di espres-

¹⁴ ECtHR, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, December 18, 2012.

¹⁵ ECtHR, *Affaire Dink v. Turquie*, December 14, 2010, § 37.

¹⁶ In questo senso, per prima, IACtHR, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 novembre 1985.

¹⁷ Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution no. 428, January 23, 1970.

¹⁸ IACtHR, *Case of Claude-Reyes et al. v. Chile*, September 19, 2006, § 77. In questa sentenza, particolarmente rilevante per il nostro tema, la Corte interamericana dei diritti dell’uomo ha stabilito che il Cile ha violato i diritti alla libertà di espressione, al giusto processo e alla tutela giurisdizionale, rifiutando la richiesta dei ricorrenti di informazioni detenute dallo Stato senza basi giuridiche e senza fornire una decisione motivata per iscritto, che ne spiegasse le ragioni per il rifiuto. Ha inoltre concluso che il Cile non aveva rispettato l’obbligo di adottare disposizioni giuridiche nazionali per rendere effettivo il diritto di accesso alle informazioni detenute dallo Stato.

sione¹⁹, entrambe le dimensioni andranno perciò tutelate “simultaneamente”²⁰. Per dirla con parole della stessa Corte interamericana, insomma, per ciascun individuo “la consapevolezza delle opinioni e delle informazioni altrui è importante quanto il diritto di trasmettere le proprie”²¹.

In considerazione dell’interesse, individuale e al contempo collettivo, sotteso alla libertà di manifestazione del pensiero non possono essere consentite “restrizioni arbitrarie che possano trasformarsi in una forma di censura indiretta qualora le autorità creino ostacoli alla raccolta di informazioni”²². La protezione di un ambiente favorevole, senza ostacoli, alla diffusione delle informazioni rendendole accessibili a ciascun individuo e consentendo, a sua volta, la loro circolazione nella società, in modo che quest’ultima possa conoscerle, accedervi e valutarle, è garanzia della tutela del diritto alla libertà di pensiero e di espressione. Quest’ultima si rivela così, come detto, come una libertà inclusiva altresì della “protezione del diritto di accesso alle informazioni in possesso dello Stato, che comprende anche chiaramente le due dimensioni, individuale e sociale, del diritto alla libertà di pensiero e di espressione”²³, da tutelare contemporaneamente entrambe. Alla luce della stretta correlazione tra i due interessi, contemplati dalla libertà di espressione, l’introduzione di un diritto della collettività a essere informata in modo “veritiero” finirebbe invero con il porsi in conflitto con il diritto di diffondere opinioni, comportando l’illegittimità di un’eventuale censura attuata in via preventiva al fine di eliminare le informazioni che sarebbero false secondo il parere del soggetto censore. Nell’ottica della tutela del diritto di diffondere informazioni e idee, lo stabilire monopoli nei media, siano essi pubblici o privati, nel tentativo di “definire” l’opinione pubblica secondo un unico punto di vista, si porrebbe insomma come una violazione della libertà di espressione.

In questa prospettiva generale, le possibili restrizioni del principio liberale sotteso al diritto di informazione, oltre a dover essere stabilite con precisione dalla “legge”, dovranno essere inevitabilmente al contempo necessarie in una società democratica e “proporzionate all’obiettivo della protezione”²⁴, quest’ultimo ritenuto superiore rispetto alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero. La “law” secondo l’art. 10 della Convenzione europea e l’art. 13 della Convenzione americana, peraltro do-

¹⁹ IACtHR, *Case of López-Álvarez v. Honduras*, February 1, 2006, § 163.

²⁰ IACtHR, *Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, July 2, 2004, § 85.

²¹ IACtHR, *Case of Ricardo Canese v. Paraguay*, August 31, 2004, § 79.

²² ECtHR, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, April 4, 2009.

²³ IACtHR, *Case of Claude-Reyes et al. v. Chile*, September 19, 2006, § 77.

²⁴ Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec. (2002)2, February 21, 2002.

vrebbe essere considerata quale fonte primaria e non già come una qualunque fonte normativa – anche se in senso diverso sembra essersi pronunciata l'*High Court of Justice* inglese²⁵, ordinamento non esaminato in questo lavoro, proprio in materia di libertà di espressione – al fine di escludere qualunque “arbitrio”²⁶ dell'autorità pubblica, adottata per motivi di interesse generale.

Appare allora evidente come lo Stato, qualora sia legittimato dalla disposizione normativa, per determinate ragioni, a limitare l'accesso alle informazioni è comunque tenuto, a detta ancora della Corte interamericana, a dare informazione della limitazione includendo una “giustificazione” quanto alla stessa restrizione²⁷.

2.1. *Il regime derogatorio alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Laddove le normali misure restrittive consentite dalla Convenzione europea dirette alla tutela della sicurezza pubblica, della salute o dell'ordine pubblico si rivelano “palesamente inadeguate”²⁸, a fronte di un “pericolo imminente”²⁹ e “particolarmente esteso e acuto”³⁰, si può ricorrere al regime eccezionale di cui, come già detto, all'art. 15 CEDU e adottare misure derogatorie delle libertà “nella misura strettamente necessaria dalle esigenze della situazione, a condizione che tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi che incombono su di esso [Stato] in virtù del diritto internazionale” (art. 15). In questi casi tali misure, possibili oggetto di valutazione da parte della Corte, dovendo mostrarsi “strettamente richieste dalle esigenze”³¹ della situazione, dovranno rivelarsi anche “strettamente proporzionate” alle eccezionali circostanze ed escludere, in ogni

²⁵ High Court UK, *Adil v General Medical Council* [2023] EWHC 797 (Admin), 5 April 2023, § 20, allorché si ritiene che la condizione “by law condition (...) concerns the position prospectively” e che questa “have been reasonably foreseeable”.

²⁶ IACtHR, *Case of Claude-Reyes et al. v. Chile*, September 19, 2006, § 89.

²⁷ IACtHR, *Case of Claude-Reyes et al. v. Chile*, September 19, 2006, § 77.

²⁸ European Commission of Human Rights, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (“The Greek Case”), November 5, 1969. Sul caso e il Report, vedi: J. BECKET, *The Greek Case Before the European Human Rights Commission*, in *Human Rights*, 1(1), 1970, pp. 91-117.

²⁹ ECtHR, *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], February 19, 2009, § 177, che si richiama al Report “The Greek Case”. In realtà, la prima pronuncia che invoca la necessità della “imminenza” del pericolo è: ECtHR, *Case of Lawless v. Ireland (No. 3)*, July 1, 1961. Se nella versione francese è presente l'elemento dell'imminenza, quest'ultimo non è tuttavia riportato nel corrispondente testo in lingua inglese.

³⁰ ECtHR, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, January 18, 1978, § 205.

³¹ ECtHR, *Case of Lawless v. Ireland (No. 3)*, July 1, 1961, § 22.

caso, una “ingiustificabile discriminazione”³²: lo Stato, pur non essendo di certo tenuto ad “attendere che si verifichi la catastrofe”³³ prima dell’adozione di un regime derogatorio, non gode di una “discrezionalità illimitata”³⁴, ma deve agire sempre al fine di proteggere l’ordine democratico³⁵.

In definitiva, alla luce di questo quadro normativo, il mero sopraggiungere di un’emergenza pubblica che in qualche modo possa minacciare la vita della nazione non può costituire il pretesto per limitare le libertà e in particolare la libertà di espressione come quella del dibattito politico, centrale nell’idea di società democratica. Anche durante uno stato di emergenza, lo Stato, dovendo adottare misure dirette a tutelare, come si diceva, l’ordine democratico dalle minacce nei suoi confronti, è tenuto a compiere “ogni sforzo per salvaguardare i valori di una società democratica, come pluralismo, tolleranza e apertura mentale”. Le deroghe come le limitazioni, continua la Corte, che hanno come effetto quello di “soffocare” il dibattito, sia esso politico o di altra natura, e “mettere a tacere le opinioni divergenti” si pongono in contrasto con lo scopo medesimo dell’art. 10 CEDU, non configurandosi affatto come “necessarie in una società democratica”³⁶. Seppure la Corte riconosca, infatti, che nella lotta contro un’emergenza pubblica uno Stato sarebbe reso “inerme” se gli si chiedesse di risolvere tutto in una sola volta e che quindi l’art. 15 CEDU deve essere letto nel senso di dovergli “lasciare spazio ad adattamenti progressivi”, resta il fatto che le misure derogatorie devono essere sempre strettamente “necessarie” per la preservazione dell’ordine pubblico³⁷.

Particolare attenzione, anche e soprattutto nello stato di emergenza, deve essere riservata infine al controllo giurisdizionale.

Anche durante uno stato di emergenza, non sarebbe infatti coerente con lo stato di diritto, mai completamente annullato dallo stato di eccezione³⁸,

³² ECtHR, *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], February 19, 2009, § 189.

³³ ECtHR, *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], February 19, 2009, § 177.

³⁴ Vedi, in particolare, ECtHR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, March 20, 2018, § 91, che richiama in proposito: ECtHR, *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, May 26, 1993, § 43.

³⁵ ECtHR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, March 20, 2018, § 210.

³⁶ Vedi di recente, ECtHR, *Dareskizb Ltd v. Armenia*, October 10, 2021, laddove il governo armeno aveva posto misure tese a vietare la pubblicazione di un giornale di opposizione a seguito dello stato di emergenza dichiarato nell’ambito di forti proteste post-elettorali.

³⁷ ECtHR, *Baş v. Turkey*, September 7, 2020, § 230.

³⁸ Sul punto sia consentito il rinvio a: E.A. IMPARATO, *L’eccezione nella regola: la sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intracostituzionale contemporanea*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2019.

se uno Stato, senza alcun controllo da parte degli organi giurisdizionali anche sovranazionali come quelli previsti in esecuzione della Convenzione, potesse sottrarre alla giurisdizione dei tribunali un'intera serie di richieste degli individui o conferire l'immunità dalla responsabilità civile a determinate categorie di persone³⁹; in ogni caso sia anche esso di tipo emergenziale, si deve poter verificare che le misure derogatorie adottate in particolare al diritto al "giusto processo" di cui all'art. 6, § 1, CEDU, "non limitino o riducano l'accesso lasciato all'individuo in modo o misura tale da compromettere l'essenza stessa del diritto"⁴⁰. Diversamente, se nello stato di emergenza si accettasse che il controllo giurisdizionale può essere eliminato o fortemente ristretto, si finirebbe con l'ammettere altresì che non esiste alcuna tutela contro il "pericolo di un potere arbitrario"⁴¹.

Insomma, per dirla ancora con parole della Corte, "potrebbe emergere una reale minaccia per lo Stato di diritto se uno Stato dovesse arbitrariamente rimuovere la competenza dei tribunali civili"⁴², senza una base chiara nel diritto interno, giacché "anche nel quadro di uno stato di emergenza, deve prevalere il principio fondamentale dello Stato di diritto"⁴³.

3. Il diritto interno e lo stato di emergenza causato dalla pandemia da Covid-19

In qualunque stato di diritto costituzionale democratico oggi vigente il diritto all'informazione e con questo, il connesso principio di trasparenza dell'informazione, assume un ruolo essenziale.

A partire dalla Dichiarazione francese del 1789 che all'art. 11 recitava che la "libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti fondamentali dell'uomo", pur subito dopo puntualizzando "salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla legge", tutte le Costituzioni degli Stati contemporanei consacrano invero, tra i diritti e

³⁹ ECtHR, *Fayed v. the United Kingdom*, September 21, 1994, § 65.

⁴⁰ ECtHR, *Ashingdane v. the United Kingdom*, May 28, 1985, § 57.

⁴¹ Così: ECtHR, *Golder v. the United Kingdom*, February 21, 1975, § 35, laddove si richiama: ECtHR, *Lawless v. Ireland* (no. 3), July 1, 1961.

⁴² Così, European Comm. Report 12.5.83 (ECtHR, *Ashingdane v. the United Kingdom*), § 92, laddove si richiama peraltro al suo pregresso Report del 17 luglio 1980, relativo al caso *Kaplan v. United Kingdom*, noto come "Kaplan case", allorché si stabilisce che: "The jurisdiction of the courts cannot be removed altogether or limited beyond a certain point" (§ 162).

⁴³ Da ultimo, sul punto della deroga al diritto all'accesso al giusto processo, ECtHR, *Pişkin v. Turkey*, April 19, 2021, § 153.

le libertà fondamentali, la libertà di espressione ben inclusiva, come si è cercato di vedere alla luce dell'interpretazioni delle Corti sovranazionali, del diritto d'accesso inteso come diritto strumentale alla libertà di "ricevere e comunicare" informazioni laddove se quest'ultima fosse esclusa dalla libertà di espressione, si finirebbe, come già detto, per compromettere il diritto di accesso "in modo e misura tali da colpire la sostanza stessa della libertà di espressione".

In quest'ottica l'accesso alle informazioni in possesso di un'autorità pubblica ma anche, come si anticipava, di un soggetto non governativo in ambito di interesse rilevante, consentendo l'esercizio della libertà di "ricevere e comunicare informazioni e idee" ad altri, costituisce una importante fase propedeutica e "preparatoria", rilevante per le attività giornalistiche ma anche per tutte quelle altre attività che creano un *forum* per il dibattito pubblico o ne costituiscono un "elemento essenziale"⁴⁴, specialmente allorché riguardino una "questione di importanza pubblica"⁴⁵ ovvero di interesse pubblico. Senza dubbio quest'ultimo interesse sussiste quando, tra l'altro, la diffusione di informazioni costituisce elemento fondamentale per la "trasparenza" sulle modalità di conduzione degli affari pubblici e su questioni di interesse per la società nel suo complesso, essendo quest'ultima così messa in grado di partecipare alla *governance* pubblica. Ciò è nondimeno durante uno stato di emergenza, come è stato tra l'altro quello proclamato da diversi stati di fronte alla crisi sanitaria causata dal Covid-19, allorché la diffusione di informazioni nonché l'accesso ai dati si rivelano fondamentali per la società democratica: in questo contesto, peraltro, le comunicazioni ufficiali non possono essere intese come l'unico canale di informazione sulla pandemia, giacché ciò porterebbe alla censura ed escluderebbe la possibilità per i giornalisti, gli operatori sanitari e, in definitiva, l'opinione pubblica di criticare le autorità e analizzare la loro risposta alla crisi. Tutt'altro. Come chiarito anche dalla Commissione dei ministri europea, in tempi di crisi e di emergenza, in risposta alla "legittima necessità di informazioni in situazioni di grande preoccupazione pubblica, le autorità dovrebbero garantire al pubblico il libero accesso alle informazioni, anche attraverso i media"⁴⁶.

⁴⁴ ECtHR, *Dammann v. Switzerland*, April 25, 2006, § 52.

⁴⁵ ECtHR, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, July 14, 2009, § 28.

⁴⁶ Committee of Ministers of the Council of Europe, *Guidelines of the on protecting freedom of expression and information in times of crisis*, September 26, 2007.

3.1. *Gli Stati alla prova del “Covid-19”. Un quadro comparativo sulle deroghe al diritto di accesso alle informazioni*

Se va detto che la maggior parte dei Paesi non hanno introdotto modifiche alle norme sul diritto all’informazione valide in generale durante i regimi ordinari, va anche precisato che negli ordinamenti in cui sono state apportate modifiche formali all’ordinaria legislazione vigente ciò non ha portato alla totale eliminazione del diritto di informazione quanto piuttosto, prevalentemente, all’estensione o sospensione dei termini temporali, relativi, in alcune ipotesi all’evasione delle richieste avanzate dai cittadini, in altri casi, all’adozione delle decisioni nei ricorsi dinanzi agli organi di controllo.

Nel caso ad esempio dell’ordinamento scozzese, il Parlamento ha adottato un atto legislativo, riguardante specificamente il “Coronavirus”, che attribuisce, in particolare, ai Ministri il potere di individuare, mediante direttive, le “circostanze” per cui un’autorità pubblica scozzese diversa dagli stessi Ministri può prorogare, stante la notifica al richiedente di tale decisione contenente, tra l’altro, le motivazioni, un termine, sia pure, come specificato nello stesso articolo, per un periodo non superiore ai 40 giorni lavorativi. Nello stesso testo normativo, oltre a questa espressa e motivata deroga legittimata esplicitamente dal disposto, si va ad autorizzare un’autorità indipendente, nominata generalmente dal parlamento scozzese al fine di garantire l’osservanza e la promozione della legge sulla libertà di informazione⁴⁷, di “valutare” soggettivamente, caso per caso, se un determinato ritardo possa essere considerato “deroga” emergenziale. Ivi si conferisce, invero, il potere allo “Scottish Information Commissioner”⁴⁸, quale organo previsto nella legislazione ordinaria, di decidere, nel caso emergenziale, secondo una propria valutazione, se l’autorità pubblica scozzese che non abbia rispettato un termine può non essere consi-

⁴⁷ Freedom of Information (Scotland) Act-FOISA 2002, (asp. 13), May 28, 2002, schedule 2. Sulla libertà di informazione, v. E. BURT, J. TAYLOR, *The Freedom of Information (Scotland) Act 2002: New Modes of Information Management in Scottish Public Bodies?*, Report to the Scottish Information Commissioner, September 28, 2007, nonché K. DUNION, *Freedom of Information in Scotland and the UK: Time to Notice the Difference*, in R.G. VAUGHN (ed.), *Freedom of Information. Local Government and Accountability*, Routledge, London, 2010.

⁴⁸ Per un commento oltre che sulla legge, anche sul concetto di trasparenza e sulla Commissione di informazione si rinvia a P. BIRKINSHAW, *Government and Information: the Law relating to Access, Disclosure and Regulation*, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 2005, pp. 135 ss., in particolare laddove si osserva che in Scozia, in relazione alla FOISA, “transparency appeared to be used interchangeably with openness”. Anche, B. MCCONVILLE, *Public or private? Freedom of information and the Scottish struggle for scrutiny of public bodies*, in A.S. DUFF (ed.), *Research Handbook on Information Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, pp. 238-250.

derato inadempiente: a tal fine, oltre a mostrarsi “ragionevole” rispetto alle circostanze, l’inadempimento deve essere adducibile, secondo la norma, “all’effetto del coronavirus sull’autorità in generale o sulla sua capacità di svolgere le proprie funzioni (comprese le azioni che ha dovuto intraprendere per utilizzare meglio le proprie risorse per affrontare l’effetto del coronavirus)”⁴⁹. Peraltro, nello stesso ordinamento, se si è eliminato subito dopo il regime di proroga attuabile dai Ministri⁵⁰, si è lasciata la valutazione per i singoli casi operata dal Commissario disponendosi tuttavia un’integrazione: nel considerare l’ammissibilità del ritardo da parte di un’autorità pubblica, oltre alla pregressa ragionevolezza, si dovrà tenere in conto altresì dell’esistenza di “un pubblico interesse”, nella legge sull’informazione, valida in regime ordinario, peraltro previsto⁵¹. In questo senso si sono mossi, del resto, anche altri paesi, in particolare europei, che hanno invocato la pandemia come causa per estendere o sospendere i termini stabiliti normalmente per rispondere alle richieste di informazioni sulla libertà in merito alle procedure degli enti pubblici, senza tuttavia circoscrivere tale “deroga” alla valutazione delle circostanze.

In Italia, ad esempio, si dispone, all’art. 67, comma 3, d.l. n. 18/2020⁵², la sospensione in generale, per un periodo specificamente individuato, del trattamento e di tutte le attività relative alle richieste di accesso alle informazioni, con l’eccezione delle richieste urgenti che non possono essere rinviate. In una successiva dichiarazione, il governo ha tuttavia chiarito che se è sospesa “la risposta obbligatoria delle amministrazioni interessate rispetto ai chiarimenti e ai riscontri richiesti dall’Ispettorato al fine di corrispondere a segnalazioni da parte di cittadini o pubblici dipendenti circa presunte irregolarità, ritardi o inadempienze delle amministrazioni”, si ritiene esclusa dalla sospensione, “in via interpretativa, i termini relativi a segnalazioni attivate con riferimento all’attuale situazione di emergenza sanitaria”⁵³.

Una strada diversa è stata seguita da altri Paesi che hanno optato per una soluzione in merito all’eventuale estensione della scadenza dei termini dei provvedimenti che tuttavia produce l’effetto di rendere ancora più

⁴⁹ Coronavirus (Scotland) (No. 2) Act, May 20, 2020, Schedule 6, reperibile *online* all’indirizzo: <https://beta.parliament.scot/-/media/files/legislation/bills/current-bills/coronavirus-scotland-no2-bill/stage3/coronavirus-scotland-no2-bill-as-passed.pdf>.

⁵⁰ Coronavirus (Scotland) (No. 2) Act, May 20, 2020 (asp. 10).

⁵¹ P. BIRKINSHAW, *Government and Information*, cit., p. 138.

⁵² D.l. 17 marzo 2020, n. 18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*.

⁵³ Comunicato del Dipartimento della Funzione Pubblica, 27 marzo 2020, reperibile *online*: <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/27-03-2020/comunicato>.

incerta, sotto il profilo temporale, la soddisfazione del diritto di informazione. In queste ipotesi la proroga temporale viene infatti collegata con la fine, imprevedibile, dello stato di emergenza. È questo il caso della Spagna⁵⁴ che nel proclamare lo stato di emergenza – o meglio, lo “stato di allarme” – dispone altresì la sospensione in generale dei “termini dei procedimenti processuali degli enti pubblici”, stabilendo la ripresa del calcolo delle scadenze al finire dello stato emergenziale come proclamato o prorogato⁵⁵. Sulla base di questa disposizione normativa, il Consiglio per la trasparenza e buon governo⁵⁶, quale organo di controllo del diritto all’informazione, ha così specificato successivamente che, per quanto riguarda le richieste di informazioni pubbliche, pur restando escluse, come ben si puntualizza, le informazioni sul Covid-19 che “dovrebbero essere fornite anche attraverso altri canali” in maniera “immediata”, la sospensione decretata riguarda i termini di tutti i procedimenti amministrativi e quindi anche quelli per le richieste previste dalla legge sulla trasparenza per le consultazioni sul diritto di accesso alle informazioni pubbliche⁵⁷. La Francia, pur seguendo questo stesso orientamento, sembra invece andare oltre⁵⁸.

⁵⁴ Sull’attività informativa e la reazione del governo alla diffusione di false informazioni durante la pandemia, si rinvia a A. IBÁÑEZ PEIRÓ, *La actividad informativa del Gobierno español durante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus, COVID-19*, in *Revista Española de Comunicación en Salud*, 1, 2020, pp. 304-318. Più specificamente sul diritto di accesso, invece, v. C. PAUNER CHULVI, *Transparencia, derecho de acceso a la información y libertad de información durante la emergencia sanitaria por coronavirus en España. Algunas enseñanzas*, in *Democracia e Sicurezza*, 2, 2021, pp. 43-86.

⁵⁵ Real Decreto n. 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, disp. terza addizionale, reperibile online all’indirizzo: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3692>. Per una prima critica, v. Access Info, *Spain must guarantee right to access information during coronavirus crisis*, 2020, <https://www.liberties.eu/en/stories/spain-must-guarantee-right-access-information-during-coronavirus-crisis/18651>, nonché, più ampiamente, S. BOULOS, *Freedom of Speech in Times of Crisis: The Case of Spain During the COVID-19 Pandemic*, in J. CAYÓN PEÑA (ed.), *Security and Defence: Ethical and Legal Challenges in the Face of Current Conflicts. Advanced Sciences and Technologies for Security Applications*, Springer, Cham, 2022, pp. 209-228.

⁵⁶ Sulla legge spagnola (*Ley 19/2013, de 9 de diciembre*) e sul Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, v., in particolare, S. FERNÁNDEZ RAMO, J.M. PÉREZ MONGUIO, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014; E. GUICHOT (a cura di), *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 383.

⁵⁷ Nota su “El funcionamiento del portal de la transparencia durante el estado de alarma (17 de abril de 2020)”, reperibile all’indirizzo: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:f3abf704-ff10-4dbd-b80a-be6bf36a22d5/NotaInformativaFuncionamientoPortalTransparencia.pdf>.

⁵⁸ Sullo stato di emergenza sanitaria, in generale, v. A.D. ROSSARO, E. RIAL-SEBBAG, *L’émergence des outils numériques dans le contexte d’état d’urgence sanitaire. Enjeux et*

Qui si stabilisce che tutti i termini legali dei provvedimenti, esclusi quelli relativi ad ambiti particolari precisati in un elenco tassativo (tra cui, in particolare, quelli derivanti dall'applicazione di norme di procedura penale o di disposizioni elettorali), decorreranno a un mese dalla fine dello stato di emergenza⁵⁹.

4. *Brevi conclusioni*

In generale, le decisioni sulle modifiche al diritto all'informazione sono state adottate dagli Stati a diversi livelli di intervento, ma tutte, quantomeno nei casi in questo lavoro esaminato, emanando fonti primarie. In alcuni casi, si è ricorso a una legge o a un decreto di emergenza che sospendeva in generale la procedura generale o le scadenze amministrative, interrompendo il lavoro dei funzionari governativi. In altri casi, le norme primarie hanno riguardato specificamente il diritto all'informazione. In ogni caso, raramente, salvo alcune eccezioni come è ad esempio il caso scozzese, la legislazione che ha autorizzato deroghe al diritto all'informazione ha imposto che tali limitazioni fossero ammissibili laddove ritenute "necessarie", tenendo conto di tutte le circostanze, prevedendole al contrario in via generale e senza una "giustificazione" delle eventuali estensioni autorizzate dalle norme derogatorie. La giustificazione del regime derogatorio finisce con il coincidere con la stessa pandemia piuttosto che derivare da specifiche "necessità" legate alle circostanze, ovvero giacché "strettamente richieste dalle esigenze della situazione", al contempo, accordandosi un'ampia discrezionalità nello stabilire ritardi o nel sospendere del tutto il diritto fino alla fine dell'emergenza. Non sempre si dispone,

conditions d'application face au droit au respect de la vie privée, in *Droit, Santé et Société*, 1, 2020, pp. 98-104; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire? D'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains*, in *Revue française d'administration publique*, 4, 2020, pp. 875-888; A. LAQUIÈZE, *L'État français face au coronavirus: réflexions sur l'état d'urgence sanitaire*, in *Cités*, 4, 2020, pp. 37-52; J. FOUGEROUSE, *Les droits et libertés à l'épreuve de la pandémie de covid: éclipse ou crépuscule?*, in *Politeia*, 40, 2021, pp. 45-53, nonché N. KLAUSER, *État d'urgence et état de droit en France: aspects juridiques: vers un déséquilibre généralisé des pouvoirs*, in M. GOUPY, Y. RIVIÈRE (eds.), *De la dictature à l'état d'exception: approche historique et philosophique*, École Française de Rome, Rome, 2022, pp. 211-222.

⁵⁹ Ordonnance 2020-306, March 25, 2020, relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, art. 1, available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755644>. Un riferimento al punto è anche C. SCHOULER, L. MUCCHIELLI, *Covid, état d'urgence et libertés publiques. Les libertés qui fondent la démocratie sont-elles solubles dans la lutte contre une épidémie?*, in *Futuribles*, 4, 2022, pp. 73-85.

poi, espressamente che le richieste di informazioni relative all'emergenza sanitaria e alle risposte del governo, quale parte della reazione complessiva all'emergenza, sono escluse dal regime derogatorio. Si deve inoltre aggiungere che in generale nessuna autorità pubblica, compresi gli organi di controllo o le commissioni per l'informazione, per quanto talora autorizzata espressamente a sospendere l'applicazione delle norme sul diritto all'informazione, dovrebbe disporre di un'ampia discrezionalità di valutazione delle deroghe ponendosi questo in contrasto con i principi dello Stato di diritto.

Insomma, in generale, si sono adottate misure generalizzate per sospendere il diritto all'informazione o addirittura per ritardare i tempi di risposta mentre quasi mai si è invocato il requisito della necessità al fine di consentire proroghe dei termini proporzionate, giustificate caso per caso, determinate, ad esempio, dalla difficoltà di accesso a documenti fisici. In qualche ipotesi addirittura si è fornita una delega in bianco circa la valutazione del ritardo o inadempimento alle autorità indipendenti. In nessuna ipotesi, le misure derogatorie, come del resto previsto dalla stessa Convenzione europea, sembrano essere introdotte "to the extent strictly required by the exigencies of the situation". Le specifiche esigenze non possono di certo coincidere con l'emergenza stessa che ha consentito l'eccezionale regime. Raramente si prevede, poi, salvo il caso italiano che tuttavia non specifica i parametri da considerare a tale scopo, la valutazione di situazioni considerabili come 'prioritarie' ai fini del consentire l'accesso all'informazione, come in particolare nel caso delle audizioni da parte degli organi di controllo. Nessuno Stato ha considerato, infine, misure aggiuntive per dare priorità a queste richieste, soprattutto quando provengono da giornalisti, attori della società civile e altri soggetti che intendono che intendono utilizzare le informazioni per sensibilizzare l'opinione pubblica sull'emergenza⁶⁰.

In conclusione, se, in generale, la maggior parte degli Stati ha divulgato in modo proattivo le informazioni relative alla salute, cercando di consentire l'accesso, salvo in alcuni casi porre deroghe 'generalizzate dei tempi, poco frequentemente ha pubblicato altri tipi di informazioni, come le decisioni governative relative a bilanci, appalti, formazione di commissioni per la salute e programmi e benefici speciali. Sotto quest'ultimo profilo le autorità statuali hanno mostrato di non osservare pienamente il principio della trasparenza laddove avrebbero dovuto compiere uno sforzo concertato per fornire al pubblico le migliori informazioni disponibili, ba-

⁶⁰ *Maintaining Human Rights during Health Emergencies: Brief on Standards Regarding the Right to Information*, <https://www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2020/05/RTI-and-COVID-19-Briefing.20-05-27.Final.pdf>.

sate su dati scientifici e su una raccolta di informazioni obiettive. L'osservanza di questo principio nel processo decisionale del governo durante il periodo emergenziale può invece non solo promuovere decisioni e politiche migliori ma favorire una migliore attuazione di tali misure, contribuendo a una risposta complessiva più forte.

Come osservato anche dal Rappresentante dell'OSCE per la libertà dei media e dal Relatore speciale dell'IACHR per la libertà di espressione durante la pandemia Covid-19, come peraltro richiamati in apertura di questo lavoro, “ampie restrizioni all'accesso a Internet non possono essere giustificate da motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale” e non possono trovare giustificazione nella stessa emergenza, richiedendosi al contrario, anche nelle situazioni ‘eccezionali’, sforzi specifici per garantire tale libertà, salvo non ricorrano specifiche, chiare ed espresse esigenze ostative.

Disinformazione tra Europa e Stati Uniti: l’“emergenza” come punto di contatto tra le due sponde dell’Atlantico

di *Valentina Cavani*

Sommario

1. La libertà di espressione e l'emergenza. – 2. Le preoccupazioni per lo stato di diritto. – 3. Le differenze tra USA e UE. Il diverso paradigma costituzionale. – 4. *Segue*. L'efficacia dei diritti nei confronti dei privati. – 5. Cosa (non) hanno fatto gli Stati Uniti. – 6. Cosa ha fatto (e sta facendo) l'Europa. – 7. L'Unione europea e i meccanismi di risposta alle crisi. – 8. Un'emergenza nell'emergenza: l'intelligenza artificiale. – 9. La regolazione dell'AI tra Europa e USA: un'emergenza “comune”? – 10. Conclusioni.

1. *La libertà di espressione e l'emergenza*

Se parliamo di “emergenza”, oggi, pensiamo subito alla pandemia. Nel 2020, il diffondersi del virus Covid-19 ha messo a dura prova numerosi diritti, spesso oggetto di severe restrizioni disposte dai governi di tutto il mondo per far fronte alla grave minaccia sanitaria.

Per quanto concerne la libertà di espressione, la pandemia ha agito accelerando e aggravando una patologia che, in realtà, affliggeva tale diritto fondamentale già da tempo.

Si allude, ovviamente, al fenomeno della disinformazione.

Senza dubbio, l'urgenza creata dall'improvvisa espansione del Covid-19 ha fornito terreno fertile per la proliferazione delle *fake news*. Il falso, infatti, si nutre dell'emotività degli individui, che è massima nei momenti di emergenza, quando gli stessi cercano spiegazioni e possibilmente responsabili per i propri disagi.

Per questo l'“infodemia” ha presto coinvolto anche la guerra in Ucraina e, in generale, tutti i momenti di crisi che hanno travolto l'umanità negli ultimi tempi, dal cambiamento climatico alla recente riaccensione del conflitto israelo-palestinese.

Eppure, come accennato, la disinformazione non è un fenomeno “figlio” della pandemia. Esisteva già da tempo. Nella sua sostanza, si può dire che riguardi il mondo dell'informazione da sempre. Nella sua forma odierna, strettamente connessa al mondo digitale e all'intelligenza artificiale, di “*fake news*” si inizia a parlare nel 2016, nell'occasione di due eventi, uno americano, la campagna elettorale di Donald Trump, e uno europeo, il referendum sulla Brexit.

Già in tali circostanze le notizie false veicolate tramite Internet e i social network avevano mostrato la propria, inedita, capacità di influenzare la vita e le scelte dei cittadini di entrambi i lati dell'Oceano.

La disinformazione, quindi, è arrivata, per così dire, “preparata” alla pandemia. Sapeva come muoversi. Per questo motivo, è stato autorevolmente sostenuto che la libertà di espressione fosse un diritto “già” in emergenza¹.

Eppure, l'aggravamento delle condizioni dell'ecosistema informativo è evidente.

Le emergenze globali si combinano con la crisi, già in corso, del pensiero circolante in Rete, dando luogo a una “emergenza al quadrato” cui i sistemi democratici non possono rimanere indifferenti.

Per questo motivo, si è fatto sempre più intenso il dibattito circa la necessità di regolare il fenomeno della disinformazione.

Un problema, quest'ultimo, che non si risolve in sé, ma impone la riflessione su (almeno) altre due tematiche di profilo squisitamente costituzionale.

In primis. Disciplinare il fenomeno delle *fake news* significa regolamentare (quindi, limitare) una componente della libertà di espressione. In sé e per sé la cosa potrebbe non essere particolarmente disturbante, se non fosse che in questo caso si va a toccare, in particolare, il contenuto dell'espressione, con ciò evocando un inevitabile pericolo di una censura².

In secondo luogo, il tema controllo dei contenuti *online* chiama in causa l'inedita interazione tra pubblico e privato che caratterizza l'ambiente digitale.

L'evoluzione di Internet ha profondamente mutato il carattere bidimensionale della libertà di espressione (tradizionalmente incentrata sul

¹ C. MAGNANI, *Libertà d'espressione e sfera pubblica nell'emergenza: crisi del costituzionalismo?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2023.

² P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2020.

rapporto Stato-cittadino) aggiungendo un terzo attore nella regolazione del discorso pubblico³: le piattaforme digitali.

Esse, principalmente al fine di creare un ambiente favorevole per gli utenti, ma talora anche manifestando proprie tendenze ideologiche⁴, hanno definito – ciascuna per proprio conto e in forma spesso differente – un vero e proprio sistema di controllo del flusso dei contenuti che transitano sulla Rete, che si sostanzia nella loro selezione, organizzazione ed eventuale rimozione. E hanno, in definitiva, dato vita a quella che è stata efficacemente qualificata come «una formidabile struttura di governance privata, tale per cui esse sono divenute i veri “decisori”, coloro i quali hanno “more power to determine who may speak and who may be heard around the world”»⁵.

2. Le preoccupazioni per lo stato di diritto

Il risultato di questo ambiente è preoccupante per lo stato di diritto⁶ da diverse prospettive.

In primo luogo, le piattaforme digitali contribuiscono all'interpretazione della tutela giuridica dei diritti fondamentali, stabilendo, di fatto, uno standard privato di protezione nell'ambiente digitale. In secondo luogo, vi è un problema di prevedibilità e di certezza del diritto, dal momento che le regole che presiedono alla moderazione dei contenuti non hanno alla base alcun processo democratico di adozione e possono essere modificate in qualunque momento, unilateralmente, dagli intermediari.

³ Come provocatoriamente suggerito da Balkin «la libertà di parola è un triangolo», J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118(7), 2018.

⁴ Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, n. 1, 2019, p. 37.

⁵ Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2, 2021, p. 173, che richiama quanto affermato da J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordam Law Review*, n. 4, 2012, p. 1536.

⁶ In questo intervento, l'espressione 'stato di diritto' verrà alternata a quella di 'rule of law', pur nella consapevolezza delle diversità storico-applicative che le caratterizzano. Come noto, infatti, la dottrina ha ampiamente dimostrato come, grazie al ruolo delle giurisdizioni costituzionali e di quelle internazionali, si sia prodotta nel tempo un'ampia convergenza sui contenuti del principio, che deve necessariamente includere una serie di profili sia formali/procedurali che sostanziali, in relazione alla tutela dei diritti umani, al punto da rendere evanescenti le differenze originarie. Solo in quest'ottica si utilizzeranno entrambe le espressioni come sinonimi. Sul punto, A. DI GREGORIO, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE Online*, n. 4, 2016.

Questo scenario di sostanziale particolarismo giuridico, che mette in crisi il sistema stesso delle fonti⁷, descrive oggi un'altra "legalità", quella delle piattaforme («rule of platform»⁸) che si pone in diretta competizione con lo stesso principio di legalità costituzionale, da intendersi quale necessaria compatibilità della legge con i principi costituzionali.

Ecco perché il ruolo delle piattaforme nelle dinamiche dell'ecosistema informativo digitale crea preoccupazioni in relazione non solo alla tutela dei diritti ma anche, più ampiamente, alla tenuta dello stesso sistema democratico.

Preoccupazioni che aumentano se si considera che l'attività di moderazione è sempre più svolta tramite algoritmi e strumenti di intelligenza artificiale.

Da un lato, simili tecniche possono essere considerate strumenti che facilitano le varie funzionalità di una piattaforma, dall'organizzazione dei contenuti alla rimozione di quelli ritenuti illeciti o dannosi. Dall'altro lato, tuttavia, tali tecnologie sono governate da regole opache⁹, (molto spesso) al di fuori di qualsiasi controllo umano, con evidenti conseguenze per i valori democratici come la trasparenza e la responsabilità.

La scarsa comprensibilità delle regole che presiedono alla moderazione algoritmica dei contenuti¹⁰ non è solo conseguenza della complessità tecnica di simili sistemi (a volte, difficili da comprendere persino per gli stessi addetti al settore) ma è anche il risultato di una vera e propria «lo-

⁷ E. CREMONA, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, in *DPCE Online*, 50, 2022, p. 1241: «Il sistema delle fonti appare così definitivamente deflagrato, non più solido sistema piramidale, e neppure più rete gettata in una modernità liquida, ma presenza evanescente in un mondo dematerializzato. E se fino ad oggi la particella fondamentale dell'ordinamento giuridico, la norma giuridica fonte del diritto oggettivo, era chiaramente percepibile e riconoscibile nelle forme di un comando formulato da una qualche istituzione politica, nell'ambiente digitale quello che Grossi definisce come "ordinamento osservato" [P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003] è il risultato dell'obbedienza a regole poste da poteri (non più pubblici, ma) privati, cui pare molto difficile sfilare lo scettro del comando».

⁸ G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in *DPCE Online*, 50, 2022, p. 1456.

⁹ J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, n. 3, 2016, pp. 1-12; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2015, p. 311.

¹⁰ Uno dei modi in cui il filosofo del diritto americano Lon Luvois Fuller descrive il fallimento dello Stato di diritto è proprio l'assenza di un «published code declaring the rules to be applied in future disputes»: L.L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964. L'oscurantismo legislativo è un anatema per lo Stato di diritto formale. Sul punto, cfr. A.Z. HUQ, *Artificial Intelligence and the Rule of Law*, in *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 764, 2021.

gica di opacità»¹¹ che le piattaforme adottano per perseguire la loro “depoliticizzazione” e sfuggire alle responsabilità sociali derivanti dalle loro funzioni chiave.

Inoltre, il fatto che le decisioni su quali contenuti meritino di circolare in Rete siano prese da strumenti automatizzati porta a quella che è stata definita «matematizzazione del diritto»¹², poiché il concetto di legalità è definito da un mero calcolo algoritmico, programmato in base ai valori economici del soggetto privato che è destinato a “servire”. Le decisioni dei sistemi algoritmici, infatti, si basano su standard (tecnologici) incorporati nel loro *design*, non necessariamente allineati con gli standard legali o con la protezione dell’interesse pubblico.

Le tecnologie AI, dunque, non sono solo strumenti per l’esercizio di poteri che possono interferire con i diritti fondamentali, ma possono anche essere considerate come creatori di regole. Piuttosto che semplici strumenti di esecuzione basati su istruzioni e standard prestabiliti, gli algoritmi di AI imparano a svolgere il loro compito e lo adattano attraverso l’esperienza, creando le proprie regole.

Questo potere normativo illustra come l’affermazione, ormai classica, che il codice “sia” legge¹³, non rappresenti completamente l’evoluzione della società algoritmica. Il codice è anche una “fonte di diritto”. Mentre gli attori pubblici regolano le tecnologie digitali e i giganti tecnologici esprimono i loro poteri facendo rispettare diritti e libertà su scala globale

¹¹ S.T. ROBERTS, *Digital detritus: “Error” and the logic of opacity in social media content moderation*, in *First Monday*, 23(3), 2018.

¹² G. DE GREGORIO, *Democratizing Online Content Moderation: A Constitutional Framework*, in *Computer Law and Security Review*, 2019.

¹³ La nota affermazione “il codice è legge” è di Lawrence Lessig (L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999), il quale sosteneva che, in un contesto come quello del cyberspazio, i contenuti individuali possono essere adeguatamente regolamentati solo tenendo conto della specificità intrinseca di questa tecnologia, ovvero della sua architettura, o meglio del suo codice. L’osservazione di Lessig indica la capacità di diverse matrici (comprese le norme giuridiche) di incidere sulla regolamentazione dei comportamenti individuali, contribuendo sia direttamente che indirettamente alla definizione di regole di condotta. Riconosciuta la centralità della tecnologia per una regolamentazione efficace, l’insegnamento di Lessig induce a riflettere su come sia in atto uno spostamento del processo decisionale fondamentale dal legislatore al tecnico informatico, in altre parole all’esperto in grado di decifrare il codice. Come è stato sottolineato (M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, Roma, 2019), non è un caso che le prime disposizioni dettate dal legislatore in materia abbiano riguardato il ruolo degli intermediari, nella consapevolezza della centralità del loro ruolo tecnico in relazione alle operazioni che incidono sull’attività e sul comportamento degli utenti. Tuttavia, mentre Lessig aveva ben compreso e descritto un iniziale passaggio dal decisore politico all’esperto informatico, alcuni anni dopo, dall’inizio degli anni 2010, il potere algoritmico e la conseguente capacità di apprendimento automatico hanno spostato il processo decisionale dagli esseri umani – siano essi politici o esperti informatici – alle macchine.

sulla base dei loro termini di servizio, la tecnologia esprime anche una forma di governance automatizzata lontana dalla logica degli attori pubblici e privati. Questa concezione, che può essere chiamata «*rule of tech*»¹⁴, sfida i confini tradizionali non solo della *rule of law*, ma anche della *rule of platform*.

Il governo privato della libertà di espressione e il potere normativo espresso dall'intelligenza artificiale (che si spinge sino a delicate operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali) portano a domandarsi in che modo le democrazie moderne possano limitare la marginalizzazione della *rule of law* nello spazio digitale.

Si tratta di una questione complicata, poiché i sistemi costituzionali adottano diversi parametri di protezione anche quando condividono una comune matrice liberale. Emblematico è il caso dell'Europa e degli Stati Uniti, i quali hanno intrapreso percorsi divergenti: nel primo caso, reagendo al consolidamento del potere delle piattaforme digitali, mentre, nel secondo, adottando un approccio omissivo, ancora saldo a una visione liberale della libertà di espressione¹⁵.

3. Le differenze tra USA e UE. Il diverso paradigma costituzionale

La profonde differenze di approccio tra USA ed Europa rispetto al tema del contrasto alla disinformazione sono, in primo luogo, naturale conseguenza del diverso «humus assiologico culturale»¹⁶ che fa da base al sistema di protezione dei diritti adottato dai due ordinamenti.

In particolare, lo statuto costituzionale della libertà di espressione influisce fortemente sulla possibilità che, ed eventualmente sui margini entro cui, la stessa possa essere limitata e il suo esercizio temperato con esigenze di tutela relative ad altri diritti e libertà fondamentali.

Nel contesto statunitense, la libertà di espressione conosce una caratte-

¹⁴ Concetto ampiamente spiegato da G. DE GREGORIO, *The Normative Power of Artificial Intelligence*, in *CGSL Working Papers*, n. 4, 2023. Sui rapporti tra AI e *rule of law*, cfr. G. BUCHHOLTZ, *Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law*, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer International Publishing, Cham, 2020; E. BINCHY, *Advancement or Impediment? AI and the Rule of Law*, in *Institute of International and European Affairs*, giugno 2022; S. ROSENGRÜN, *Why AI is a Threat to the Rule of Law*, in *Digital Society*, 1(10), 2022.

¹⁵ G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in *DPCE Online*, 2021.

¹⁶ O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, n. 3, 2018.

rizzazione del tutto peculiare. Nell'immaginario collettivo, così come di ogni singolo americano, nessun diritto rappresenta meglio l'essenza della *land of the free* oggetto del sogno americano.

Per questo motivo, la *freedom of speech* gode di una tutela sacrale, resa esplicita sin dalle prime parole del *First Emendment* («Congress shall make no law...»), inequivocabili nello stabilire il divieto per i poteri pubblici di interferire con l'esercizio di tale libertà, in tutte le sue possibili declinazioni.

Gli Stati Uniti, offrendo una protezione costituzionale molto vasta alla libertà di espressione, sembrano, dunque, presentare forti ostacoli per un intervento che colpisca la diffusione delle *fake news*.

In questo contesto risulta ancora predominante la metafora del *free marketplace of ideas*, che equipara lo scambio dialettico a un libero mercato in cui le *fake news*, in quanto notizie di cattiva qualità, non vere o parzialmente vere, semplicemente “falliscono”. Il test di validità delle notizie, in questo ambito, corrisponde infatti alla capacità di una notizia di ricevere approvazione da parte del pubblico, l'unico che può decidere della sorte dei “prodotti” del mercato dell'informazione.

A questo paradigma si contrappone quello europeo, che concepisce, per definizione, la libertà di espressione come un diritto suscettibile di logiche di bilanciamento e dunque, talvolta, anche cedevole al manifestarsi di preminenti esigenze di tutela di diritti diversi.

L'art. 10 CEDU, infatti, dopo l'affermazione solenne della libertà di parola, ammette che tale diritto possa essere sottoposto a «formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni» pur nel rispetto dei requisiti previsti dalla norma stessa.

In secondo luogo, le carte costituzionali europee (la CEDU, *in primis*, ma anche la Carta di Nizza) prevedono espressamente il concetto di abuso del diritto, sconosciuto oltreoceano, a conferma di quell'ottica di non assolutezza, bilanciamento e pari-ordinazione tra diritti quali caratteristiche della tradizione costituzionale europea.

Proprio questa impostazione più moderata, che considera la libertà di espressione in modo analogo ad altri diritti pari-ordinati, ha permesso di gettare le fondamenta per interventi normativi finalizzati al contrasto delle *fake news online*.

4. Segue. *L'efficacia dei diritti nei confronti dei privati*

Alla base della diversa risposta all'istanza di regolazione delle *fake news* vi è, poi, quella che, già vent'anni fa, il sociologo e filosofo tedesco

Jürgen Habermas definiva una «differenza interessante»¹⁷ tra l'approccio europeo e quello anglosassone: quest'ultimo, infatti, è propenso ad entrare in azione solo in caso di minacce alle libertà dei cittadini che provengano, verticalmente, dal potere dello stato. Di fronte al pericolo di un'illecita invadenza del potere politico, passa in secondo piano la paura dell'abusivo potere esercitabile da privati contro privati. In altre parole, il diritto del liberalismo classico – basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata – è estraneo all'idea di un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nei confronti di soggetti privati¹⁸.

Idea che, invece, rappresenta ormai un approdo del costituzionalismo europeo¹⁹, il quale, ponendo la tutela della dignità quale valore paradigmatico, non considera di per sé costituzionalmente intollerabile la “giudicializzazione” delle relazioni *inter privatos*, quando questa sia funzionale alla protezione più ampia dei diritti in gioco.

Ne consegue che, mentre per gli Stati Uniti le piattaforme digitali costituiscono «engines of democracy»²⁰, non sottoponibili ai vincoli di garanzia cui è tenuta l'autorità pubblica, in Europa l'approccio a tali poteri privati ha condotto verso una nuova stagione di regolamentazione come mezzo per rendere le piattaforme più trasparenti e responsabili nell'attività di moderazione dei contenuti, di conseguenza, limitando la loro discrezionalità nel governo della libertà di espressione *online*.

5. Cosa (non) hanno fatto gli Stati Uniti

Alla luce delle garanzie di cui la *freedom of speech* gode negli Stati Uniti e della visione verticale e negativa di tale diritto – ancora interpretato come limite al potere coercitivo pubblico – si possono comprendere le ragioni per cui, fino ad ora, sono sostanzialmente mancate iniziative statali volte a introdurre forme particolari di limitazione della libertà di espressione in Rete.

¹⁷ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino, 2002.

¹⁸ Come ha osservato Mark Tushnet «the judicialisation of relations between private persons [is] as an intolerable intrusion of the state into the sphere of private autonomy»: M. TUSHNET, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, in *New York Law School Law Review*, 33, 1988.

¹⁹ Per una ricostruzione del rapporto tra costituzionalismo statunitense neoliberale e costituzionalismo democratico-sociale europeo: J. LUTHER, *Costituzionalismo europeo e costituzionalismo americano: scontro o incontro?*, in *archivio.rivistaaic.it/cronache*, 24 giugno 2003.

²⁰ Come sottolineato nel caso *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

Anche durante la pandemia le cose non sono cambiate di molto. Anzi, sotto la vecchia amministrazione, l'allora presidente Donald Trump, ben lungi dal porre in essere azioni volte a limitare il fenomeno della disinformazione in tema di Covid-19, ha piuttosto in più occasioni dato pubblico sostegno a tesi pseudoscientifiche che stavano avendo ampia circolazione sul web.

Questo approccio *hands-off* alla regolazione ha trovato conferma anche nella intensa reazione negativa che ha fatto seguito alla creazione, da parte dell'Amministrazione Biden, di un *Disinformation Governance Board*, annunciato nell'aprile 2022 per contrastare la disinformazione elettorale e sul coronavirus, sospeso dopo sole poche settimane a causa delle forti critiche da parte dei conservatori repubblicani, e poi definitivamente revocato nell'agosto 2022.

L'attuale governo statunitense è stato, inoltre, soggetto (in esito al contenzioso *Missouri v. Biden*²¹) ad una *preliminary injunction*, con cui è stato impedito alle agenzie federali di interagire con le piattaforme digitali per ridurre la diffusione delle *fake news*. Nella sua ordinanza, il giudice Terry Doughty della Corte distrettuale della Louisiana ha condannato il governo degli Stati Uniti per aver assunto, durante la pandemia di Covid-19, «un ruolo simile a un “ministero della verità” orwelliano».

6. Cosa ha fatto (e sta facendo) l'Europa

Come detto, in Europa le cose sono andate diversamente.

Il costituzionalismo europeo (progressivamente emancipatosi dall'imprinting economico caratterizzante la prima stagione di crescita del mercato interno) non può tollerare l'irresponsabilità del potere privato rispetto alle garanzie costituzionali e ai valori democratici e, per tale motivo, ha reagito promuovendo, dapprima, l'attivismo della Corte di giustizia²², e poi una nuova stagione di regolamentazione dei poteri delle piattaforme.

L'esigenza di porre un argine alla disinformazione è stata affrontata, per la prima volta, in maniera organica con il *Code of practice on disinformation*, adottato il 26 novembre 2018 e successivamente “rafforzato” a seguito della situazione emergenziale creata dal Covid-19²³.

²¹ *Biden v. Missouri*, 595 U.S. (2022).

²² Ci si riferisce, in particolare, a casi quali *Google Spain* [caso C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González* (2014)] in tema di diritto all'oblio, o *Schrems* [caso C-362/14, *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner* (2015)] in tema di diritto alla privacy, che hanno innescato una nuova fase costituzionale europea verso l'introduzione di nuovi obblighi e procedure al fine di tutelare i diritti fondamentali e i valori democratici.

²³ Lo *Strengthened Code of Practice on Disinformation* è stato firmato e presentato il 16 giugno 2022.

Il Codice riunisce su base volontaria alcuni dei più importanti attori del mondo digitale e tenta di delineare una serie di principi comuni che possano orientare l'azione di questi soggetti privati nel contrasto alla diffusione di *fake news*.

Nell'alternativa di fondo tra etero-normazione pubblica e auto-regolazione privata, l'UE ha scelto il modello della co-regolazione, intesa come una forma di regolazione "ibrida" o "collaborativa", che possa combinare i pregi di entrambi gli approcci e minimizzarne i difetti²⁴. In sintesi: le regole le stabiliscono le piattaforme ma nel rispetto di principi e vincoli definiti dall'Unione, che vigila sull'attuazione e, in caso di violazioni, sanziona.

Di fatto, il nuovo codice ha contribuito a definire la strategia europea in relazione alle piattaforme digitali, anticipando il modello regolatorio poi definito nel *Digital Services Act*²⁵, la legge sui servizi digitali frutto dello sforzo del legislatore eurounitario di realizzare un delicato temperamento tra il consolidamento di una dimensione virtuale immune alla proliferazione di contenuti illeciti e l'esigenza – dotata del medesimo peso assiologico in un sistema che aspira comunque a conformarsi sulle basi fondanti della *rule of law* – che tale opera di innalzamento delle garanzie non si traduca in un *vulnus* collaterale a danno dei diritti fondamentali dell'utente.

Il bilanciamento è realizzato mediante la suddivisione degli intermediari in macro categorie, cui corrispondono regole diverse quanto a vincoli, controlli, sanzioni. Ogni soggetto specifico rientra così in una "casella" all'interno della "matrice regolatoria" in cui il diritto applicabile è certo. Lo è per la Commissione, che deve vigilare, ma lo è anche per gli operatori, che sanno esattamente quali conseguenze comportano le loro condotte e possono prevederle in anticipo. Certezza del diritto, in altri termini, a rafforzare la *rule of law* regolatoria.

Per permettere lo sviluppo del mercato digitale, governarne le complesse dinamiche e garantire agli individui la tutela dei diritti fondamentali, il DSA ha scelto di coinvolgere gli operatori economici privati, ai quali è riconosciuto il potere di "agire" sui diritti fondamentali e, "in cambio", è imposto di rispondere ad alcuni vincoli.

La procedimentalizzazione amministrativa è una delle caratteristiche delle politiche di co-regolamentazione delle piattaforme sociali, fortemente

²⁴ A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022.

²⁵ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali), testo disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>.

implementata dal DSA: in tale maniera si prova a limitare l'arbitrio delle Big Tech mediante la costruzione di un sistema reticolare, costantemente monitorato, di doveri progressivi – in ragione della grandezza della piattaforma – volti a salvaguardare taluni interessi pubblici o specifici diritti individuali²⁶.

La scelta del “proceduralismo” come strategia per indirizzare l'attività di moderazione dei contenuti *online* (e, di conseguenza, per contrastare la disinformazione) ha raccolto pareri divergenti tra chi lo caldeggia²⁷, ritenendo che il «giusto processo digitale»²⁸ sia la soluzione per garantire che il principio dello stato di diritto non venga sostituito dagli interessi commerciali, e chi invece ritiene che ciò rafforzi ulteriormente l'arbitrio delle piattaforme, libere di continuare a «scegliere i valori di riferimento e di cesellare le fattispecie cui si collega la possibilità di limitare le libertà»²⁹.

In ottica comparatistica, quello che è certo è che l'adozione di una prospettiva procedurale può offrire un terreno comune alle esperienze angloamericane, «per affrontare in modo, se non unitario, almeno meno divergente la sfida che pone il ground zero della regolamentazione digitale»³⁰.

²⁶ «In questo senso l'impostazione del Digital Services Act [...] appare in qualche misura influenzata dalle tesi del global administrative law, che vorrebbero trovare lo strumento utile a governare la globalizzazione nei meccanismi di review, negli obblighi di adeguata motivazione, nella trasparenza e nella responsabilità per le violazioni. Come il global administrative law, così il proceduralismo digitale presupposto nella proposta di regolamento della Commissione UE pare accettare l'idea che le grandi imprese private titolari di un interesse egoistico particolare siano poste sullo stesso piano delle istituzioni nazionali cui è rimessa la cura dell'interesse pubblico»: M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 181. Sul punto, cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012.

²⁷ In tal senso, O. POLLICINO, *The quadrangular shape of the geometry of digital power(s) and the move towards a procedural digital constitutionalism*, in *European Law Journal*, n. 29, 2023; G. DE GREGORIO, *Democratising Online Content Moderation*, cit. Secondo E. CELESTE, N. PALLADINO, D. REDEKER, K. YILMA, *The Content Governance Dilemma*, Palgrave Macmillan, Cham, 2023, «The adoption of an accessible legal framework, indeed, with clear and precise rules, provides both Internet intermediaries and online users with legal certainty and predictability, ensuring that everyone is fully aware of their obligations and rights and is able to regulate their conduct properly», p. 79.

²⁸ O. POLLICINO, *Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions*, in https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Pollicino_Rule_of_Law_ENG.pdf.

²⁹ M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit. Critico anche C. MAGNANI, *Nuovi media, libertà di espressione e costituzionalismo*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2023, secondo cui nel reticolo di procedure definite dal DSA, il diritto fondamentale alla libertà di espressione «rischia di perdere la propria natura costituzionale e di sbiadire, risultando subordinato all'adempimento di doveri procedurali da parte del soggetto che mette a disposizione il mezzo di diffusione», p. 814.

³⁰ O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, n. 1, 2021.

Al di là delle opzioni sul “come” regolare, la scelta stessa della Commissione europea di intervenire, con i predetti *Digital Acts*, sul nodo degli obblighi e delle responsabilità delle piattaforme è, in realtà, molto più di una (mera) opzione regolatoria. Si tratta di una strategia politica e, in certa misura, persino identitaria, in quanto contribuisce a delineare, in maniera ancora più netta, l’identità – dal punto di vista non solo giuridico ma, in senso più lato, assiologico – dell’Unione europea.

Questa scelta esprime la consapevolezza di come, sul terreno del digitale, si giochi una partita fondamentale per la democrazia e per lo stato di diritto, che non può essere lasciata al *laissez faire* dei rapporti (di forza) del mercato, alle magnifiche sorti e progressive della tecnica, né alla pretesa autonomia della logica negoziale.

Tale opzione di fondo è stata cristallizzata anche in una *Dichiarazione sui diritti e i principi nell’era digitale*³¹ (firmata il 15 dicembre 2022 dai rappresentanti del Parlamento europeo, del Consiglio dell’Unione e della Commissione), la quale definisce il “DNA digitale” dell’Unione e proclama un approccio umano-centrico per guidare la transizione digitale europea. La dichiarazione mira a mettere le persone al centro e a promuovere la solidarietà e l’inclusione, la libertà di scelta, la partecipazione allo spazio pubblico digitale, la sicurezza e la sostenibilità. È un’ulteriore espressione della volontà dell’Unione di basare il proprio futuro digitale sui propri valori costituzionali. Come sottolineato dalla Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen: «We embrace new technologies. But we stand by our values»³².

7. L’Unione europea e i meccanismi di risposta alle crisi

L’Unione europea dispone di un numero significativo di meccanismi eterogenei per aumentare la propria resistenza alle crisi, che si sono sviluppati notevolmente negli ultimi anni a seguito di cause di forza maggiore, come la pandemia e le guerre.

L’ambiente digitale (insieme agli attori che vi operano) è sempre più centrale nei momenti di crisi, potendo fungere sia da cassa di amplifica-

³¹ Disponibile online: file:///C:/Users/user/Downloads/European_Declaration_on_Digital_Rights_and_Principles_signed_002_sPqb0eme38LoyyLQatnQJjkCZGU_94370.pdf. Per un commento: E. CELESTE, *Digital constitutionalism, EU digital sovereignty ambitions and the role of the European declaration on digital rights*, in *REBUILD Centre Working Paper*, n. 16, 2024.

³² European Commission Press Release, President von der Leyen’s speech at the high-level opening session of the 2021 Digital Assembly, *Leading the Digital Decade*, 1 giugno 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/speech_21_2804.

zione di situazioni emergenziali già presenti nell'ambiente fisico, sia da fondamentale strumento di "aiuto" nella gestione della crisi in corso.

Da qui, la necessità per l'UE di sviluppare e implementare meccanismi efficaci volti ad aumentare la resilienza digitale di strutture e sistemi in una situazione critica, garantendo così la normale vita umana e preservando i diritti fondamentali degli individui³³.

Anche il DSA prevede uno specifico meccanismo di risposta alle crisi.

L'art. 36 disciplina una procedura particolare destinata ad applicarsi, con riferimento a piattaforme *online* e motori di ricerca di dimensioni molto grandi, in condizioni di crisi definite espressamente come «circostanze eccezionali [che] comportano una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell'Unione o in parti significative di essa». Il considerando 91 del Regolamento fornisce, peraltro, alcuni esempi significativi, specificando che tali crisi «potrebbero derivare da conflitti armati o atti di terrorismo, compresi conflitti o atti di terrorismo emergenti, catastrofi naturali quali terremoti e uragani, nonché pandemie e altre gravi minacce per la salute pubblica a carattere transfrontaliero».

Si tratta, a ben vedere, di ambiti particolarmente sensibili proprio rispetto al contrasto alle campagne (coordinate e non) di disinformazione; in numerosissimi casi, infatti, le notizie false maggiormente virali circolate in Rete, e tali da poter influire negativamente sui diritti collettivi e individuali in gioco (salute e sicurezza pubblica), hanno avuto ad oggetto proprio le crisi internazionali in questione³⁴.

Ora, in queste situazioni, la disposizione in questione del DSA prevede che la Commissione europea, su raccomandazione del Comitato europeo per i servizi digitali, possa adottare una decisione «che impone» a tali operatori di adottare in via di urgenza misure specifiche, al fine di prevenire, eliminare o calmierare in modo proporzionale ed efficace la situazione di crisi³⁵.

³³ Per una panoramica sui "kit" di gestione delle crisi introdotti nell'UE e sulla loro efficacia, si veda M. PAVLOVA-BANOVA, A. BOZHIKOV, I. ANGELOV, I. TAIROV, A. ALEKSANDROVA, K. GEORGIEVA, M. STOYANOVA, *Integrating Crisis Management Mechanisms in European Cohesion Policy*, in D.A. Tsenov *Academy of Economics*, Svishtov, Bulgaria, n. 3, 2022, pp. 32-45.

³⁴ Sul punto, cfr. E. BIRRITTERI, *Il Digital Services Act e il contrasto alla disinformazione: responsabilità dei provider, obblighi di compliance e modelli di enforcement*, in *MediaLaws*, n. 2, 2023.

³⁵ Le misure che tali prestatori possono individuare e considerare di applicare possono includere, ad esempio, l'adeguamento dei processi di moderazione dei contenuti e l'aumento delle risorse destinate alla moderazione dei contenuti, l'adeguamento delle condizioni generali, i sistemi algoritmici e i sistemi pubblicitari pertinenti, l'ulteriore intensificazione della cooperazione con i segnalatori attendibili, l'adozione di misure di sensibilizzazione, la promozione di informazioni affidabili e l'adeguamento della progettazione delle loro interfacce *online*.

Oltre al meccanismo di cui all'art. 36, sempre qualora sussistano circostanze emergenziali, la Commissione³⁶ può avviare l'elaborazione di protocolli di crisi volontari «per coordinare una risposta rapida, collettiva e transfrontaliera nell'ambiente online» (art. 48 DSA). Ciò può verificarsi, ad esempio, nel caso in cui le piattaforme *online* siano utilizzate in modo improprio per la rapida diffusione di contenuti illegali o disinformazione o nel caso in cui sorga la necessità di divulgare velocemente informazioni affidabili (considerando 108).

Entrambe le disposizioni anticrisi sono state aggiunte³⁷ alla luce dell'importante ruolo svolto dalle piattaforme *online* nella diffusione delle informazioni in tempi di crisi: informazioni importanti e affidabili da un lato, disinformazione e propaganda dall'altro.

Seppure sostenute da una *ratio* senza dubbio meritevole, tali previsioni hanno fatto molto discutere³⁸. Nell'aprile 2022, 38 organizzazioni della società civile hanno firmato una dichiarazione in cui esprimevano serie preoccupazioni in relazione all'impatto di simili previsioni sulla *rule of law*, nonché sulla legittimità e sulla certezza del diritto³⁹. Le maggiori perplessità riguardavano: il potere della Commissione – un organo esecutivo – di dichiarare unilateralmente lo stato di emergenza a livello europeo; la definizione troppo vaga di “crisi”; la mancanza di limiti temporali nella disposizione; il rischio che restrizioni di vasta portata alla libertà di espressione siano nelle mani di attori privati.

Alcune di queste critiche sono state affrontate nella versione definitiva del Regolamento. Ad esempio, la Commissione non può più dichiarare unilateralmente lo stato di crisi e ad entrambe le disposizioni sono stati aggiunti limiti temporali per l'adozione delle misure. È stata, inoltre, introdotta l'importante indicazione di cui al § 5 dell'art. 36, a tenore del quale «la scelta delle misure specifiche da adottare [...] spetta al fornitore o ai fornitori destinatari della decisione della Commissione». In linea con un approccio che costituisce la cifra dell'intero Regolamento, pare che tale locuzione debba essere interpretata nel senso che la Commissione

³⁶ Sempre su raccomandazione del Comitato.

³⁷ Mentre l'adozione volontaria dei protocolli di crisi era già stata prevista nella proposta originaria del DSA, il meccanismo di risposta alle crisi è stato aggiunto durante il terzo trilogico nel marzo 2022, a seguito dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia e del divieto, da parte del Consiglio dell'UE, alle piattaforme di pubblicare i contenuti di Russia Today e Sputnik sui loro servizi.

³⁸ Cfr. D. BUIJS, I. BURI, *The DSA's crisis approach: crisis response mechanism and crisis protocols*, in *DSA Observatory*, 21 febbraio 2023, <https://dsa-observatory.eu/2023/02/21/the-dsas-crisis-approach-crisis-response-mechanism-and-crisis-protocols/>.

³⁹ *Public Statement on new Crisis Response Mechanism and other last-minute additions to the DSA*, 13 aprile 2022: https://www.accessnow.org/wp-content/uploads/2022/04/Civil-society-CRM-DSA-statement_2022.pdf.

possa imporre, nella propria decisione, soltanto l'adozione di un certo e ampio *genus* di misure (ad es., l'adeguamento dei sistemi di raccomandazione delle notizie, oppure delle condizioni generali o delle procedure di moderazione dei contenuti), dovendo essere lasciate al libero apprezzamento del soggetto regolato, in ultima istanza, la costruzione e l'attuazione specifica della *policy*, della misura di dettaglio da adottare, la scelta su "come mettere a terra" concretamente le modifiche delle proprie regole, senza che i poteri di ingerenza dell'organo pubblico europeo possano spingersi fino a obbligare gli attori privati ad adottare misure predeterminate, escludendo qualsiasi margine di scelta su come implementare e integrare il tipo di provvedimenti richiesti all'interno del proprio contesto operativo interno.

Ad ogni modo, nonostante le cautele previste, la norma non cessa di far discutere.

In primo luogo, soprattutto nel momento storico che stiamo vivendo, in cui le crisi sistemiche sono intrecciate e si aggravano a vicenda, vale la pena chiedersi se il ricorso a meccanismi e a protocolli di crisi possa diventare tutt'altro che eccezionale. Pur dovendosi trattare di situazioni "straordinarie", l'ampia formulazione contenuta nel DSA e gli esempi usati per descriverla consentono un'interpretazione estensiva delle situazioni di crisi legittimando un intervento della Commissione in molte situazioni e paradossalmente senza precisi limiti.

In secondo luogo, la Commissione dispone ancora di un ampio potere, dovuto principalmente alla scelta di definizioni vaghe e obblighi di sforzo, piuttosto che a un linguaggio chiaro e inequivocabile e a obblighi rigorosi.

Ciò potrebbe avere rilevanti ripercussioni su principi fondamentali come quello di legalità e quello di proporzionalità. A ben vedere, molte delle misure rimesse all'arbitrio delle piattaforme sono definite in modo piuttosto approssimato (ad esempio, «l'adattamento dei processi di moderazione dei contenuti») e ciò rende difficile, per gli utenti, non solo prevedere quali misure concrete aspettarsi, ma anche valutare l'adequatezza della loro consistenza.

Infine, quanto al rischio di eccessive ingerenze di attori privati sulla libertà di espressione degli individui, si pensi, per rimanere sui temi del presente contributo, alla possibilità di applicare il *crisis response mechanism* di cui all'art. 36 per "reagire" a campagne di disinformazione su larga scala in occasione di conflitti armati internazionali o pandemie e altre crisi sanitarie gravi, con la richiesta alle piattaforme di modificare le loro condizioni generali d'uso del servizio, con l'effetto di impedire agli utenti di condividere determinate notizie circa lo scontro armato o la minaccia per la salute pubblica in corso; il rischio di forme di indebita cen-

sura e di compressione di fondamentali libertà democratiche è in queste ipotesi, evidentemente, tutt'altro che secondario.

8. Un'emergenza nell'emergenza: l'intelligenza artificiale

Il DSA, come visto, rappresenta uno strumento fondamentale nella lotta ai contenuti disinformativi generati e caricati in Rete dagli utenti (c.d. *user generated content*).

Oggi, tuttavia, non sono più soltanto gli utenti a creare contenuti: lo è anche l'intelligenza artificiale.

La tecnologia generativa – resa familiare agli individui dalla diffusione, a partire dalla fine del 2022, di strumenti come ChatGPT – ha un potenziale inimmaginabile nell'inquinamento dell'ecosistema informativo *online*.

I ricercatori prevedono⁴⁰ che l'AI renderà la disinformazione più economica, più facile da produrre e molto più difficile da riconoscere⁴¹.

Una delle minacce più gravi sembra provenire dai c.d. deepfake, «immagini o contenuti audio o video generati o manipolati dall'AI che assomigliano a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che possono apparire falsamente a una persona come autentici o veritieri»⁴².

Molti forse ricorderanno un video dell'aprile 2018, divenuto virale su YouTube⁴³, in cui l'ex presidente degli Stati Uniti Obama metteva in guardia la popolazione da quei contenuti che «possono far sembrare che chiunque dica qualcosa in qualsiasi momento». Ecco: quello nel video non era il “vero” Presidente, bensì un suo “falso profondo”, creato da un regista di Hollywood e finalizzato a sensibilizzare il mondo sul potenziale ingannevole della tecnologia che ne aveva permesso la creazione.

I deepfake sono una delle più promettenti frontiere dell'intelligenza artificiale generativa e, inevitabilmente, una delle più “promettenti” frontiere della disinformazione *online*.

Le potenzialità disinformative sono a tal punto significative di questa tecnologia che la studiosa americana Nina Schick, autrice del primo sag-

⁴⁰ J.A. GOLDSTEIN, G. SASTRY, M. MUSSER, R. DI RESTA, M. GENTZE, K. SEDOVA, *Generative Language Models and Automated Influence Operations: Emerging Threats and Potential Mitigations*, in <https://arxiv.org/abs/2301.04246>, 10 gennaio 2023.

⁴¹ G. SPITALE, N. BILLER-ANDORNO, F. GERMANI, *AI model gpt-3 (dis) informs us better than humans*, in *Science Advances*, n. 9, 2023.

⁴² Per utilizzare la definizione fornita dall'AI Act: cfr. art. 3, punto 60.

⁴³ Disponibile al link: https://www.youtube.com/watch?v=cQ54GDm1eL0&ab_channel=BuzzFeedVideo.

gio interamente dedicato ai deepfake⁴⁴, ne ha fatto la stessa definizione del concetto: «When used maliciously as disinformation, or when used as misinformation, a piece of synthetic media is called a “deepfake”».

È molto facile immaginare i potenziali danni di un impiego “disinformativo” dei deepfake, specie sul terreno dello scontro politico. Una simile tecnologia, infatti, potrebbe essere utilizzata per contraffare messaggi politici⁴⁵ e condizionare l’opinione pubblica, creare indignazione popolare o persino provocare violenza sotto forma di disordini civili o risposte militari ingiustificate.

Le preoccupazioni per i processi elettorali, d’altronde, non potrebbero essere più elevate che in questo momento storico⁴⁶.

Il 2024, infatti, sarà “il più grande anno di elezioni della storia”, come ha recentemente titolato l’*Economist*⁴⁷.

Quest’anno, più di 50 paesi, tra cui le tre più grandi democrazie del mondo e Taiwan, un punto caldo geopolitico sempre più precario, terranno elezioni nazionali. Sette dei 10 paesi più popolosi del mondo (Bangladesh, India, Indonesia, Messico, Pakistan, Russia, e gli Stati Uniti⁴⁸) manderanno complessivamente alle urne un terzo della popolazione mondiale. A giugno, inoltre, si terrà la più grande elezione transfrontaliera del mondo, quando più di 400 milioni di persone voteranno per le elezioni europee⁴⁹.

Al di là dei danni immediati e tangibili in risposta a un particolare video falso, la proliferazione dei deepfake – e la crescente facilità di crearli

⁴⁴ N. SCHICK, *Deep Fakes. The Coming Infocalypse*, Hachette, Parigi, 2020.

⁴⁵ Di recente, nel gennaio 2024, ha fatto molto discutere il tentativo di una finta robo-call che imitava il presidente Biden di dissuadere le persone dal votare per lui alle elezioni primarie democratiche del New Hampshire. Sul punto, S. WONG, *House leaders launch bipartisan artificial intelligence task force*, in *NBCNews.com*, 20 febbraio 2024.

⁴⁶ «Elections, with their emotionally charged and often tribal dynamics, are where misinformation missteps come home to roost. If social media misinformation is the equivalent of yelling “fire” in a crowded theatre, election misinformation is like doing so when there’s a horror movie playing and everyone’s already on edge»: R. IYENGAR, *What AI Will Do to Elections*, in *Foreign Policy Magazine*, 3 gennaio 2024.

⁴⁷ A. DAVIDSON SORKIN, *2024 is the biggest election year in history. But there is more to democracy than voting*, in *The Economist*, 13 novembre 2023.

⁴⁸ *AI will change American elections, but not in the obvious way*, in *The Economist*, 31 agosto 2023.

⁴⁹ L’ENISA, l’agenzia europea per la sicurezza informatica, ha avvertito che nuovi potenti modelli di intelligenza artificiale potrebbero diventare un fattore di disturbo durante le elezioni europee che si terranno il prossimo giugno. Secondo l’Agenzia, vi è infatti il rischio di manipolazione dell’informazione da parte di attori ostili. L’avvertimento giunge come parte del Threat Landscape 2023, in cui l’agenzia per la sicurezza informatica fa ogni anno il punto sulle tendenze in evoluzione: <https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2023>.

– avrà effetti irreparabili quando il pubblico perderà la fiducia nei contenuti dei media a causa del costante braccio di ferro tra falsi sofisticati e tentativi di smentita.

Ci troviamo davanti ad uno scenario di disinformazione che può portare a due epiloghi: o la reazione sociale sarà quella di credere a qualunque cosa, oppure il suo opposto, ovvero smettere di credere a qualunque cosa. Questo fenomeno è stato chiamato “apatia della realtà”⁵⁰: la più grande minaccia non è semplicemente che le persone vengano ingannate, bensì che arrivino a recepire qualunque cosa come un inganno (con una conseguente sfiducia nei media e nelle istituzioni), portando progressivamente ad un annichilimento e un totale decadimento epistemico. Tutto sarà falso fino a prova contraria⁵¹. Ci troveremo di fronte a quella che è stata predetta come l’“infocalisse”⁵².

Sebbene si tratti di scenari volutamente apocalittici, l'emergenza legata alla diffusione di contenuti sintetici e dannosi è quanto mai reale. Si pensi che il *Global Risks Report 2024*⁵³ del World Economic Forum ha classificato la disinformazione creata tramite AI come prima minaccia mondiale nel breve periodo (da qui a due anni), superiore anche ai rischi prodotti dagli eventi climatici estremi.

Quella relativa all'intelligenza artificiale è, dunque, un'emergenza che si somma all'emergenza o, meglio, che la moltiplica: esponenzialmente.

9. La regolazione dell'AI tra Europa e USA: un'emergenza “comune”?

L'inquietudine che accompagna il progresso di questa tecnologia è visibile nella corrente tendenza a regolamentarla, che sta coinvolgendo paesi di tutto il mondo.

⁵⁰ In un'intervista con Charlie Warzel di BuzzFeed, il tecnologo Aviv Ovadya ha coniato l'espressione «apatia verso la realtà» per descrivere la sensazione causata dall'essere bombardati da disinformazione e inganno nell'era digitale. Ciò che descrive è una sorta di esaurimento mentale. Secondo Ovadya, un flusso infinito di immagini e informazioni potenzialmente manipolate provenienti da fonti inaffidabili logorerà gradualmente la volontà delle persone di impegnarsi con il mondo. Lo scetticismo porta al cinismo, che si riduce all'accettazione del fatto che non ci si può fidare di nulla. Cfr. C. WARZEL, *Believable: The Terrifying Future Of Fake News*, in *BuzzFeed.com*, 12 febbraio 2018.

⁵¹ «When nothing is true then the dishonest person will thrive by saying what's true is fake»: O. SCHWARTZ, *You thought fake news was bad? Deep fakes are where truth goes to die*, in *The Guardian*, 12 novembre 2018.

⁵² Cfr. J. GOTTSCHALL, *Il lato oscuro delle storie. Come lo storytelling cementa le società e talvolta le distrugge*, Bollati Boringhieri, Torino, 2022.

⁵³ Consultabile all'indirizzo: https://d110erj175o600.cloudfront.net/wp-content/uploads/2024/01/10121225/WEF_The_Global_Risks_Report_2024.pdf.

L'Europa è, come sempre, in prima linea. L'*AI Act*, il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale è da poco giunto al termine del suo iter legislativo⁵⁴.

L'obiettivo del Regolamento è, quantomeno, duplice: da un lato preservare la leadership tecnologica dell'UE e incentivare l'innovazione; dall'altro quello di promuovere l'adozione di un'intelligenza artificiale incentrata sull'uomo e degna di fiducia, in modo da garantire un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra cui la democrazia, lo stato di diritto e la protezione dell'ambiente. Questa dualità di obiettivi è proprio la caratterizzazione dell'approccio europeo all'intersezione tra umanesimo digitale e capitalismo digitale.

Per attuare il suo ambizioso obiettivo, l'AIA sposa un approccio preventivo e proattivo (peraltro, già sperimentato nella disciplina in materia di *data protection*⁵⁵) che si traduce nella possibilità per il diritto di avvalersi della tecnologia per assicurare il suo rispetto per mezzo dell'incorporazione di principi, norme e rimedi nella stessa.

Affinché la tecnologia su cui si basa l'intelligenza artificiale sia “sicura” nel senso ampio del termine – ossia assuma una connotazione etica e giuridica – occorre ponderarne preventivamente i rischi e così integrare nella stessa “sin dalla progettazione” e “per impostazione predefinita” (e, quindi, “*by design*” e “*by default*”) i principi etici e le garanzie giuridiche necessarie al fine di tutelare i diritti dei soggetti coinvolti⁵⁶.

L'approccio basato sul rischio si fonda essenzialmente sull'istituzione di un quadro normativo ove obblighi e doveri delle parti tutelate vengono graduati e adattati al concreto rischio connesso alle attività poste in essere: viene superata la logica binaria dell'adempimento per

⁵⁴ Il 13 marzo 2024 il Parlamento europeo ha approvato il testo definitivo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188-AM-808-808_IT.pdf.

⁵⁵ Quanto al paragone con il GDPR, autorevole dottrina ha notato che: «Sebbene in alcuni casi si sia parlato di “GDPR but for Artificial Intelligence” il paragone è tutt'altro da essere così marcato. A parte la scelta dalla Commissione di usare un regolamento come già fatto nel 2016 in materia di dati personali, la proposta adotta un sistema di risk-based statico che, a differenza del GDPR, non prevede una definizione flessibile di accountability rispetto al contesto in cui opera il titolare del trattamento»: O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, F. BAVETTA, F. PAOLUCCI, *Regolamento AI, la “terza via” europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, in *agendadigitale.eu*, 21 maggio 2021.

⁵⁶ «In this way, the developers' concrete model will comply with the abstract one, obedient to the principles of common constitutionalism – non-discrimination, legality, and transparency – that compose the paradigm of an algorithm constitutionally compliant by design»: G. DE MINICO, *Too many rules or zero rules for the ChatGPT?*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2023, p. 498.

realizzare una forma di “*compliance 2.0*” ove gli obblighi sono cuciti direttamente addosso ai destinatari della regolazione⁵⁷.

Nel *risk-based model*, l’oggetto della disciplina non è, dunque, l’evento di danno e le sue conseguenze, ma, appunto, il “rischio” del danno, ovvero la probabilità del suo verificarsi⁵⁸. In tal modo, piuttosto che un sistema di tutele successive, che si limitino a stabilire quali conseguenze derivino dalla violazione di certe norme, si intende realizzare una forma di protezione preventiva, che riduca o azzeri la probabilità stessa delle violazioni⁵⁹.

L’approccio dell’Unione europea fornisce un esempio paradigmatico del tentativo di riposizionare lo stato di diritto al centro della società algoritmica.

L’AI Act è di fatto la prima legge al mondo che prova a regolamentare l’intelligenza artificiale in modo strutturale e completo, con l’ambizione di confermare la leadership europea (perlomeno) a livello normativo.

L’Unione europea, d’altronde, ha già dimostrato la sua capacità di influenzare le dinamiche globali, agendo da *first mover* nella disciplina del mondo digitale, in settori quali la protezione dei dati personali⁶⁰ e la regolazione delle piattaforme⁶¹. Questo fenomeno, noto come Brussels effect⁶², ha prodotto effetti sia all’interno dei confini europei, sollecitando i

⁵⁷ P. DUNN, G. DE GREGORIO, *AI Act, rischio e costituzionalismo digitale*, in *Media-Laws*, 22 aprile 2022.

⁵⁸ R. BALDWIN, J. BLACK, *Really responsive regulation*, in *The Modern Law Review*, n. 1, 2008, pp. 65 ss.

⁵⁹ J. BLACK, *Risk-based regulation: choices, practices and lessons being learnt. Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk*, OECD, Parigi, 2010.

⁶⁰ Con riferimento al GDPR si è parlato di una «forma di “colonizzazione” giuridica» che ha avuto una portata quasi globale, estendendosi dalla California (si veda il California Consumer Privacy Act 2018 (CCPA) alla Cina (cfr. Personal Information Protection Law 2021 (PIPL), passando per il Brasile (cfr. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) 2018): sul punto O. POLLICINO, *The quadrangular shape of the geometry of digital power(s)*, cit.; in precedenza anche O. POLLICINO, K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *German Law Journal*, n. 13, 2016, p. 315.

⁶¹ Per un ampio inquadramento del ruolo dell’Unione europea nello scenario globale sul versante digitale, v. E. FAHEY, *The EU as a Global Digital Actor. Institutionalising Global Data Protection, Trade, and Cybersecurity*, Oxford University Press, Oxford, 2022; A. MANGANELLI, A. NICITA, *Regulating Digital Markets. The European Approach*, Springer, Cham, 2022. Nella prospettiva di un raffronto tra il DSA e l’esperienza statunitense v. D.C. NUNZIATO, *The Digital Services Act and the Brussels Effect on Platform Content Moderation*, in *Chicago Journal of International Law*, 24(1), 2023, pp. 115 ss.

⁶² L’espressione è stata coniata già nel 2012 da una professoressa della Columbia Law School, A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, in *Nw. UL. Rev.*, 107(1), 2012, la quale ha poi approfondito la crescente influenza della regolazione europea a livello mondiale in *The Brussels Effect. How the European Union Rules The World*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

Paesi membri ad allinearsi allo schema predisposto dall'Unione, sia all'esterno, influenzando le strategie regolatorie dei competitors internazionali⁶³.

Nel corso dei decenni, una delle condizioni che maggiormente ha favorito il dispiegarsi del Brussels effect è stata senza dubbio l'inerzia regolamentare degli Stati Uniti. Per stare agli esempi citati in precedenza, sul fronte privacy, l'adozione di un regolamento federale al Congresso non ha mai raggiunto un consenso bipartisan. Anche per quanto riguarda la regolazione delle piattaforme digitali, i tanti tentativi di questi ultimi anni, alcuni dei quali promossi da politici sia democratici sia repubblicani, sono inciampati in una feroce resistenza.

È, tuttavia, indubbio che l'irrompere dell'intelligenza artificiale, soprattutto quella generativa, con le sue problematiche che trascendono qualsiasi confine territoriale, abbia "smosso" in qualche modo gli Stati Uniti, accelerando un processo di convergenza già in atto tra le due sponde dell'Atlantico.

Questa sorta di "neoattivismo" statunitense può avere almeno tre ragioni. In primo luogo, si vuole evitare che l'inerzia porti a subire il Brussels effect anche con la regolamentazione dell'intelligenza artificiale. In secondo luogo, il legislatore federale vuole evitare (così come è successo per la normativa di protezione dati) di essere tagliato fuori dalle iniziative legislative degli Stati, ad iniziare dalla California, che ospitando tecnologia e sede della maggior parte delle *corporations*, vuole dettare le regole del gioco. In terzo luogo, il 2024 sarà l'anno delle elezioni presidenziali e, come osservato dal senatore americano Blumenthal «[i]f there's nothing else that focuses the attention of Congress, it's an election». L'accoppiata intelligenza artificiale e disinformazione rischia di essere un cocktail esplosivo e, per tale ragione, occorre muoversi per tempo, soprattutto al fine di salvaguardare la sicurezza nazionale da attacchi esterni.

Nel contesto statunitense, gli strumenti utilizzati nel settore AI sono essenzialmente di due tipi, finanziari e regolatori.

I primi rappresentano una componente fondamentale dell'azione pubblica orientata alla promozione dell'intelligenza artificiale e del mantenimento della leadership americana: a partire dal 2015, gli investimenti sono aumentati del 40%.

Sono gli interventi regolatori, però, a presentare i profili di maggior in-

⁶³ Con specifico riguardo alla regolazione dell'AI, sulla strategia europea e sulle differenti iniziative adottate da USA e Cina, cfr. A. MORESCHINI, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale nel contesto globale*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 145 ss. Sulla regolazione del rischio in prospettiva comparata cfr. M. GRAZIADEI, *La regolazione del rischio e il principio di precauzione: Stati Uniti ed Europa a confronto*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, pp. 499 ss.

teresse. La regolazione dell'intelligenza artificiale, infatti, combina una pluralità di approcci diversi. Lasciando da parte la *ex post* regulation, quella prodotta, cioè, dalle decisioni delle corti, che provvedono a regolare, sotto il profilo principalmente della responsabilità, le applicazioni dannose dell'intelligenza artificiale secondo un approccio *case by case*, i principali strumenti di *ex ante* regulation sono di due tipi: le iniziative di *self-regulation*, che hanno visto un crescente coinvolgimento dei giganti tech statunitensi⁶⁴ e gli interventi di regolazione pubblica, del Congresso e del potere esecutivo.

Tra questi ultimi, particolare attenzione merita l'*Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence*, emanato il 30 ottobre 2023 dal presidente Biden, il quale costituisce la prima iniziativa nella storia statunitense di ordine quanto meno parzialmente vincolante, e non (totalmente) basato sulle buone intenzioni e impegni volontari delle grandi piattaforme. Sicuramente, dunque, un cambio di marcia.

La Casa Bianca nel commentare detto cambio si è forse fatta prendere un po' troppo dall'entusiasmo dichiarando come l'EO in questione rappresenterebbe «the strongest set of actions any government in the world has ever taken on AI safety, security, and trust».

L'ordine esecutivo rappresenta senza dubbio un'importante chiamata all'azione, ma i suoi risultati pratici sono al momento limitati al livello dei principi, non avendo un impatto giuridico rilevante, ad eccezione di alcune disposizioni⁶⁵.

In estrema sintesi: da un lato c'è l'Europa con una visione umanocentrica fondata sulla classificazione dei sistemi di AI in base al rischio e sulla predisposizione di una serie di obblighi orizzontali e relative previsioni sanzionatorie. Dall'altro lato, gli Stati Uniti con un approccio maggiormente *business friendly* che prediligono una normativa più frammentata e di più ampio respiro, delegano alle singole agenzie e dipartimenti la definizione di standard generali, al fine incentivare lo sviluppo e il mantenimento del primato mondiale in tema di AI (insieme alla Cina), senza ricorrere a rigide regolamentazioni che potrebbero rendere eccessivamente gravoso il progresso.

L'idea è ancora, e non poteva essere diversamente visto l'humus culturale prima ancora che giuridico statunitense, quella di incentivare gli operatori privati a lavorare su best practices: qualsiasi intrusione governa-

⁶⁴ Per un'ampia ricognizione dei diversi approcci, cfr. E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, 2020.

⁶⁵ Si ricorda che ordini esecutivi sono direttive presidenziali che non si basano su una specifica disposizione costituzionale. Essi derivano dall'esercizio del potere esecutivo conferito al Presidente, che ha un'ampia autorità esecutiva ai sensi dell'art. 2 Cost.

tiva sul modello di business di tali operatori sarebbe considerata irragionevole e probabilmente incostituzionale.

Ad ogni modo, non può trascurarsi il fatto che l'EO – così come l'AI Act – sia intervenuto su tutti i temi “caldi” dell'AI: pensiamo ai sistemi di intelligenza artificiale potenzialmente più rischiosi per l'utente (come quelli di AI generativa); all'importanza che viene data all'intero ciclo vita dei sistemi (promuovendo controlli e monitoraggi sin dalla fase di addestramento, per poi proseguire durante lo sviluppo fino all'immissione sul mercato); alla necessità che gli utenti siano resi edotti dai fornitori dell'interazione con i sistemi di AI, così da garantire il rispetto della privacy e dell'autodeterminazione.

Un nuovo paradigma sembra, dunque, farsi strada. Anche negli USA. È il pensiero secondo il quale le conseguenze delle innovazioni tecnologiche possono essere pensate prima che facciano danni e possono essere guidate a perseguire il beneficio per la società.

In questo senso, il 2024 è molto simile al 1996, quando l'umanità si trovava sulla riva del grande oceano inesplorato che era il World Wide Web. Oggi, come allora, i legislatori sono alle prese con nuove e complesse questioni per le quali le risposte politiche riflessive del passato non saranno sufficienti.

10. Conclusioni

La libertà d'espressione è in crisi. E di questa crisi la disinformazione non è la causa, ma il sintomo. Per (tentare di) risolvere il problema dell'inquinamento informativo in Rete e “risanare” la libertà di espressione bisogna andare all'origine del problema.

Oggi, l'esercizio di gran parte dei nostri diritti fondamentali è reso possibile dalle piattaforme digitali.

Gli odierni colossi tecnologici hanno accumulato un'influenza tale da diventare gli arbitri degli affari globali.

Il potere delle piattaforme, per di più, si accentua nei momenti di crisi. Durante la pandemia sono stati i servizi informatici dagli stessi forniti a far funzionare l'economia globale, a permettere alle persone di lavorare e a consentire agli studenti di continuare a imparare. Le guerre in corso ci stanno mostrando l'importanza delle infrastrutture private anche in ambito militare. C'è poi il cambiamento climatico, un nemico comune che Governi e imprese private si troveranno a dover affrontare insieme.

Da un punto di vista costituzionalistico, il progressivo spostamento del potere dalle mani pubbliche a quelle private (e, forse, potremmo dire a

quelle “tecnologiche”) richiede senza dubbio un ripensamento – se non, in alcuni casi, una revisione – di alcuni assunti consolidati.

Lo stato di diritto – tradizionalmente concepito come l’opposto del potere pubblico arbitrario – è tra quei principi che sicuramente “soffre” di un simile cambiamento.

Eppure, ciò non significa che bisogna rinunciarvi.

I valori dello stato di diritto – consenso, prevedibilità ed equità procedurale – sono valori liberali fondamentali del buon governo.

L’entità dell’influenza che le principali piattaforme e altri intermediari digitali hanno sulla vita degli individui implica che dovremmo cercare di renderli responsabili di questi valori.

Valori che, di certo, non sono prescrittivi: non vorremmo immaginare un futuro in cui le piattaforme siano tenute agli stessi standard di legittimità degli stati territoriali. Eppure sono irrinunciabili, se si vuole portare avanti il compito fondamentale del costituzionalismo moderno (o, forse, la sua “utopia”): limitare il potere sovrano, pubblico o privato che sia.

L'Unione europea e la sfida alla disinformazione *online* nei contesti emergenziali

di *Andrea Spaziani*

Sommario

1. Introduzione. – 2. La disinformazione *online*: un fenomeno difficile da contrastare. – 3. UE e USA: un approccio difforme alla disinformazione. – 4. La risposta dell'Unione europea alla disinformazione. – 5. *Digital Services Act*. – 5.1. Il *Digital Services Act* e la gestione della circolazione delle informazioni nei contesti emergenziali. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Dal russo “dezinformatsiya”, la disinformazione è stato il termine più comunemente usato nel discorso politico per «identificare le questioni relative alla manipolazione delle informazioni»¹. Nonostante non si tratti di un fenomeno recente, la disinformazione nell'ultimo decennio ha aumentato la sua pericolosità tanto da stimolare riflessioni all'interno della comunità accademica e azioni sul piano legislativo da parte di Stati e Unione europea. Benché il suo contrasto sia al primo punto delle agende politiche, ancora manca una definizione universalmente accettata del termine “disinformazione”. Ciononostante, la Commissione europea la definisce come «un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata

¹ S. GIUSTI, E. PIRAS, *Democracy and Fake News. Information Manipulation and Post-Truth Politics*, Routledge, Londra, 2021, p. 2 (trad. mia).

e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico»². Il pregiudizio pubblico include «minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE»³. Dello stesso avviso è anche l'High level Group on fake news and online disinformation che procede ad una sua ulteriore caratterizzazione, rivelandone anche i rischi connessi quali «minacce ai processi e ai valori politici democratici, che possono riguardare specificatamente una varietà di settori, come la salute, la scienza, l'istruzione, la finanza e altri ancora»⁴. Il rischio è determinato dalla «produzione e promozione della disinformazione a fini economici o politici o ideologici, ma può essere aggravato dal modo in cui pubblico e comunità diverse ricevono, coinvolgono e amplificano la disinformazione»⁵. Alla connotazione negativa e ostile della parola “disinformazione” si aggiunge la riflessione di chi evidenzia come il termine, frutto della combinazione dei lemmi “dis” e “informazione”, restituisca l'idea di un «malfunzionamento nella erogazione della informazione»⁶. E se l'informazione corretta è uno dei capisaldi su cui si basa la tenuta delle democrazie, allora la disinformazione è inquadrabile come ciò che «inquina questo sistema, perché vi immette informazioni imprecise o fuorvianti e al limite anche false e giuridicamente sanzionabili che destabilizzano, in tale caso, il sistema per provocare intenzionalmente un danno pubblico»⁷. La perigliosità della disinformazione è riconosciuta anche dalla NATO, che la inserisce tra gli strumenti a disposizione degli attori ibridi, al pari di cyber attacchi,

² Commissione europea, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM (2018) 236 final, Bruxelles, 26 aprile 2018, p. 4.

³ *Ibid.*

⁴ High level Group on fake news and online disinformation, *A multi-dimensional approach to disinformation*, 2018, p. 5.

⁵ *Ibid.* Nel documento emerge anche un netto rifiuto del termine “fake news”, spesso confuso con quello della “disinformazione”, a causa di due ragioni principali. In primo luogo, esso risulterebbe «inadeguato a catturare il complesso problema della disinformazione, che coinvolge contenuti che non sono completamente “falsi”, ma informazioni fabbricate, mescolate con i fatti, e pratiche che vanno ben oltre qualsiasi cosa assomigli a “notizie” per includere forme di *account* automatizzati, reti di *followers* finti, video fabbricati o manipolati, pubblicità mirata, *trolling* organizzato, *meme* e molto altro». In secondo luogo, poi, il termine “fake news” sarebbe fuorviante perché utilizzato da «alcuni politici e dai loro sostenitori che lo usano per respingere le notizie che ritengono sgradevoli, ed è quindi diventato un'arma con cui gli attori potenti possono interferire nella circolazione delle informazioni e attaccare e minare i mezzi di informazione indipendenti» in High level Group on fake news and online disinformation, *A multi-dimensional*, cit., p. 10.

⁶ S. SASSI, *L'Unione Europea e la lotta alla disinformazione online*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2023, p. 185.

⁷ *Ibid.*

pressione economica, dispiegamento di gruppi armati irregolari e uso di forze regolari⁸. A quanto già detto va ad aggiungersi l'analisi effettuata dal report annuale del World Economic Forum, in cui la disinformazione e la misinformazione vengono rappresentati come i principali rischi globali del prossimo biennio⁹. Per tutte le ragioni fin qui elencate, dunque, il contrasto alla disinformazione rappresenta una sfida cruciale per la stabilità degli ordinamenti democratici. Il presente lavoro cercherà di analizzare le iniziative legislative europee, soffermandosi in particolare sul *Digital Services Act* (DSA) e sulla sua possibile applicazione in situazioni emergenziali.

2. La disinformazione online: un fenomeno difficile da contrastare

La disinformazione non è un fenomeno recente in quanto ha da sempre condizionato negativamente l'evoluzione sociale. Tuttavia, nell'attuale era tecnologica, la sua pericolosità è notevolmente aumentata perché si avvale di una nuova dimensione: lo spazio cibernetico. Ed è in questo dominio che un ruolo di rilievo è assunto dalle piattaforme digitali. Queste ultime, a causa del crescente potere che ricoprono in tutte le sfere quotidiane, hanno modificato la società attuale trasformandola *de facto* nella «società delle piattaforme»¹⁰. D'altro canto, le stesse rappresentano il terreno fertile per la propagazione della disinformazione. I media digitali, dopo essere stati accolti con entusiasmo per via del loro impatto positivo sulla democrazia sotto forma di democratizzazione delle voci degli individui e di un facile accesso alle informazioni, hanno offerto alla disinformazione, come sottolineato da Passaglia, tre armi importanti. La prima è la possibilità di «riprodurre il frammento di informazione che costituisce disinformazione»¹¹ attraverso una semplice condivisione. Gli utenti, poi, rivestono anche un ruolo attivo, diventando produttori di informazioni grazie al possesso di un *device* elettronico e di una connessione alla *Net*. In secondo luogo, i cibernauti abitano un ecosistema digitale che impone loro una costante profilazione al fine di navigare in *Internet*. Così, sulla base dei dati raccolti e del lavoro compiuto dagli algoritmi, la disinformazione è in grado di attecchire i profili più inclini alla sua ricezione.

⁸ NATO, *Countering Hybrid Threats*, 18 agosto 2023.

⁹ World Economic Forum, *The Global Risks Report 2024*.

¹⁰ P. STANZIONE, *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 1.

¹¹ P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2020, p. 130.

La terza arma sono i *filter bubbles*. Si tratta di bolle informative derivanti da una selezione algoritmica che mostra agli utenti esclusivamente i contenuti che rispondono maggiormente alle proprie preferenze, espresse in precedenza mediante le c.d. *digital footprints*, frutto di ricerche, visualizzazioni e contenuti. In questo modo, gli utenti vengono chiusi all'interno di bolle costruite *ad personam*, in base ai propri gusti, convinzioni e pregiudizi. Ai tre strumenti appena menzionati, si sommano anche altri fattori da tenere in considerazione. Innanzitutto, occorre evidenziare la forte sfiducia dei cittadini nei confronti dei media tradizionali, la cui credibilità vacilla sempre più all'interno delle società occidentali. La fonte dell'informazione non è più un criterio rilevante per il pubblico e i media tradizionali hanno visto ridurre «la loro influenza come mediatori per una parte significativa della società»¹². In secondo luogo, tutte le recenti forme di Intelligenza Artificiale (IA) contribuiscono ad ingrossare le fila dei contenuti falsi e/o manipolati rintracciabili in Rete. Queste nuove tecnologie permettono di manipolare contenuti multimediali (audio, video e immagini) tali da renderli altamente realistici. Infine, è opportuno rilevare come in presenza di crisi e situazioni d'emergenza (la pandemia da Covid-19 e il conflitto russo-ucraino) la circolazione *online* della disinformazione sia aumentata, tanto da spingere l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) – in occasione della recente emergenza sanitaria – a introdurre il concetto di infodemia per descrivere il fenomeno¹³. Per tutte le ragioni fin qui discusse, quindi, si evince come il fenomeno della disinformazione, cresciuto in modo esponenziale con la diffusione delle piattaforme digitali, rappresenti una seria sfida per la stabilità degli ordinamenti democratici. Ad una sfida complicata si contrappone una intricata risposta sul piano giuridico e costituzionale in quanto le misure di contrasto devono essere adeguatamente bilanciate con la libertà di espressione.

3. UE e USA: un approccio difforme alla disinformazione

L'UE ha iniziato la sua lotta al contrasto della disinformazione nel 2015, come conseguenza delle campagne di disinformazione lanciate dal-

¹² A. CASERO-RIPOLLÉS, J. TUÑÓN, L. BOUZA-GARCÍA, *The European approach to online disinformation: geopolitical and regulatory dissonance*, in *Humanities and Social Sciences Communications*, n. 10, 2023, p. 3.

¹³ Secondo l'OMS, l'infodemia è costituita da «un eccesso di informazioni su un problema che rende difficile l'individuazione di una soluzione». Durante un'emergenza sanitaria, può contribuire alla diffusione di informazioni false, fuorvianti e non confermate. L'infodemia può «ostacolare l'efficacia della risposta della sanità pubblica e generare confusione e sfiducia tra le persone».

la Russia. L'azione europea, nonostante una prima adesione alla forma dei codici di autoregolamentazione (si pensi al *Code of conduct on countering illegal hate speech online*¹⁴ e al *Code of Practice on Disinformation*¹⁵), si è successivamente mostrata in antitesi con il modello liberale statunitense del *free market place of ideas*, basato sulla strenua salvaguardia della libertà di espressione. L'ordinamento americano si è sempre mostrato avverso ad un possibile intervento regolatorio che avrebbe intaccato il “*freedom of speech*” e il progresso tecnologico. Il “mercato delle idee” a stelle e strisce prevede che il consumatore è in grado di scegliere liberamente il bene/prodotto (l'idea, la notizia o l'informazione *online*) che maggiormente soddisfa il proprio bisogno. Secondo questa concezione, è il “prodotto” migliore ad avere la meglio – quasi in stile darwiniano – sulla folta offerta a disposizione del consumatore. Applicando questo ragionamento alla libertà di informazione, si realizzerebbe uno scenario in cui «tutte le opinioni e le ricostruzioni dei fatti dovrebbero essere ammesse; chiunque potrebbe partecipare al mercato con le sue idee e attraverso la discussione scambiare idee con gli altri. Le idee e le opinioni competerebbero così tra di loro, e ciascuno di noi avrebbe la possibilità di valutarle, di pesarle nel reciproco confronto e poi di scegliere quella preferita»¹⁶. Tuttavia, una simile equiparazione si esporrebbe a non pochi rilievi critici. Secondo Cuniberti, da un lato, emerge una differenza sostanziale sulle conseguenze delle scelte fatte dal consumatore e dal cittadino connesso. D'altro canto, la selezione del prodotto migliore da parte del consumatore è più efficace se ha a disposizione informazioni affidabili che gli permettono di operare una scelta maggiormente consapevole. Ciononostante, qualora il prodotto da scegliere sia l'informazione, è evidente che «la stessa idea di un “mercato dell'informazione” rappresenta niente più che un circolo vizioso, un vero e proprio corto circuito logico»¹⁷. Inoltre, va considerato come l'idea del “*marketplace of ideas*” aderisce perfettamente al sistema dei media tradizionali, mentre con *Internet* risultano inapplicabili gli stessi principi. Data la consistente mole di informazioni e notizie rintracciabili *online*, l'utente si trova a vivere all'interno di un ecosistema digitale permeato dall'*overload informativo*. E, in questo scenario, i cibernauti si imbattono sempre più spesso in contenuti disinformativi – per cui è richiesto uno sforzo di approfondimento non

¹⁴ The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online.

¹⁵ Code of Practice on Disinformation.

¹⁶ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, pp. 16-17.

¹⁷ M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, n. 1, 2017, p. 36.

indifferente – o in contenuti selezionati in base alle preferenze precedentemente espresse che generano le “bolle informative”. In sostanza, associare il libero mercato delle idee all’attuale panorama digitale sembrerebbe controproducente considerando che *Internet* è «ormai lungi dal potersi definire alla stregua di un ambiente in cui può realizzarsi una concorrenza delle idee al riparo da turbamenti»¹⁸. Non stupisce, dunque, che l’approccio europeo – soprattutto con il *Digital Services Act* – abbia seguito una traiettoria in netta contrapposizione con il modello statunitense. Per alcuni, l’approccio europeo «non ha nel proprio DNA la concezione illuministica e soprattutto taumaturgica del ‘*marketplace of ideas*’ di matrice statunitense e anzi ha sempre manifestato un certo sospetto e diffidenza del mezzo *Internet* che traspare, soprattutto, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo»¹⁹. Dal punto di vista giuridico, l’azione del legislatore europeo nei confronti delle *big tech companies* ha conosciuto due fasi: una embrionale espressa da provvedimenti rientranti nella sfera della c.d. *soft law* e una più recente caratterizzata da regolamenti più stringenti per le piattaforme (DSA, su tutti).

4. La risposta dell’Unione europea alla disinformazione

Come già accennato, l’UE ha iniziato ad occuparsi del contrasto alla disinformazione nel 2015, con il lancio della *task force East StratCom* (ESCTF) nell’ambito del Servizio europeo per l’azione esterna (SEAE). Uno dei progetti più importanti dell’ESCTF è la creazione del sito *EUvs-Disinfo*, una piattaforma multilingue che contiene, al suo interno, un *database* aggiornato di articoli e contenuti disinformativi. Nel maggio del 2016, l’azione dell’UE si concentra sui discorsi di odio circolanti in Rete mediante l’attuazione del *Code of conduct on countering illegal hate speech online* sottoscritto, inizialmente, da *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* e *YouTube* e, successivamente anche da *Instagram*, *Snapchat*, *Dailymotion*, *Jeuxvideo.com*, *TikTok*, *LinkedIn*, *Rakuten Viber* e *Twitch*. Le aziende informatiche hanno sottoscritto una serie di impegni da rispettare, tra i quali spicca la rimozione o la disabilitazione dell’accesso di contenuti che incitano all’odio entro 24 ore dalla ricezione delle segnalazioni. Nonostante non sia un provvedimento incentrato esclusivamente sulla disinformazione, il Codice ha rappresentato il primo tentativo del legislatore europeo di regolare la dimensione contenutistica della Rete mediante un provvedi-

¹⁸ P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy*, cit., p. 136.

¹⁹ F. ABBONDANTE, *La tirannia degli algoritmi e la libertà di manifestazione del pensiero. Lo stato dell’arte e le prospettive future*, in *i-lex*, n. 12, 1-3, 2019, p. 5.

mento di *soft law*. Per alcuni, in aggiunta, il *Code of conduct on countering illegal hate speech online*, insieme al successivo *Code of Practice on Disinformation*, anticipando il tentativo co-regolatorio del DSA, possono essere considerati come forme di “autoregolamentazione eterodiretta”, ovvero «atti formalmente senza valore di legge, ad adesione libera e volontaria per le piattaforme digitali (perciò, “autoregolamentazione”), ma sostanzialmente strumenti che hanno raccolto l’adesione di tutti i principali *social network* e motori di ricerca, sia per questioni reputazionali sia per la minaccia silente di una *hard regulation* da parte del Legislatore europeo (da cui, “eterodiretta”)»²⁰. Il 2018 si rivela molto intenso dal punto di vista del contrasto europeo alla disinformazione *online* anche grazie alla cooperazione con attori esterni. A marzo, l’High Level Expert Group, incaricato dalla Commissione europea di fornire consulenza sulle iniziative volte a bloccare la circolazione *online* di *fake news* e disinformazione, consegna la propria relazione. Il gruppo di esperti, oltre a definire il fenomeno e a scoraggiare l’uso del termine “*fake news*”, raccomanda di «promuovere l’alfabetizzazione mediatica per contrastare la disinformazione, sviluppare strumenti che permettano agli utenti e ai giornalisti di combattere la disinformazione, difendere la diversità e la sostenibilità dei mezzi di informazione europei e portare avanti la ricerca sugli effetti della disinformazione in Europa»²¹. Il gruppo, poi, caldeggia la realizzazione di un codice di principi, cui gli intermediari digitali avrebbero dovuto uniformarsi²². Un suggerimento accolto positivamente dalla Commissione europea, che, nell’ottobre 2018 ha annunciato, di concerto con gli intermediari digitali, la sottoscrizione del *Code of Practice on Disinformation*. Si tratta di uno strumento di autoregolamentazione, con il quale i firmatari si impegnano ad attuare le azioni necessarie per cercare di risolvere, a loro vantaggio, le sfide legate alla disinformazione. In particolare, gli impegni riguardano cinque aree: le inserzioni pubblicitarie, i messaggi di natura politica e le campagne di sensibilizzazione, l’integrità dei servi-

²⁰ M. MONTI, *Lo strengthened Code of Practice on Disinformation: un’altra pietra della nuova fortezza digitale europea?*, in *MediaLaws*, n. 2, 2022, p. 317.

²¹ Commissione europea, *Lotta alla disinformazione online: il gruppo di esperti raccomanda una maggiore trasparenza delle piattaforme*, Strasburgo, 12 marzo 2018.

²² Tra i dieci principi emergono: i) maggiore trasparenza riguardo il trattamento dei dati degli utenti per l’inserimento di pubblicità nel rispetto della privacy, della libertà di espressione e del pluralismo dei media; ii) adattamento delle politiche pubblicitarie impedendo gli incentivi che portano alla disinformazione; iii) distinzione dei contenuti sponsorizzati dagli altri tipi di contenuti; iv) impiego di misure efficaci per migliorare la visibilità delle notizie affidabili e attendibili; v) fornitura di dati pertinenti circa il funzionamento dei propri servizi, compresi quelli per indagini indipendenti da parte di ricercatori e informazioni generali sugli algoritmi in High level Group on fake news and online disinformation, *A multi-dimensional*, cit., pp. 32-33.

zi, la responsabilizzazione dei consumatori e la responsabilizzazione della comunità dei ricercatori. L'azione legislativa europea viene ulteriormente alimentata con il Piano d'azione contro la disinformazione²³, volto a «proteggere i sistemi democratici dell'Unione e combattere la disinformazione [...] nel pieno rispetto dei diritti fondamentali»²⁴. Nel Piano viene illustrata la risposta coordinata alla disinformazione che si basa su quattro pilastri principali: i) migliorare le capacità delle istituzioni dell'Unione di individuare, analizzare e denunciare la disinformazione; ii) potenziare risposte coordinate alla disinformazione; iii) mobilitare il settore privato nella lotta alla disinformazione; iv) sostenere azioni di sensibilizzazione e rafforzare la resilienza sociale. All'interno del secondo pilastro viene annunciata l'istituzione del *Rapid Alert System*, che permette di segnalare in tempo reale le campagne di disinformazione in corso. In questo modo, Stati e UE sono in grado di condividere in maniera più efficace le informazioni e di coordinare le conseguenti risposte. Con la pandemia da Covid-19, la disinformazione conosce un periodo di massima diffusione. Gli utenti, a caccia di risposte sulla situazione sanitaria, vengono travolti da un'ondata di informazioni false e fuorvianti specie quelle riguardanti i vaccini. Per contro, l'UE decide di rivedere le sue misure per arginare il fenomeno della disinformazione. Il cambio di rotta del legislatore europeo si manifesta attraverso una rimodulazione del suo rapporto con le piattaforme digitali. Un processo che segna la fine dei provvedimenti iniziali fondati sulla autoregolamentazione e che inaugura la stagione della co-regolamentazione. Nel giugno 2020 vengono poste le basi di questo nuovo approccio nella Comunicazione «Contrastare la disinformazione sulla Covid-19 – Guardare ai fatti»²⁵. Dopo aver delineato tutta una serie di problematiche connesse con la disinformazione pandemica²⁶, la comunicazione si occupa di fornire una risposta diretta alla disinformazione che circonda la pandemia di coronavirus. L'azione europea si svolge in sette aree ben definite: a) rafforzare la comunicazione strategica all'interno e all'esterno, b) migliorare la cooperazione interna, c) cooperare con Paesi terzi e partner internazionali, d) migliorare la trasparenza delle piattaforme *online* riguardo alla disinformazione e alle operazioni di influenza, e) garantire la libertà di espressione e il pluralismo del dibattito democratico.

²³ Commissione europea, *Piano d'azione contro la disinformazione*, JOIN(2018) 36 final, Bruxelles, 5 dicembre 2018.

²⁴ Conclusioni del Consiglio europeo, Bruxelles, 18 ottobre 2018.

²⁵ Commissione europea, *Contrastare la disinformazione sulla Covid-19 – Guardare ai fatti*, JOIN(2020) 8 final, Bruxelles, 10 giugno 2020.

²⁶ Si pensi alla circolazione di notizie e informazioni fuorvianti, teorie del complotto, istigazione all'odio, frode ai danni dei consumatori, criminalità informatica e campagne di disinformazione sferrate da paesi terzi come Cina e Russia.

co, f) sensibilizzare i cittadini e metterli in una condizione in grado di difendersi, g) proteggere la salute pubblica e i diritti dei consumatori. Il punto focale del documento riguarda la trasparenza delle piattaforme digitali. Queste ultime, nonostante abbiano introdotto nuove azioni durante la crisi (la promozione di informazioni attendibili, la limitazione delle notizie false e/o distorte e degli annunci pubblicitari riguardanti prodotti ingannevoli e la rimozione dei contenuti pericolosi), restano sotto monitoraggio della Commissione anche se risulta complicato «valutarne in modo affidabile la tempestività, la completezza e gli effetti»²⁷. In aggiunta, alle piattaforme si imputa una scarsa collaborazione con *fact-checkers* e ricercatori. Per tali ragioni, gli intermediari digitali sono sollecitati a garantire più condivisione delle informazioni, trasparenza e rendicontabilità. Questo evidenzia «la necessità di far rispettare e rafforzare le politiche cui le piattaforme hanno aderito sottoscrivendo il codice di buone pratiche»²⁸. Per raggiungere questi obiettivi, la Commissione intende accrescere il ruolo delle piattaforme *online* durante la crisi. Per farlo, le stesse dovrebbero trasmettere relazioni mensili circa le misure anti-disinformazione, sulla Covid-19, attuate, comprendenti: a) la promozione di contenuti autorevoli a livello dell'UE e degli Stati membri; b) la sensibilizzazione degli utenti in merito al loro possibile incontro ravvicinato con notizie disinformative. Alle piattaforme è stato chiesto, inoltre, di concordare con lo European Digital Media Observatory (EDMO) un quadro che permetta al mondo accademico di accedere ai dati delle piattaforme interessate per migliorare l'individuazione e l'analisi della disinformazione. Il 3 dicembre 2020 la Commissione presenta il piano d'azione per la democrazia europea²⁹, che include l'implementazione di nuove misure volte a promuovere elezioni libere, al rafforzamento della libertà dei mezzi di informazione e al contrasto della disinformazione. Su quest'ultimo aspetto, il piano d'azione prevede interventi riguardanti: le interferenze straniere e un impianto normativo co-regolamentatorio nei confronti delle piattaforme digitali. Sul primo punto, il documento intende sia consolidare che introdurre nuovi strumenti per arginare le interferenze straniere, con la possibilità di applicare sanzioni finanziarie nei confronti degli attori malevoli. Riguardo il secondo punto, la Commissione opta per una revisione del Codice sulla disinformazione per farne «un quadro di coregolamentazione degli obblighi e delle responsabilità delle piattaforme *online*, in linea

²⁷ Commissione europea, *Contrastare la disinformazione sulla Covid-19*, cit., p. 8.

²⁸ *Ivi*, p. 9.

²⁹ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sul piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020.

con la prossima legge sui servizi digitali»³⁰. Da ciò e dalle osservazioni sul Codice³¹ pubblicate dalla Commissione scaturisce l'adozione, nel giugno 2022, di un Codice di condotta rafforzato sulla disinformazione. Il nuovo codice presenta quattro elementi aggiuntivi in grado di sopperire alle lacune del suo predecessore³². In primo luogo, esso vede il coinvolgimento di 34 firmatari contro i 16 della precedente versione. Tra i partecipanti, oltre a esponenti dei grandi operatori della Rete, figurano anche quelli provenienti dalla società civile, dalle imprese pubblicitarie e dalla comunità dei *fact-checkers*. In secondo luogo, si assiste alla rottura con il modello americano del “*free marketplace of ideas*” presente nel Codice del 2018 e ad una conseguente risposta «prettamente europea conforme all'assetto valoriale del vecchio continente, che si è tradotto in un meccanismo maggiormente bilanciato e di dialogo tra i firmatari e Commissione»³³. In terzo luogo, si evidenziano le linee guida della Commissione che fissano «la linea rossa al di sotto della quale, in termine di protezione dei diritti, non si doveva andare e indicando proposte per la misurazione e il monitoraggio degli obbiettivi»³⁴. Infine, il Codice anticipa il principio di co-regolamentazione che, come si vedrà, pervade il *Digital Services Act*. Nello specifico, il primo intervento del Codice punta a rimuovere, per i fornitori di disinformazione, gli introiti pubblicitari derivanti dai propri contenuti. La seconda area d'intervento si concentra sugli annunci politici, con i firmatari impegnati nel permettere agli utenti di riconoscere facilmente simili annunci grazie ad una maggiore trasparenza che rivela più dettagli sulla loro natura (committente, spesa, periodo di visualizzazione). La garanzia dell'integrità dei servizi, invece, si materializza in misure volte a disincentivare le pratiche manipolative che agevolano la disinformazione (*account* falsi, *bot*, *deep fakes*) e in una maggiore collaborazione tra i firmatari per arginare queste tecniche. Il quarto capitolo del Codice, infine, è dedicato ai nuovi strumenti a disposizione degli utenti, che consentiranno loro di segnalare contenuti disinformativi, di accedere

³⁰ Commissione europea, *Piano d'azione per la democrazia europea: per democrazie dell'UE più forti*, Bruxelles, 3 dicembre 2020.

³¹ Commissione europea, *European Commission Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation*, COM(2021) 262 final, Bruxelles, 26 maggio 2021.

³² Come sottolineato da Pollicino, la versione del 2018 «non prevedeva le condizioni fondamentali per rendere il codice uno strumento efficace al contrasto contro la disinformazione, in particolare considerata l'assenza di obiettivi e linee guida definiti dalla Commissione e strumenti di misurazione delle misure adottate dai firmatari» in O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2022, p. 1064.

³³ O. POLLICINO, *I codici di condotta*, cit., p. 1064.

³⁴ *Ibid.*

a fonti autorevoli e di informarsi sulla disinformazione mediante iniziative di alfabetizzazione mediatica. Più poteri sono previsti anche per i ricercatori, i quali potranno avere un accesso migliore ai dati delle piattaforme *online* per condurre i propri studi sulla disinformazione. Sotto altro profilo, il nuovo Codice prevede l'estensione della copertura della verifica dei fatti a tutti gli Stati membri e in tutte le lingue dell'UE e garantisce contributi finanziari equi per i *fact-checkers*. Una *task force* permanente avrà il compito di monitorare e adeguare gli impegni presi in vista degli sviluppi tecnologici, sociali, economici e legislativi. Il Codice rafforzato, primo esperimento europeo del laboratorio co-regolamentatorio delle piattaforme, si inserisce all'interno di uno scenario nel quale l'esigenza di circoscrivere il perimetro di azione delle *big tech companies*, sul piano della lotta alla disinformazione *online*, si è fatta sempre più insistente, portando l'UE ad introdurre il *Digital Services Act*.

5. Digital Services Act

Con il recente Regolamento (UE) 2022/2065 relativo al mercato unico dei servizi digitali (anche noto come *Digital Services Act* – DSA) del 19 ottobre 2022, il legislatore europeo è intervenuto con l'obiettivo di creare un ecosistema digitale più sicuro e innovativo, in cui siano tutelati i diritti fondamentali degli utenti e in cui venga contrastata la diffusione di contenuti illegali³⁵ e disinformativi, con un occhio di riguardo per la salvaguardia dei minori. Per raggiungere questi intenti, il DSA assegna un grado di responsabilità maggiore, imponendo in particolare obblighi di *due diligence*, ai prestatori di servizi intermediari³⁶ dato il loro impatto sulle attività quotidiane dei cittadini europei. In questo modo, il tentativo legislativo europeo mira a creare una netta correlazione tra ciò che è vietato *offline* e ciò che è vietato *online* in modo da evitare che la Rete «rappresenti un “porto franco” per la circolazione di qualsivoglia contenuto ille-

³⁵ Per “contenuto illegale” si intende «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto» (art 3., lett. h).

³⁶ Così il considerando 5 DSA: «Il presente regolamento dovrebbe applicarsi ai prestatori di determinati servizi della società dell'informazione quali definiti nella direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, ossia qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario. Il presente regolamento dovrebbe applicarsi [...] ai servizi intermediari consistenti in servizi noti come semplice trasporto (cosiddetto “mere conduit”), memorizzazione temporanea (cosiddetto “caching”) e memorizzazione di informazioni (cosiddetto “hosting”) [...]».

gale»³⁷. Gli obblighi riservati ai diversi operatori dipendono dal loro ruolo, dalle loro dimensioni e dal loro impatto sull'ecosistema digitale. Di conseguenza, il regolamento suddivide gli operatori digitali in quattro categorie. Al vertice si collocano le piattaforme *online* e i motori di ricerca di grandi dimensioni, ovvero tutti quegli intermediari che raggiungono, con i loro servizi, oltre 45 milioni di utenti al mese. Al di sotto si collocano le piattaforme *online* che riuniscono venditori e consumatori (mercati *online*, *app store*, piattaforme dell'economia collaborativa e piattaforme dei *social media*), i servizi di *hosting* (i servizi *cloud* e di *web hosting*) e i servizi di intermediazione (fornitori di accesso a *Internet* e *registrar* di nomi di dominio, compresi i servizi di *hosting*). La presente suddivisione permette di evidenziare come gli obblighi in materia di dovere di diligenza riguardino tutti i prestatori di servizi intermediari, mentre obblighi supplementari sono assegnati ai «prestatori di piattaforme *online*, di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi»³⁸. Tra le disposizioni applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari, come riportato nella sezione 1 del capo III del DSA, figurano la designazione di un punto di contatto unico per le comunicazioni con le autorità degli Stati membri, la Commissione e il Comitato³⁹, di un altro punto di contatto unico per i destinatari del servizio⁴⁰ e di un rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui offrono i propri servizi⁴¹. Una maggiore trasparenza dei soggetti ricevitori del regolamento viene richiesta negli artt. 14 e 15, con riferimento ai propri termini e condizioni⁴² e all'obbligo di fornire al pubblico, almeno una volta l'anno, relazioni circa le attività di moderazione dei contenuti svolte⁴³. Ai prestatori di servizi di memorizzazione di informazione, invece, si applicano obblighi concernenti l'istituzione di un meccanismo per la segnalazione

³⁷ G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2022, p. 82.

³⁸ Considerando 41 DSA.

³⁹ Art. 11.

⁴⁰ Art. 12.

⁴¹ Art. 13.

⁴² Le condizioni generali dei prestatori di servizi intermediari devono comprendere informazioni – politiche, procedure, misure e strumenti per la moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché un sistema interno di gestione dei reclami – circa le restrizioni imposte all'uso dei loro servizi da parte degli utenti (art. 14, § 1). Nel caso in cui un servizio sia destinato o utilizzato in prevalenza da minori, i prestatori sono tenuti a spiegar loro in modo comprensibile le condizioni e le restrizioni che si applicano all'utilizzo del servizio (art. 14, § 3). Qualsiasi modifica alle proprie condizioni generali va segnalata tempestivamente ai destinatari del servizio (art. 14, § 2).

⁴³ Art. 15, § 1.

di contenuti illegali, esclusivamente per via elettronica, da parte di qualsiasi utente o ente (art. 16). Qualora vengano impiegate misure restrittive, gli attori coinvolti sono chiamati a fornire una motivazione (art. 17), contenente l'informazione che indica se la decisione assunta comporta la rimozione delle informazioni, la disabilitazione dell'accesso alle stesse, la retrocessione o la limitazione della visibilità delle informazioni e altre misure (art. 17, § 3, lett. a); i fatti e le circostanze su cui si basa la decisione adottata (art. 17, § 3, lett. b); informazioni sugli strumenti automatizzati utilizzati per adottare la decisione (art. 17, § 3, lett. c); il riferimento alla base giuridica invocata (art. 17, § 3, lett. d); una spiegazione delle ragioni per cui le informazioni in esame sono incompatibili con la clausola contrattuale delle condizioni generali invocata (art. 17, § 3, lett. e); i mezzi di ricorso a disposizione dei cibernauti (art. 17, § 3, lett. f). Nel caso in cui i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni apprendono che è in corso, che sia stato commesso o che sarà commesso un reato è loro obbligo notificarlo alle attività giudiziarie o di contrasto competenti degli Stati membri interessati (art. 18). Alle piattaforme *online*, fatta eccezione per le microimprese e le piccole imprese, vengono assegnate ulteriori obblighi. Tra questi, due in particolare rappresentano un tentativo del legislatore europeo di attribuire strumenti più efficaci agli utenti *online*: l'istituzione di un sistema interno di gestione dei reclami (art. 20)⁴⁴ e la possibilità di fare appello alla risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 21)⁴⁵. L'art. 22 si sofferma sulla figura dei *trusted flaggers* o anche segnalatori attendibili e ne traccia i confini in modo più specifico rispetto al passato. Si tratta di soggetti terzi – indipendenti dalle piattaforme *online* – che si occupano di segnalare quei contenuti che, a loro avviso, meritano di essere sottoposti a moderazione o rimozione. Tuttavia, come si evince dal considerando 61 del regolamento, tale qualifica «dovrebbe essere conferita dal coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui il richiedente è stabilito [...]» e dovrebbe essere ricono-

⁴⁴ Il sistema interno di gestione dei reclami permette alle persone o agli enti di presentare reclami contro la decisione presa dal fornitore all'atto del ricevimento di una segnalazione o contro le seguenti decisioni: quelle che indicano se rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse o se limitarne la visibilità (art. 20, § 1, lett. a); quelle che indicano se sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari (art. 20, § 1, lett. b); quelle che indicano se sospendere o cessare l'account dei destinatari (art. 20, § 1, lett. c); quelle che indicano se sospendere, cessare o limitare in altro modo la capacità di monetizzare le informazioni fornite dai destinatari (art. 20, § 1, lett. d).

⁴⁵ I soggetti verso i quali sono state applicate le decisioni di cui all'art. 20, § 1, «hanno il diritto di scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie inerenti a tali decisioni, compresi i reclami che non è stato possibile risolvere mediante il sistema interno di gestione dei reclami di cui a tale articolo». Tale possibilità deve essere accessibile sull'interfaccia *online* delle piattaforme (art. 21, § 1).

sciuta «solo a enti, e non a persone, che hanno dimostrato, tra l'altro, di disporre di capacità e competenze particolari nella lotta ai contenuti illegali [...]». I segnalatori attendibili, poi, sono incaricati di rendere note, mediante relazioni almeno annuali, le segnalazioni presentate contenenti: l'identità del prestatore e le successive azioni adottate dallo stesso e il contenuto illegale notificato⁴⁶. L'art. 23 fa luce, invece, sulle misure contro gli abusi a disposizione dei fornitori di piattaforme *online*: sospensione del servizio verso coloro che diffondono con frequenza contenuti illegali e verso chi presenta, con una certa frequenza, segnalazioni o reclami manifestamente infondati. In aggiunta alle informazioni di cui all'art. 15, i fornitori di piattaforme *online* devono indicare nelle loro relazioni (art. 24, § 1) anche: i) il numero di controversie sottoposte agli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 24, § 1, lett. a), i risultati delle stesse, il tempo medio per il loro completamento e il numero di sospensioni imposte a norma dell'art. 23 (art. 24, § 1, lett. b). L'art. 25 vincola le *Internet platforms* a non progettare e/o gestire le loro interfacce *online* al fine di ingannare e manipolare i fruitori dei servizi e le loro capacità di prendere decisioni libere e senza condizionamenti. Il tema della pubblicità, già menzionato nelle precedenti misure europee, viene richiamato anche nel DSA e, più precisamente, all'art. 26. Difatti, qualora i soggetti *online* presentino pubblicità all'interno delle proprie interfacce, essi sono obbligati a far sì che gli utenti siano in grado di identificare: i) che l'informazione costituisce una pubblicità (art. 26, § 1, lett. a); la persona fisica o giuridica per conto della quale viene presentata (lett. b); la persona fisica o giuridica che paga per la pubblicità nel caso sia diversa da quella di cui alla lett. b) (lett. c); informazioni relative ai parametri utilizzati per determinare il destinatario a cui viene presentata e alla modalità di modifica di tali parametri (lett. d). I destinatari del servizio, poi, hanno a disposizione una funzionalità che permette ai funzionari di asserire se i contenuti forniti contengano o meno comunicazioni commerciali (art. 26, § 2). Una maggiore trasparenza è richiesta anche per quel che concerne i sistemi di raccomandazione, utilizzati dalle piattaforme per «agevolare» i cibernauti nell'esplorazione di quei contenuti più inclini ai propri interessi e preferenze. Con il nuovo regolamento europeo, gli attori che li adoperano devono specificarlo nelle condizioni generali, inserendo i «principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consente loro di modificare o influenzare tali parametri principali»⁴⁷. Infine, tutte le piattaforme accessibili ai minori sono chiamate a adottare misure che ga-

⁴⁶ Art. 22, § 2, lett. a), b), c).

⁴⁷ Art. 27, § 1.

rantiscono una certa tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione del “*target* giovane” (art. 28, § 1). Al pubblico in oggetto, inoltre, non può essere somministrata, in alcun modo, la pubblicità basata su profilazione (art. 28, § 2). Con riferimento alle sole piattaforme *online* che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali, esse hanno delle disposizioni aggiuntive: la tracciabilità degli operatori commerciali (art. 30), la conformità dal momento della progettazione (art. 31), il diritto a informare i consumatori qualora si venga a conoscenza dell’offerta di un prodotto o servizio illegale da parte degli operatori commerciali (art. 32). Gli obblighi supplementari a carico dei motori di ricerca e delle piattaforme *online* di grandi dimensioni e applicabili per la gestione dei rischi sistemici e le situazioni di crisi e/o emergenza sono oggetto di studio del prossimo paragrafo.

5.1. *Il Digital Services Act e la gestione della circolazione delle informazioni nei contesti emergenziali*

Oltre a valutare eventuali rischi sistemici che possono essere causati dalla progettazione o dal funzionamento dei propri servizi (art. 34)⁴⁸, le grandi piattaforme e i motori di ricerca *online* sono soggetti ad ulteriori disposizioni come previsto dalla sezione V del presente regolamento⁴⁹. In particolare, l’art. 36 – relativo al meccanismo di risposta alle crisi – e l’art. 48 – concernente l’attuazione di protocolli di crisi – prevedono meccanismi di intervento e di controllo stringenti allorquando l’Unione europea dovesse trovarsi a vivere un momento di crisi. Secondo la Commissione, una crisi si verificherebbe in presenza di «circostanze eccezionali che possono comportare una minaccia grave per la sicurezza pubblica o la

⁴⁸ La valutazione del rischio deve comprendere i seguenti rischi sistemici: a) la diffusione di contenuti illegali; b) eventuali effetti negativi per l’esercizio dei diritti fondamentali quali, ad esempio, gli artt. 1, 7, 8, 11, 21, 24 e 38 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE; c) eventuali effetti negativi sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica; d) qualsiasi effetto negativo in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori, al benessere fisico e mentale della persona (art. 34, § 1). Nell’effettuare la propria valutazione, i colossi digitali devono tenere in considerazione il modo in cui diversi fattori: a) progettazione dei sistemi di raccomandazione e di qualsiasi altro sistema algoritmico; b) sistemi di moderazione dei contenuti; c) le condizioni generali e la loro applicazione; d) i sistemi di selezione e presentazione delle pubblicità; e) le pratiche del fornitore relative ai dati che possano avere un impatto sui rischi sistemici di cui al § 1 (art. 34, § 2).

⁴⁹ Appartengono alla sezione V del DSA i seguenti artt.: 34 (Valutazione del rischio), 35 (Attenuazione dei rischi), 36 (Meccanismo di risposta alle crisi), 37 (Revisioni indipendenti), 38 (Sistemi di raccomandazione), 39 (Ulteriore trasparenza della pubblicità *online*), 40 (Accesso ai dati e controllo), 41 (Funzione di controllo della conformità), 42 (Obblighi in materia di relazioni di trasparenza), 43 (Contributo per le attività di vigilanza).

salute pubblica nell'Unione o in parti significative della stessa»⁵⁰. Tra gli esempi forniti si collocano i «conflitti armati o atti di terrorismo, compresi conflitti o atti di terrorismo emergenti, catastrofi naturali quali terremoti e uragani, nonché pandemie e altre gravi minacce per la salute pubblica a carattere transfrontaliero»⁵¹. Orbene, in simili scenari la Commissione potrebbe chiedere ai colossi *tech*, su raccomandazione del comitato europeo per i servizi digitali, di avviare un meccanismo di risposta alle crisi che può comprendere, tra le altre, una delle seguenti azioni: i) valutare se i propri servizi contribuiscono a generare una minaccia grave per la sicurezza o la salute pubblica nell'Unione⁵²; ii) adottare misure specifiche per prevenire, eliminare o limitare tale grave contributo alla grave minaccia⁵³; iii) relazionarsi con la Commissione in merito alla valutazione⁵⁴. Il considerando 91 cerca di far luce su cosa potrebbero comportare tali misure con esempi quali: «l'adeguamento dei processi di moderazione dei contenuti e l'aumento delle risorse destinate alla moderazione dei contenuti, l'adeguamento delle condizioni generali, i sistemi algoritmici e i sistemi pubblicitari pertinenti, l'ulteriore intensificazione della cooperazione con i segnalatori attendibili, l'adozione di misure di sensibilizzazione, la promozione di informazioni affidabili e l'adeguamento della progettazione delle loro interfacce *online*»⁵⁵. Alle disposizioni del considerando 91 se ne aggiungono altre rinvenibili all'art. 35, § 1⁵⁶ e all'art. 48, § 2, che richiama l'adozione di protocolli di crisi volontari e che verrà esaminato a breve. La Commissione, inoltre, stabilisce che le misure di cui al § 1 sono limitate a un periodo non superiore ai tre mesi (art. 36, § 3, lett. c). Il § 5,

⁵⁰ Considerando 91 DSA.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Art. 36, § 1, lett. a).

⁵³ Art. 36, § 1, lett. b).

⁵⁴ Art. 36, § 1, lett. c).

⁵⁵ Considerando 91 DSA.

⁵⁶ L'art. 35 si riferisce all'attenuazione dei rischi e include quattro misure aggiuntive rispetto a quelle enunciate dal considerando 91: il rafforzamento dei processi interni, delle risorse, della sperimentazione, della documentazione o della vigilanza sulle loro attività, in particolare per quanto riguarda il rilevamento dei rischi sistemici (lett. f); l'avvio o l'adeguamento della cooperazione con altri fornitori di piattaforme *online* o di motori di ricerca *online* attraverso i codici di condotta e i protocolli di crisi di cui rispettivamente agli artt. 45 e 48 (lett. h); l'adozione di misure mirate per tutelare i diritti dei minori o di strumenti volti ad aiutarli nel segnalare abusi o ottenere sostegno (lett. j); il ricorso a un contrassegno ben visibile per fare in modo che un elemento di un'informazione, sia esso un'immagine, un contenuto audio o video, generati o manipolati, che assomigli notevolmente a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che a una persona appaia falsamente autentico o veritiero, sia distinguibile quando è presentato sulle loro interfacce *online* e, inoltre, la fornitura di una funzionalità di facile utilizzo che consenta ai destinatari del servizio di indicare tale informazione (lett. k).

invece, tenta di riequilibrare le responsabilità tra i poteri pubblici e privati, sottolineando come la scelta delle misure specifiche da adottare spetta ai *VLOPs* e alle *VLOPs*, con la Commissione che, però, mantiene un ruolo di prim'ordine nel verificarle. Quest'ultima, infatti, può avviare un dialogo con le piattaforme *online* per stabilire se le misure realizzate sono in linea con gli obiettivi prefissati (§ 6) e monitorare l'applicazione delle stesse (§ 7). Nel caso in cui la Commissione ritenga che le misure specifiche non siano efficaci o proporzionate può richiedere al fornitore di riesaminarle. Infine, la Commissione, a seguito dell'evoluzione della crisi, può modificare, su raccomandazione del comitato, la decisione di cui al § 1 o al § 7 (§ 8): a) revocandola se i motivi di tali misure non sussistono più; b) prorogando il periodo di attuazione per un periodo non superiore ai tre mesi; c) in caso di eventuale inosservanza, mediante le misure, dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta. In sintesi, ai sensi dell'art. 36, la Commissione può imporre alle piattaforme e ai motori di ricerca di grandi dimensioni di impiegare misure straordinarie in occasione di situazioni inconsuete che rappresentano una minaccia per la stabilità europea. Ciò che preme sottolineare è che, nonostante spetti agli intermediari digitali decidere autonomamente il contenuto di tali misure, «l'obbligo di adottarle è vincolante e deriva dalla Commissione e dal comitato»⁵⁷. Da questo sembrerebbe derivare un contesto regolatorio nel quale la Commissione avrebbe in mano poteri censori, conferendogli «la possibilità di incidere significativamente, con un provvedimento “individuale” e di carattere certamente non poco invasivo, sull'esercizio delle attività di piattaforme *online* e motori di ricerca di dimensione molto grandi, imponendogli, in tempi molto stretti e con particolare urgenza, l'adozione di diverse misure che presuppongono ponderazioni difficili e scelte molto delicate e complesse alla luce del loro impatto sui diritti fondamentali, specie in simili situazioni d'emergenza»⁵⁸. E gli utenti in simili circostanze eccezionali cosa dovrebbero aspettarsi? Di veder relegate, in termini di visibilità, le proprie opinioni a vantaggio di quelle “affidabili” provenienti dalle autorità degli Stati membri o dalle istituzioni europee? O di continuare ad abitare, anche solo per un periodo di tempo limitato, un ecosistema digitale, sempre più polarizzato e perimetrato da sole informazioni attendibili circa la situazione eccezionale? Inoltre, la preoccupazione per la mancata tutela dei diritti fondamentali in caso di moderazione dei contenuti incompatibili con le condizioni generali dei fornitori di servizi digitali sembrerebbe

⁵⁷ D. BUIJS, I. BURI, *The DSA's crisis approach: crisis response mechanism and crisis protocols*, in *DSA Observatory*, 21 marzo 2023.

⁵⁸ E. BIRRITTERI, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in *MediaLaws*, n. 2, 2023, p. 79.

alimentarsi ulteriormente con quanto stabilito dal considerando 91, a proposito delle possibili misure applicabili: «l'adeguamento dei processi di moderazione dei contenuti e l'aumento delle risorse destinate alla moderazione dei contenuti». Benché il DSA provi a controbilanciare i poteri della Commissione attraverso disposizioni che circoscrivano l'applicabilità di tali misure – in capo alle piattaforme e ai motori di ricerca di grandi dimensioni – ad un periodo non superiore ai tre mesi, il rischio di una limitazione della libertà di espressione e del diritto di informazione apparrebbe assai concreto. Scenari emergenziali coinvolgono anche l'art. 48 DSA che stabilisce che il Comitato, durante situazioni di crisi, può raccomandare alla Commissione di elaborare dei protocolli di crisi volontari (art. 48, § 1). Questo scenario può realizzarsi, come evidenziato dal considerando 108, nel caso in cui «le piattaforme *online* sono utilizzate in modo improprio per la rapida diffusione di contenuti illegali o disinformazione o in cui sorge la necessità di divulgare velocemente informazioni affidabili»⁵⁹. All'interno dei protocolli si trovano misure quali: i) la visualizzazione ben in evidenza delle informazioni sulla situazione di crisi provenienti dalle autorità degli Stati membri o da altri organismi affidabili (art. 48, § 2, lett. a); ii) uno specifico punto di contatto per la gestione delle crisi designato dai servizi intermediari digitali (art. 48, § 2, lett. b); iii) l'adeguamento delle risorse destinate a garantire il rispetto degli obblighi dei *VLOPs* e dei *VLOSEs*, come il meccanismo di segnalazione e azione (art. 16), il sistema interno di gestione dei reclami (art. 20), i segnalatori attendibili (art. 22), le misure e la protezione contro gli abusi (art. 23) e le misure di attenuazione dei rischi (art. 35) (art. 48, § 2, lett. c). Anche in questo caso, le misure appena citate impongono delle riflessioni. In primo luogo, nonostante il tentativo di contrastare la disinformazione, risulterebbe poco chiaro il meccanismo che potrebbe portare le piattaforme a mostrare, ben in evidenza, informazioni provenienti da fonti «affidabili» quali Stati membri o altri organismi. Oltre ad una certa criticità relativa a ciò che appartiene alla sfera delle informazioni affidabili, resta in sospenso la questione su chi stabilisce quale contenuto sia o meno qualificabile come «informazione affidabile». Come da taluni evidenziato, l'art. 48, nonostante stabilisca che simili informazioni vengono fornite dalle autorità degli Stati membri o da altri organismi affidabili, non « chiarisce chi nomina tali organismi affidabili e quali informazioni si qualificano come affidabili o degne di fiducia »⁶⁰. La Commissione, poi, mira a garantire che i protocolli di crisi stabiliscano chiaramente, tra l'altro, i parametri specifici in base ai quali è stata individuata una crisi (art. 48, § 4, lett. a), i

⁵⁹ Considerando 108 DSA.

⁶⁰ D. BUIJS, I. BURI, *The DSA's crisis approach*, cit.

tempi di attuazione del protocollo di crisi (lett. c e d), le garanzie per far fronte ad eventuali effetti negativi sull'esercizio dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, in particolare la libertà di espressione, il diritto di informazione e il diritto alla non discriminazione (lett. e). Quest'ultimo punto, nonostante sottolinei la volontà del legislatore europeo di salvaguardare i diritti fondamentali, parrebbe evidenziare che l'attuazione di simili protocolli di crisi potrebbe in qualche modo avere un effetto negativo sugli stessi. E, infine, come si legge nel § 5, qualora si ritenga che il protocollo di crisi non sia in grado di affrontare in maniera efficace una situazione di crisi o non rispetti alcuni diritti fondamentali, la Commissione può chiedere ai partecipanti di rivedere tale protocollo, anche adottando misure supplementari (art. 48, § 5). Anche in questo caso l'espressione "misure supplementari" lascia con sé degli interrogativi, in particolare per quanto attiene la definizione stessa di "misure supplementari" e la perimetrazione del loro contenuto. Dall'analisi appena condotta circa la portata degli artt. 36 e 48 DSA, emergono non pochi interrogativi circa la possibilità che essi possano rappresentare una minaccia per la libertà di espressione nell'ordinamento europeo. Le perplessità rilevate potranno essere chiarite soltanto con l'esperienza applicativa degli stessi in un contesto emergenziale. Contrastare la disinformazione *online* – soprattutto in presenza di situazioni "straordinarie" – senza intaccare la sfera dei diritti fondamentali appare senz'altro una sfida complicata e insidiosa. Ciononostante, lo sforzo profuso dall'Unione europea con l'adozione del *Digital Services Act* non può fare a meno dei valori democratici su cui si basa anche di fronte ad "eventi eccezionali".

6. Considerazioni conclusive

Il *Digital Services Act* rappresenta il punto di approdo di un processo anti-disinformazione iniziato nel 2015 con l'istituzione della task force *East StratCom* a seguito delle campagne di disinformazione lanciate dalla Russia. Nella quasi decennale attuazione di misure ostative al dilagarsi del fenomeno in questione, non può non rilevarsi una crescita, dal punto di vista legislativo, dell'UE. Ciò appare evidente soprattutto se si considerano i "timidi" tentativi regolatori dei media digitali all'alba dei primi codici di condotta. Nonostante la volontà del legislatore europeo, infatti, i colossi digitali hanno sempre mantenuto una certa libertà nello stabilire, all'interno dei propri spazi, con quali contenuti gli utenti possono "imbat-tersi" e quelli ai quali dare maggiore visibilità in base alle proprie condizioni generali implementate nel tempo. Come già accennato, la sfida alla disinformazione *online* rappresenta un sentiero tortuoso e pieno di insi-

die. E il merito dell'UE, con il DSA, è quello di aver provato ad assegnare quantomeno delle responsabilità più stringenti alle piattaforme digitali. Come evidenziato, «le intenzioni del DSA sono quelle di passare da un regime che esenta tutti questi soggetti da responsabilità a uno che li fa soggiacere a obblighi di diligenza»⁶¹. Tuttavia, nonostante lo sforzo profuso nella co-regolamentazione dei suddetti attori, questi ultimi continuano a mantenere un ruolo importante nello stabilire che cosa è disinformazione e cosa non lo è. Si pensi, ad esempio, alle attività di moderazione dei contenuti che non aderiscono alle condizioni generali dei *player*, all'assenza, all'interno del regolamento, di una definizione generale di disinformazione, all'ombra di vaghezza che aleggia attorno alle misure applicabili in tempi di crisi e al concetto di "contenuto illegale". D'altro canto, non può rimanere inosservato lo stimolo del legislatore a controbilanciare i poteri pubblici (della Commissione) e privati (delle piattaforme) in presenza di situazioni emergenziali e a conferire ai cibernauti "piccoli strumenti" per proteggersi dalla disinformazione (meccanismi di segnalazione, sistema interno di gestione dei reclami o un organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie). L'assegnazione di maggiori responsabilità agli intermediari *online*, però, è coincisa con l'inserimento degli stessi nella sfera della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini. L'Unione europea ha, di fatto, delegato a dei "poteri privati" il compito di moderare i contenuti presenti nelle proprie aree *online*, con la possibilità di influire direttamente sui contenuti di cui si anima la sfera informativa pubblica. Ma, com'è noto, tali poteri hanno come unico obiettivo quello di conseguire utili e, dunque, il loro operato resta improntato alla logica capitalistica del profitto. E, di conseguenza, sembra possibile affermare che nell'esercitare l'importante ruolo assegnatogli, essi risponderanno, in prima battuta, a tale logica economica e non certo a quella, ispirata ai valori iscritti nelle Costituzioni, che invece orienta l'operato dei poteri pubblici, siano essi nazionali o europei. Il pericolo che sembrerebbe incombere è quello di incidere sulle delicate sfere dell'espressione e dell'informazione con l'intermediazione di poteri privati che assomigliano, di fatto, sempre più a servizi pubblici che si confrontano con l'Unione europea dall'alto di significative posizioni di forza. Se l'obiettivo del DSA è quello di contenere il potere dei nuovi "baroni" del digitale, coinvolgerli direttamente nell'esercizio della libertà di espressione rappresenta la strada giusta da seguire? In questo modo non si finirebbe con l'accrescere il loro potere anziché limitarlo? La complessità del nuovo ecosistema digitale si ri-

⁶¹ S. SASSI, *L'Unione Europea*, cit., p. 201.

flette in una molteplicità di aspetti, ma potrebbe essere drammatico per le sorti della democrazia ritrovarsi in un contesto mediatico in cui i proprietari (privati) dei mezzi di comunicazione sono anche i guardiani dei contenuti.

Sezione IV

Libertà di espressione,
diritto di critica e controllo

La critique des gouvernants pendant l'état d'urgence sanitaire: le cas de la France

di *Thomas Hochmann*

Sommario

1. L'affaire *Michel-Ange Flori*. – 2. L'injure du président de la République. – 3. Gouverner, c'est subir. – 4. Quand l'injure dépasse les bornes. – 5. L'humour: une clé d'interprétation plutôt qu'un critère de confrontation. – 6. La contribution injurieuse à un débat d'intérêt général. – 7. Gratuité de l'excès. – 8. Conclusion: une liberté d'expression indifférente à la situation d'urgence sanitaire?

En France, la réponse juridique à la pandémie de Covid-19 a pris la forme d'un état d'urgence sanitaire, créé par une loi du 23 mars 2020¹. Déclaré par décret en conseil des ministres, nécessitant le vote d'une loi pour être prorogé au-delà d'un mois, l'état d'urgence sanitaire permettait au gouvernement l'adoption de certaines mesures qui auraient été parfaitement illégales en temps normal. La liberté la plus concernée par ces mesures exceptionnelles fut bien sûr la liberté d'aller et venir, affectée par des restrictions d'une ampleur inimaginable quelques jours auparavant, au premier rang desquelles on trouve le confinement et ultérieurement le couvre-feu. La liberté d'entreprendre fut également lourdement touchée, avec la fermeture des lieux accueillant du public. Évidemment, de telles mesures ont un effet sur la liberté d'expression, considérée tant dans sa version active (s'exprimer) que dans sa version passive (recevoir une expression). L'interdiction de se déplacer empêche les individus d'aller

¹ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

tenir une conférence quelque part, ou d'aller y assister. La fermeture des librairies complique l'achat des livres ... Toutefois, sans les neutraliser complètement, les nouveaux moyens de communication et le commerce en ligne ont pu atténuer ces restrictions incidentes de la liberté d'expression.

Ce droit fondamental ne fut directement touché que là où il croise la liberté d'aller et venir, c'est-à-dire sous la forme des libertés de manifestation et de réunion. La loi du 23 mars 2020 puis la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire permettaient au Premier ministre d'interdire purement et simplement les rassemblements sur la voie publique et les réunions, à la condition que la mesure soit strictement proportionnée aux risques sanitaires encourus. Saisi en urgence, le Conseil d'État (la plus haute juridiction administrative française) s'opposa néanmoins aux restrictions drastiques édictées par le gouvernement. Il jugea ainsi que l'interdiction de tout rassemblement de plus de dix personnes sur la voie publique était excessive, seule l'impossibilité de respecter les «gestes barrières» pouvant justifier une restriction². Le gouvernement ne pouvait pas non plus soumettre les manifestations à l'autorisation du préfet, en lieu et place du régime de simple déclaration préalable qui existe en droit français³. La situation sanitaire justifiait en revanche l'interdiction des manifestations de plus de 5 000 personnes. Mentionnons enfin cet aspect spécifique de l'expression en réunion qu'est la liberté de religion. L'interdiction de toute cérémonie religieuse dans les lieux de culte a été jugée proportionnée dans le contexte d'une forte pression épidémique⁴, mais a été considéré excessif à l'issue du premier confinement⁵.

La loi sur l'état d'urgence sanitaire ne prévoyait en revanche aucune restriction spécifique relative au contenu de l'expression. Deux types de mesures ont pu être adoptées dans divers États dans ce contexte. Le premier concernait les «fausses nouvelles» qui se sont répandues à une vitesse effrénée pendant la pandémie. Une réaction de l'État pouvait apparaître à la fois bienvenue et dangereuse, comme a pu le remarquer le Conseil de l'Europe: «les 'fausses nouvelles' concernant Covid-19 se sont rapidement répandues sur les réseaux sociaux, ce qui peut, dans certaines circonstances, faire des victimes et qui, si elles ne sont pas évitées, peut déclencher les obligations positives des États en vertu de l'article 2 de la CEDH. En même temps, les mesures prises par les États pour prévenir les

² CE (référé), 13 juin 2020, n° 440846.

³ CE (référé), 6 juillet 2020, n° 441257.

⁴ CE (référé), 7 novembre 2020, n° 445825; CE (référé), 19 novembre 2020, n° 446651. Voir F. DIEU, *Le culte au temps du Corona: la liberté de culte en période d'urgence sanitaire*, in *Revue du droit des religions*, n° 11, 2021, pp. 173-191.

⁵ CE (référé), 18 mai 2020, n° 440366.

dommages causés par les fausses nouvelles peuvent facilement être utilisées abusivement pour supprimer des reportages légitimes, si la législation sous-jacente est trop large et ne respecte pas les limites des interférences prévues à l'article 10 de la CEDH»⁶.

En France, aucune nouvelle incrimination vague de la diffusion de «fausses nouvelles» n'a par exemple été adoptée, comme cela a pu être le cas dans certains régimes dictatoriaux pour faire taire toute contestation⁷. Si le gouvernement français n'est pas resté insensible face au fléau de la désinformation, il prit garde de ne pas encourir le reproche d'entraver la libre discussion sur le virus et ses conséquences. La principale initiative gouvernementale à cet égard ne fut néanmoins pas un franc succès. Le 30 avril 2020, la porte-parole du gouvernement annonçait sur Twitter la création du site «désinfox coronavirus»: «La crise du #Covid19 favorise la propagation de #fakenews. Plus que jamais, il est nécessaire de se fier à des sources d'informations sûres et vérifiées. C'est pourquoi le site du gouvernement propose désormais un espace dédié». Le site en question publiait les articles de «*fact-checking*» de plusieurs médias tels que *Libération*, *Le Monde* ou *France Info*. La levée de bouclier de la part des médias fut immédiate. Une tribune publiée dans *Le Monde* en indiquait les raisons: «En distinguant tel ou tel article sur son site, le gouvernement donne l'impression, dans un mélange des genres délétère, de labelliser la production de certains médias. Selon cette même logique, les autres ne seraient pas dignes d'un imprimatur que l'État n'a pourtant aucune légitimité à délivrer dans un pays où la liberté de la presse est une liberté fondamentale»⁸. Le gouvernement supprima aussitôt le site litigieux⁹.

Le second type de restrictions de la liberté d'expression envisageables consisterait à interdire directement de contester les choix effectués par le gouvernement dans le contexte de la pandémie. Bien évidemment, une telle démarche heurterait de front le fonctionnement d'une société démocratique, dans laquelle «Il est de la plus haute importance [...] que les journalistes [mais aussi les simples citoyens, serait-on tenté d'ajouter] puissent faire des commentaires critiques sur la manière dont un gouvernement fait face à une pandémie»¹⁰. Aucune mesure aussi grossière n'a

⁶ Comité directeur pour les droits de l'homme, *Document de réflexion pour le CDDH sur d'éventuels travaux concernant l'impact de la pandémie de covid-19 sur les droits de l'homme*, CDDH(2020)14, 9 décembre 2020, p. 12.

⁷ Amnesty International, *Parole muselée et mésinformation. La liberté d'expression menacée pendant la pandémie de Covid-19*, 2021, pp. 15 ss.

⁸ Collectif, *L'État n'est pas l'arbitre de l'information*, in *Le Monde*, 3 mai 2020.

⁹ *Le gouvernement supprime sa page controversée 'désinfox coronavirus'*, in *Le Monde*, 5 mai 2020.

¹⁰ Comité directeur pour les droits de l'homme, *op. cit.*, p. 12.

jamais été adoptée en France pendant l'état d'urgence sanitaire. Mais il est possible que, plutôt qu'adopter de nouvelles restrictions, un État fasse preuve d'un "recours abusif à des mesures de répression déjà existantes"¹¹. Amnesty International donne notamment l'exemple de l'infraction de diffamation dans le droit pénal thaïlandais, qui a permis de réprimer les personnes qui avaient «porté préjudice à la réputation» des représentants des autorités gouvernementales, ainsi que du crime de «lèse-majesté», utilisé contre des propos relatifs au roi. En Indonésie, de nombreuses personnes ont été poursuivies pour outrage au président et à son gouvernement pendant la pandémie¹².

Dans ce contexte, le présent chapitre examine la réponse juridique apportée en France aux critiques parfois très véhémentes qui ont pu être formulées contre le président de la République dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire. Il se concentrera sur une affaire emblématique, dans laquelle Emmanuel Macron était assimilé à Hitler et à Pétain en raison de la mise en place d'une obligation vaccinale.

1. *L'affaire Michel-Ange Flori*

Michel-Ange Flori, militant proche des Gilets jaunes, possède un certain nombre de panneaux aux environs de Toulon dans le sud de la France, sur lesquels il commente l'actualité politique de manière satirique à travers des affiches de grand format. Deux affiches installées pendant l'été 2021 lui valurent des poursuites. Sur la première, Emmanuel Macron était reconnaissable en uniforme marron, avec une petite moustache et la raie sur le côté caractéristiques de Hitler. Il portait un brassard sur lequel, à la place de la croix gammée et dans une typographie qui l'évoquait, figurait l'inscription LREM, sigle du parti politique du président. À droite de la photographie, le même logo était reproduit en plus gros, accompagné de l'inscription en grandes lettres: «OBÉIS FAIS TOI VACCINER». La seconde affiche représentait à gauche Philippe Pétain coiffé de son képi à feuilles de chêne et à droite Emmanuel Macron avec la même veste et le même couvre-chef. À l'arrière-plan figurait un gigantesque «QR code», qui évoquait immédiatement, à l'époque, le «pass sanitaire» qui permettait d'attester de la vaccination obligatoire pour accéder à un certain nombre de lieux. Au sommet était inscrite une phrase: «Il n'y a qu'un pass à franchir». Deux inscriptions plus discrètes étaient également visibles sur les

¹¹ Amnesty International, *op. cit.*, p. 9.

¹² *Ibid.*, p. 11.

deux affiches: «affichage satirique et parodique» en bas à gauche, et «Flori» en bas à droite.

Le président de la République porta plainte pour injure publique, et le responsable fut reconnu coupable et condamné à 10 000 Euros d'amende en première instance, peine réduite à 5 000 Euros en appel. La Cour de cassation, néanmoins, vit dans cette condamnation une restriction injustifiée de la liberté d'expression et l'annula¹³. D'une part, les affiches litigieuses étaient peut-être outrageantes, mais s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général sur l'obligation vaccinale dans le contexte de la pandémie de Covid. D'autre part, la Cour insista sur le «mode satirique» de l'expression. Le signal lancé par cet arrêt est donc des plus clairs: la libre discussion des mesures adoptées par le gouvernement pour faire face à la pandémie doit prévaloir, même lorsque la critique est formulée de manière extrêmement véhémement voire outrancière. Pour analyser cette solution, il convient d'abord de dire un mot du fondement des poursuites.

2. *L'injure du président de la République*

Michel-Ange Flori a été poursuivi sur le fondement de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881. L'article 29 de cette même loi définit l'injure comme «toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait». Lorsqu'elle est commise contre un particulier, l'injure est punie d'une amende d'un montant maximum de 12 000 Euros. Lorsqu'elle vise certaines personnes, et en particulier le président de la République, un ministre ou un parlementaire, l'injure est passible de la même peine, qui peut simplement être assortie d'une peine de travail d'intérêt général.

Cet état du droit est assez récent: jusqu'à peu, une disposition spécifique, l'article 26 de la loi de 1881, réprimait l'offense au président de la République. Très utilisée par de Gaulle dans le contexte de la guerre d'Algérie, beaucoup moins par Pompidou et jamais par Giscard d'Estaing, Chirac et Mitterrand, le délit d'offense au chef de l'État connut une brève résurrection sous le mandat de Nicolas Sarkozy¹⁴. En 2008, Hervé Eon fut condamné sur ce fondement. Adressant au chef de l'État des mots qu'il avait lui-même employés quelques mois plus tôt, Monsieur Eon

¹³ Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 2022, n° 22-82.189, *Michel-Ange Flori*, in *Légipresse*, 2023, p. 14.

¹⁴ Sur l'histoire de ce délit, voir O. BEAUD, *La République injuriée. Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République*, Presses universitaires de France, Paris, 2019.

avait brandi une pancarte sur laquelle était écrit «Casse-toi pov'con». En dépit de la peine très légère (30 Euros d'amende avec sursis), la Cour européenne des droits de l'homme jugea que la condamnation de cette critique d'un dirigeant politique «sur le mode de l'impertinence satirique» était disproportionnée et violait la liberté d'expression¹⁵. Quelques années plus tôt, la même Cour avait déjà jugé que le délit d'offense envers un chef d'État étranger était incompatible avec la liberté d'expression, en ce qu'il soustrayait monarques et présidents étrangers à toute critique, quelle que soit son intérêt¹⁶. Suite à cet arrêt, le parlement français intervint pour supprimer le délit. Il fit de même après l'arrêt *Eon*, même si la Cour s'était abstenue de critiquer la loi dans son ensemble, pour se concentrer sur son application concrète au requérant¹⁷. Par la loi du 5 août 2013, le parlement abrogea le délit d'offense au président de la République, et mentionna à la place cette autorité aux côtés des ministres et des députés à l'égard desquels la diffamation et l'injure peuvent faire l'objet d'une peine de travail d'intérêt général. Mais faut-il conclure de l'arrêt *Eon* que la critique des gouvernants ne supporte aucune limite, même en période d'état d'urgence?

3. Gouverner, c'est subir

«Gouverner, c'est choisir», disait Pierre Mendès-France, qui fut un courageux président du conseil sous la IV^e République. Gouverner, c'est aussi subir la critique, y compris la plus outrageante. Du moins est-ce la solution que semble indiquer la Cour européenne des droits de l'homme. La libre discussion des affaires publiques nécessite non seulement que l'on puisse critiquer les gouvernants, mais même que l'on puisse les insulter. Un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme, *Kılıçdaroğlu c. Turquie*, illustre ce point à merveille¹⁸. L'affaire portait sur un virulent discours prononcé par un député contre le Premier ministre de l'époque, un certain Recep Tayyip Erdoğan. Le parlementaire accusait le chef du gouvernement de «créer la zizanie», de «provoquer la haine», de «faire du séparatisme», de ne «pas être une personne pieuse» mais «un marchand de religion», de ne pas avoir «une seule once de morale» en lui. Selon la cour constitutionnelle turque, approuvée par la juge élue à la Cour européenne des droits de l'homme au titre de la Turquie, le

¹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Eon c. France*, 14 mars 2013.

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Colombani c. France*, 25 juin 2002, § 68.

¹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Eon c. France*, 14 mars 2013, § 55.

¹⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Kılıçdaroğlu c. Turquie*, 27 octobre 2020.

langage utilisé était «grossier, rabaissant, humiliant et méprisant»¹⁹. Son auteur fut condamné à verser au Premier ministre une somme d'argent en réparation du préjudice qu'il lui avait infligé.

La Cour européenne des droits de l'homme identifia une violation de la liberté d'expression. Les propos litigieux s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général, ils relevaient de la critique politique, et bénéficiaient donc d'une protection renforcée, c'est-à-dire qu'il était assez difficile de justifier leur condamnation, d'y voir une mesure «nécessaire dans une société démocratique». Par ailleurs, la Cour souligna que la vulgarité était un mode admissible d'exercice de la liberté d'expression: «le caractère grossier d'une expression n'est pas en soi décisif», et le choix de tels mots pour «capter l'attention du public ne saurait en soi poser un problème au regard de la jurisprudence de la Cour». Bref, «le style fait partie de la communication en tant que forme d'expression et est, en tant que tel, protégé en même temps que le contenu de l'expression»²⁰. Comme l'avait jugé la Cour Suprême des États-Unis à propos du mot «*Fuck*», on ne saurait interdire certains mots sans courir le risque de supprimer certaines idées du même coup²¹. L'utilisation d'un langage grossier ne suffit donc pas à justifier une restriction de la liberté d'expression, et encore moins lorsqu'il s'agit de remarques politiques. La critique des gouvernants est protégée, et elle peut même prendre la forme de l'insulte.

Mais jusqu'à quel point peut-on aller? Les gouvernants doivent-ils tout supporter? Les effets délétères de la protection des critiques les plus véhémentes ont parfois été soulignés. Quelques juges de la Cour Suprême des États-Unis ont ainsi entrepris récemment de remettre en cause une décision essentielle à propos de la critique des gouvernants. En 1964, dans l'arrêt *New York Times v. Sullivan*, la Cour avait jugé qu'un dirigeant public ne pouvait obtenir de réparation en cas de diffamation qu'à la condition de démontrer que la déclaration disputée était fausse, et que le diffamateur savait qu'elle l'était, ou du moins s'était exprimé avec un complet désintérêt quant à l'exactitude de ses propos²². La position défendue par la Cour consistait à protéger certaines faussetés, en dépit de leur absence de valeur pour le débat démocratique, afin de garantir un «espace de res-

¹⁹ *Ibid.*, § 55; *ibid.*, opinion en partie concordante et en partie dissidente de la juge Yüksel, § 6.

²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Kılıçdaroğlu c. Turquie*, § 62.

²¹ Cour Suprême des États-Unis, *Cohen v. California*, 402 U.S. 15 (1971), p. 26: «Finally, and in the same vein, we cannot indulge the facile assumption that one can forbid particular words without also running a substantial risk of suppressing ideas in the process».

²² Cour Suprême des États-Unis, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), pp. 179 s.

piration» autour des expressions qui en valent la peine. En ne menaçant pas de condamnation toute critique inexacte, on limite l'effet dissuasif (*chilling effect*), le risque d'autocensure.

Depuis quelques années, le juge Clarence Thomas remet en cause cet arrêt fondateur de la conception américaine de la liberté d'expression, qui ne permet pas, selon lui, de réprimer suffisamment les mensonges, les fausses nouvelles, la désinformation. Il insiste notamment sur ses conséquences dommageables: «la prolifération de faussetés est, et a toujours été, une question importante»²³. Dans le même sens, le juge Neil Gorsuch, nommé à la Cour par Donald Trump, souligne que la transformation du paysage médiatique, le rôle désormais incontournable des réseaux sociaux, justifient de revenir sur le droit de la diffamation afin de lutter contre la désinformation²⁴.

Plusieurs années auparavant, l'appel à une plus grande sévérité envers la diffamation des dirigeants avaient été souvent formulé à la Cour européenne des droits de l'homme par l'influent juge chypriote Loukis Loucaides. Un extrait de son opinion séparée jointe à l'affaire *Lindon*, qui portait sur des propos jugés diffamatoires envers Jean-Marie Le Pen, peut être cité:

Je saisis l'occasion pour mettre en exergue certains *effets négatifs produits par la surprotection du droit à la liberté d'expression au détriment du droit à la protection de la réputation*. Le principal argument militant en faveur de la protection de la liberté d'expression, y compris dans le cas de déclarations diffamatoires, est l'encouragement de la libre discussion des questions publiques. Mais l'argument opposé est tout aussi puissant: la suppression des déclarations diffamatoires, outre qu'elle protège la dignité des individus, décourage les déclarations mensongères et améliore la *qualité d'ensemble du débat public*, en produisant un effet dissuasif sur le journalisme irresponsable. De surcroît, les débats nécessaires risquent de ne pas avoir lieu si les participants potentiels savent qu'ils ne disposeront d'aucun recours en cas d'accusations diffamatoires portées contre eux. La prohibition des propos diffamatoires met également obstacle à la *désinformation* par les mass médias et protège de manière effective le droit du public à une information digne de foi²⁵.

²³ Cour Suprême des États-Unis, *Shkelzen Berisha v. Guy Lawson*, 594 U.S. (2021), cert. denied, Thomas diss., p. 3.

²⁴ *Ibid.*, Gorsuch diss.

²⁵ Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre), *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 octobre 2007, opinion concordante du juge Loucaides (non souligné dans l'original).

Mais le juge allait plus loin et soulevait un argument de taille. Si les dirigeants publics sont laissés sans protection face aux mensonges les plus éhontés, plus personne ne voudra remplir de telles fonctions, pourtant essentielles dans une démocratie: «les accusations fausses portées contre des agents publics ou des candidats à des postes publics peuvent avoir pour effet de *dissuader des personnes compétentes de briguer un poste* dans l'administration publique, nuisant ainsi au processus politique plutôt que de le favoriser»²⁶. Au-delà du cas des contre-vérités, on peut considérer qu'il en va de même des insultes. On peut sans doute exiger des dirigeants qu'ils supportent davantage que les simples particuliers, mais l'absence de toute protection face aux discours les plus orduriers est-elle tenable? Ce souci s'est traduit par l'énoncé de certaines limites à la critique des gouvernants.

4. *Quand l'injure dépasse les bornes*

Un cas récemment remarqué fut celui de la femme politique allemande Renate Künast, qui avait fait l'objet sur Internet d'une avalanche d'insultes extrêmement virulentes (*Sondermüll, Stück Scheisse, Drecks Fotze...*). Ses recours devant les tribunaux furent d'abord dénués de succès. Pour les juges, une politicienne devait supporter que soient formulés à son encontre des propos qui auraient été inadmissibles contre un particulier. Les commentaires litigieux, ou en tous cas une bonne partie d'entre eux, formaient une critique sur une question d'intérêt général, et devaient être supportés par l'ancienne ministre. La Cour constitutionnelle fédérale s'est opposée à cette appréciation. Si les personnalités politiques doivent effectivement accepter d'essuyer des critiques plus lourdes que le commun des mortels, il existe des limites. Certaines injures vont trop loin, et il faut parfois faire prévaloir la protection de la «personnalité» sur celle de l'expression. Les tribunaux ne sauraient renoncer à effectuer cette balance, à confronter les intérêts en présence²⁷.

Cette confrontation s'oriente de la manière suivante: plus il s'agit de contribuer à un débat d'intérêt général, plus la liberté d'expression sera susceptible de l'emporter. Plus il s'agit de s'en prendre à un individu, plus le droit général de la personnalité tendra à prévaloir²⁸. Un indice pertinent consiste à déterminer si le propos vise l'action publique de la personne ou bien son intimité. La Cour constitutionnelle allemande sou-

²⁶ *Ibid.* (non souligné dans l'original).

²⁷ Cour constitutionnelle allemande, 19 décembre 2021, 1 BvR 1073/20.

²⁸ *Ibid.*, § 31.

ligne à quel point la possibilité de critiquer librement le gouvernement est essentielle. Mais elle ne couvre pas tout. Les représentants politiques ne perdent pas toute protection, et le droit général de la personnalité peut l'emporter, même face à des propos qui ne sont pas dénués de lien avec les questions d'intérêt général. Dans le cas contraire, ajoute la Cour, faisant écho au juge Loucaides, plus personne ne voudra s'engager en politique. La Cour annule donc le jugement qui se contentait d'affirmer qu'un politique devait accepter de se soumettre à de vives critiques.

Il est intéressant de signaler que la Cour constitutionnelle allemande, très attentive aux notions d'honneur personnel et de dignité humaine, s'est par ailleurs efforcée de définir plusieurs catégories pour lesquelles la liberté d'expression devait céder le pas. Une restriction est en particulier justifiée lorsque le propos ne traite pas du fond d'une question mais se contente d'exprimer un fort mépris envers une personne («*Schmähkritik*»), ou encore lorsque sont employés de manière préméditée des mots particulièrement injurieux («*Formalbeleidigung*»). Il en va de même lorsque le propos est tel qu'il porte atteinte à la dignité humaine, qu'il refuse à la personne visée la qualité d'être humain²⁹. Ces catégories ne perdent pas leur pertinence lorsqu'un dirigeant public est visé³⁰.

Un raisonnement similaire a pu être tenu par la Cour de cassation française à propos d'un dessin qui représentait un «étron fumant» accompagné du slogan «Le Pen, la candidate qui vous ressemble». En 2016, la Cour a annulé la relaxe prononcée par une cour d'appel qui s'était appuyée sur le caractère humoristique de cette image publiée par l'hebdomadaire *Charlie Hebdo* et diffusée dans une émission de télévision, et avait souligné que «l'humour doit être largement toléré lorsqu'il vise, comme en l'espèce, une personnalité politique». Pour la Cour de cassation, ce raisonnement n'était pas convaincant, dès lors que «le dessin et la phrase poursuivis, qui portaient atteinte à la dignité de la partie civile en l'associant à un excrément, fût-ce en la visant en sa qualité de personnalité politique lors d'une séquence satirique de l'émission précitée, dépassaient les limites admissibles de la liberté d'expression»³¹. L'atteinte à la dignité semblait donc constituer une limite à ne franchir sous aucun prétexte, y compris dans le cadre d'une critique politique.

Cette démarche, qui évoque la jurisprudence allemande, a néanmoins été fermement rejetée, dans la même affaire, par l'assemblée plénière, la

²⁹ Cour constitutionnelle allemande, 2^e section de la 1^{ère} chambre, 19 mai 2020, 1 BvR 2459/19.

³⁰ Cour constitutionnelle allemande, 19 décembre 2021, 1 BvR 1073/20, § 29.

³¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 20 septembre 2016, *Le Pen c. Ruquier*, in *Légipresse*, 2016, p. 667.

formation de jugement la plus solennelle de la Cour de cassation. En se référant à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour souligne que la dignité ne constitue pas un «fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression». Il convient donc, dans tous les cas, de confronter cette liberté à la garantie de la vie privée, qui recouvre le droit à la réputation. Dans ce cadre, la Cour juge que le dessin litigieux n'excédait pas les limites admissibles de la liberté d'expression. Elle approuve ainsi le raisonnement de la cour d'appel, selon laquelle «l'affiche, qui a été publiée dans un journal revendiquant le droit à l'humour et à la satire, comporte une appréciation du positionnement politique de M^{me} Le Pen à l'occasion de l'élection présidentielle et a été montrée par M. Ruquier avec d'autres affiches parodiant chacun des candidats à l'élection présidentielle, dans la séquence d'une émission polémique s'apparentant à une revue de presse, mention étant expressément faite que ces affiches émanent d'un journal satirique et présentent elles-mêmes un caractère polémique»³². Cette décision repose donc sur deux arguments, que l'on retrouve dans l'affaire *Michel-Ange Flori*. Le premier, relatif au caractère «satirique» ou humoristique du propos, paraît accessoire. Le second, qui touche au contenu politique de la critique, correspond à la question essentielle.

5. *L'humour: une clé d'interprétation plutôt qu'un critère de confrontation*

Dans l'affaire *Flori* également, le Cour insiste sur l'aspect «humoristique» des affiches litigieuses: «l'auteur s'est placé sur un mode satirique résultant, pour la première affiche, de la mention 'affichage satirique et parodique' et, pour la seconde, du jeu de mots 'il n'y a qu'un pass à franchir', de sorte que les affiches incriminées n'ont pas dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression». La formulation retenue donne l'impression que le caractère humoristique des propos leur confère une sorte d'immunité.

En réalité, il n'en va pas du tout ainsi. L'humour ne donne aucune carte blanche, et des propos racistes, injurieux, diffamatoires ou autres n'échappent pas du tout aux limites de la liberté d'expression au seul motif qu'ils seraient humoristiques. Simplement, leur absence de sérieux, leur caractère «satirique» ou «parodique» joue un rôle important afin d'établir le message communiqué par l'expression poursuivie. L'application des lois

³² Cour de cassation, assemblée plénière, 25 octobre 2019, *Le Pen c. Ruquier*, in *Légipresse*, 2019, p. 681, note G. Lécuyer.

qui restreignent l'expression nécessite en effet une interprétation des déclarations litigieuses, afin de déterminer si elles communiquent un certain message, ou si elles sont susceptibles de provoquer certaines conséquences. Il n'est pas possible de savoir si l'on est face à une injure, une diffamation ou une provocation à la violence sans interpréter les propos, et le résultat de l'interprétation ne sera pas le même selon que l'expression est sérieuse ou humoristique.

Ainsi, ce n'est pas tout à fait la même chose d'identifier très sérieusement Emmanuel Macron à Hitler ou à Pétain, ou de tracer ce parallèle excessif à des fins d'emphase. De même, le dessin litigieux dans l'affaire *Le Pen* ne déniait pas sérieusement à la femme politique la qualité d'être humain, mais donnait visiblement de ses idées une représentation peu favorable. Il n'était guère utile d'insister aussi lourdement, dans les deux arrêts, sur le caractère «satirique» du propos, et même sur l'explicitation de ce caractère, son énonciation en toutes lettres. Le caractère évidemment excessif et faux de certaines accusations (Macron fait comme Hitler, Le Pen est un excrément) suffit à conduire vers une interprétation non littérale. Le contexte de la publication peut venir renforcer cette conclusion, mais l'indication explicite du mode de lecture n'est en soi ni nécessaire, ni suffisante.

L'aspect «humoristique» du propos est donc un critère essentiel à l'interprétation, étape préalable à la qualification juridique de l'injure, mais aussi à l'examen du caractère justifié ou non de la limitation de la liberté d'expression. Une fois le contenu de l'expression établi, il devient en effet possible d'apprécier sa contribution au débat politique. Là réside en effet le critère déterminant.

6. La contribution injurieuse à un débat d'intérêt général

Une injure pourra être réprimée, y compris lorsqu'elle vise un dirigeant public, si elle est «gratuite», si elle n'a pas d'autre contenu que son aspect injurieux. On a déjà évoqué la notion allemande de *Schmähkritik*, ce propos qui se contente d'invectiver une personne sans aborder la moindre question de fond³³. Dans un sens similaire, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire turque citée plus haut souligne que «lorsqu'une quelconque forme d'expression a pour seul but d'insulter, une réaction appropriée ne constituerait pas, en principe, une violation de l'article 10 § 2 de la Convention»³⁴.

³³ Voir Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 93, 266, 10 octobre 1995, «*Soldaten sind Mörder*», p. 294; et plus récemment par exemple Cour constitutionnelle allemande, 2^e section de la 1^{ère} chambre, 21 mars 2022, 1 BvR 2650/19, § 15.

³⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Kılıçdaroğlu c. Turquie*, 27 octobre 2020, § 62.

C'est parce qu'elle estimait ne pas être en présence de telles injures «gratuites» que la Cour de cassation a tranché en faveur de la liberté d'expression à propos des représentations fort désobligeantes de Marine Le Pen et d'Emmanuel Macron. Dans le premier cas, au milieu d'une insistance trop forte sur le caractère «satirique» du propos, la Cour relève que le dessin poursuivi comportait «une appréciation du positionnement politique de M^{me} Le Pen à l'occasion de l'élection présidentielle». Représenter la présidente du Front National sous la forme d'un excrément, c'était critiquer de manière très vive les idées qu'elle propage. Dans l'affaire *Flori*, la Cour est plus claire: «les photomontages en cause, pour outrageants qu'ils fussent vis-à-vis de l'actuel Président de la République, se sont inscrits dans le débat d'intérêt général et la polémique qui s'est développée au sujet du passe vaccinal contre le virus du Covid»³⁵. L'expression poursuivie était bien injurieuse. Mais elle ne pouvait faire l'objet d'une condamnation, dès lors qu'elle contenait également une critique politique, elle s'inscrivait dans un débat d'intérêt général, et même pourrait-on dire dans le principal débat d'intérêt dans le contexte de l'épidémie et de l'obligation vaccinale.

7. Gratuité de l'excès

L'injure «gratuite» n'est pas forcément dénuée de tout contenu, elle peut très bien compliquer un point de vue sur un sujet d'intérêt général. Simplement, son degré de virulence peut être tel qu'il n'apporte plus rien à la discussion. Si une forme très vive et même grossière peut être choisie pour donner du poids au propos, une disproportion manifeste peut apparaître entre la force de l'injure et la teneur de sa contribution au débat.

Le meilleur exemple d'une telle disproportion s'attache aux injures racistes³⁶. Si elles peuvent accompagner une critique de fond, elles en sont toujours détachables, elles ne peuvent jamais être justifiées par la discussion des sujets d'intérêt général. La Cour européenne des droits de l'homme oppose ainsi les propos d'intérêt général aux discours de haine: «les propos se rapportant à des questions d'intérêt public appellent une forte protection, au contraire de ceux défendant ou justifiant la violence, la haine, la xénophobie ou toute autre forme d'intolérance, qui ne sont normalement pas protégés»³⁷.

³⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 2022, n° 22-82.189, *Michel-Ange Flori*, § 12.

³⁶ Voir par exemple GWÉNAËLE CALVÈS, *Envoyer les racistes en prison? Le procès des insulteurs de Christiane Taubira*, LGDJ, Paris, 2015.

³⁷ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme (déc.), *Bonnet c. France*,

Certes, on pourrait défendre l'idée que l'injure raciste prend parfois position sur des questions qui pourraient être qualifiées d'intérêt général. Lorsqu'on prétend qu'une communauté domine la société française ou qu'une autre lui livre la guerre, on aborde sans doute une question: «susceptible d'intéresser le public, d'éveiller son attention ou de le préoccuper sensiblement», pour citer la définition que la Cour donne des questions d'intérêt général³⁸. Aux États-Unis, ce type de remarque est perçu de cette manière, et jouit dès lors d'une importante protection³⁹. Dans la conception européenne, cependant, les discours de haine ne sont pas tolérés: «en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, encouragent, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse)»⁴⁰. Aussi, l'idée qu'il y a trop de «juifs» ou d'«homosexuels» au gouvernement, l'affirmation que tel ministre se comporte comme il le fait parce qu'il est «arabe» ou «musulman» ne sera jamais perçu comme une contribution à un débat politique. Le discours de haine est toujours «gratuit», il n'est jamais une manière acceptable de communiquer une idée, il ne constitue pas une forme de discussion admissible.

Il n'en va pas de même, pour revenir à l'affaire qui nous intéresse, de la comparaison entre le chef de l'État et ceux de l'Allemagne nazie ou de la France de Vichy. Traiter un individu de nazi n'est pas une forme de discours de haine, pas même dans le cas le plus choquant, celui où ce reproche est adressé à Israël. Le parallèle dressé, à des fins d'emphase, entre la politique du gouvernement israélien et le nazisme peut être jugé déplacé, choquant ou scandaleux. Mais on ne saurait lui associer par principe une injure, une diffamation ou une incitation à la haine contre les juifs⁴¹.

Traiter un individu de Hitler ou de Pétain n'est en principe pas une injure raciste. C'est un propos outrageant, qui peut faire l'objet d'une restriction, mais qui peut aussi s'accompagner d'une critique politique. Selon le contexte, il méritera alors d'être protégée. Tel sera souvent le cas lorsque la personne visée est un dirigeant public et tel était le cas, selon la

25 janvier 2022, § 38; Cour européenne des droits de l'homme, *Zemmour c. France*, 20 décembre 2022, § 49.

³⁸ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, *Zemmour c. France*, 20 décembre 2022, § 58.

³⁹ Voir par exemple Cour Suprême des États-Unis, *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 16 juillet 2009, *Féret c. Belgique*, § 64.

⁴¹ Cour de cassation, 12 juillet 2006, in *Légipresse*, 2006, n° 237, p. 225, note G. Tillement.

Cour de cassation, des affiches litigieuses, dans le contexte très particulier d'une vive controverse sur l'obligation vaccinale.

8. *Conclusion: une liberté d'expression indifférente à la situation d'urgence sanitaire?*

L'étude d'un arrêt particulier ne saurait renseigner sur l'état général de la liberté d'expression en France pendant l'état d'urgence sanitaire. Il faudrait pour ce faire mener une recherche beaucoup plus large, non seulement au sein de la jurisprudence des juridictions du fond, mais aussi des pratiques de régulation des réseaux sociaux. Une vaste enquête sociologique serait même indispensable pour essayer de cerner la réalité et l'ampleur d'un éventuel phénomène d'autocensure dans la discussion et la critique des mesures exceptionnelles adoptées pendant cette crise sanitaire.

Toujours est-il que cet arrêt rendu par la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, à propos d'une critique particulièrement outrancière, permet de formuler une hypothèse. Si l'état d'urgence sanitaire a donné lieu à des restrictions inédites de certaines libertés, et en particulier de la liberté d'aller et venir, il ne s'est pas traduit par une limitation spécifique de la liberté d'expression. Aucune mesure législative *ad hoc* n'a été introduite pour encadrer la discussion sur la pandémie. Au-delà du régime juridique de l'état d'urgence, la situation factuelle d'urgence sanitaire n'a pas été le théâtre d'une application plus stricte des limites de la liberté d'expression. Une pression en ce sens a sans doute pu exister, et des cas ont pu exister, comme en témoignent les condamnations prononcées tant en première instance qu'en appel contre Michel-Ange Flori. Néanmoins, en dépit du contexte, en dépit du caractère peut-être outrancier de certaines critiques politiques, la Cour de cassation n'a pas dévié du chemin tracé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Quando la disinformazione è un problema di Stato: prime riflessioni nella prospettiva del diritto CEDU

di *Sabrina Praduroux*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Internet come banco di prova della libertà di espressione. – 3. Il lato oscuro della libertà di espressione in tempi di emergenza sanitaria: l'infodemia da Covid-19. – 4. La disinformazione di Stato nel prisma dei diritti fondamentali. – 4.1. Il diritto alla verità nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4.2. Libertà di espressione e discorso politico nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4.2.1. Il principio di democrazia come linea rossa del discorso politico. – 4.3. La disinformazione di Stato come forma di arbitraria ingerenza nella libertà di espressione (?) – 5. Qualche conclusione.

1. Introduzione

Il legame indissolubile tra libertà di espressione e democrazia è uno dei *fil rouge* della narrazione contemporanea dei diritti fondamentali.

L'art. 12 della Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, che aprì la stagione delle moderne dichiarazioni dei diritti umani, afferma che: “*The freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments*”; mentre l'art. 11 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 proclama che: “*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme*”.

Il diritto alla libertà di espressione è diventato poi un elemento comune delle odierne dichiarazioni e carte dei diritti, a cominciare dalla Di-

chiarazione universale dei diritti dell'uomo (DUDU) del 10 dicembre 1948, il cui art. 19 sancisce il diritto di ogni individuo "alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e *senza riguardo a frontiere*". In questo riferimento alle frontiere si può chiaramente leggere una risposta alle dittature del '900 che si erano rette sull'imposizione e divulgazione di ideologie e notizie false, preordinate alla creazione di comunità omogenee, in netta contrapposizione con l'ideale di società democratica, costantemente evocata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), fondata sul pluralismo¹.

La formulazione dell'art. 19 DUDU è stata ripresa nell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)², che, come si evince dal Preambolo della stessa, ha la propria matrice nella DUDU³; e infine riproposta nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴.

Dando voce ai testi costituzionali e alle Carte dei diritti fondamentali, le corti hanno, a più riprese, sottolineato l'intima connessione tra libertà di espressione e democrazia. Così, la Corte costituzionale italiana sin dagli anni 1960 ha identificato nella libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 Cost., una "pietra angolare dell'ordine democratico"⁵;

¹ Nella celebre sentenza *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, trattando dello scopo della libertà di espressione, la Corte ha sottolineato che: "it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that *pluralism*, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"'" (§ 49, enfasi aggiunta). Nella giurisprudenza successiva, la Corte EDU, ha ripetutamente affermato che il pluralismo è una delle caratteristiche essenziali delle società democratiche, e che esso implica il genuino riconoscimento e rispetto della diversità, al fine di favorire l'interazione armoniosa tra persone e gruppi con identità diverse, per il pieno raggiungimento della coesione sociale. *Ex multis*, Corte EDU [G.C.], *İzzettin Doğan e altri c. Turchia*, 26 aprile 2016, § 109.

² In particolare, il primo paragrafo dell'art. 10 recita: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive".

³ Nel Preambolo, i Governi firmatari hanno dichiarato espressamente la propria volontà di fare della CEDU uno strumento di "garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale".

⁴ Il testo dell'articolo dispone che: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

⁵ Corte cost. 2 aprile 1969, n. 84, § 5, in *Cons. in diritto*.