

## LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE: NUOVI LIMITI E NUOVI CONTROLLI

di Maria Esmeralda Bucalo

13 NOVEMBRE 2023



È noto che la libertà di espressione - o libertà di manifestazione del pensiero - sia una delle fondamenta sul quale è sorto lo Stato liberale. È nata come *libertà da*, poiché lo Stato non avrebbe potuto in nessun caso e in nessun modo ingerirsi nell'esercizio della stessa da parte dei cittadini (tecnicamente si dice che la libertà di cui ci occupiamo, come le altre libertà affermatesi per la prima volta in epoca rivoluzionaria, sia una *libertà negativa*, perché lo Stato *non* può in alcun modo intervenire).

La Costituzione italiana affronta e disciplina tale libertà apparente solo in questo senso, disponendo al primo comma dell'articolo 21 che:

*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto ed ogni altro mezzo di diffusione.*

La conformazione esclusivamente *individualista* della libertà di manifestazione del pensiero si manifestò ben presto insufficiente a indagarne tutte le molteplici sfaccettature.

A contribuire a tale insufficienza lo sviluppo della tecnologia e, in particolare, prima l'invenzione della stampa (alla cui disciplina la Costituzione, memore delle limitazioni del passato regime fascista, dedica tutti i restanti commi dell'art. 21), poi la diffusione dei mezzi di comunicazione, i quali, divenuti *di massa*, consentirono l'accesso alla cultura a gruppi sempre più ampi di persone, rivelandosi capaci di influenzare profondamente le opinioni di una quantità non determinabile di persone. L'evoluzione della tecnica fece palesare la necessità dell'intervento dello Stato che regolasse il settore, anche limitandolo e assumendo il ruolo di monopolista di un servizio (in specie quello televisivo, caratterizzato da scarsità dei mezzi – cioè pochissime frequenze – e necessità di grandi risorse finanziarie e investimenti per gestirli), in modo da renderlo fruibile a tutti i consociati.

La libertà di espressione manifestava così la sua natura anche *funzionale* alla realizzazione del principio democratico. Primo esponente di questa tesi fu C. Esposito, il quale sosteneva che essa fosse «garanzia sociale» di partecipazione, mezzo di arricchimento della società, grazie all'apporto del singolo e all'integrazione culturale che ne deriva. Poiché, infatti, è attraverso la libera diffusione del pensiero che si formano le opinioni dei cittadini – che in tal modo possono consapevolmente partecipare al dibattito politico – era necessario introdurre in via legislativa regole volte a garantire al maggior numero di soggetti il diritto di informarsi, accedendo ai mezzi di comunicazione di massa, che avrebbero a loro volta dovuto garantire il *pluralismo* delle fonti informative (cd. *pluralismo interno*), ma anche il diritto di informare attraverso la possibilità che potessero agire nel settore delle comunicazioni altri operatori, non più monopolio statale (cd. *pluralismo esterno*).

### **Tra identità fisica e identità digitale**

L'uso della tecnologia nel settore della comunicazione e in quello dell'informazione (cioè nell'esercizio della libera manifestazione del pensiero) è quindi un fenomeno ricorrente nella storia moderna e si è verificato anche con l'avvento di Internet, convincendo alcuni studiosi della necessità di una revisione dell'art. 21 (o l'introduzione in Costituzione di un art. 21 *bis*) che ne desse conto, costituzionalizzando peraltro anche il diritto di accesso alla rete (si vedano la proposta di legge AS n. 2485 nella XVI legislatura e la Dichiarazione dei diritti di Internet).

Tale necessità – oggi rigettata dalla dottrina maggioritaria che fa leva su *ogni mezzo*, presente al primo comma dell'art. 21 – era percepita a causa della ibridazione che la rete aveva comportato dei servizi di informazione e di comunicazione personale, rendendo labile e poco marcata la distinzione fra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di comunicazione. Non si tratta, si badi bene, di vani discorsi da giurisperiti e professori universitari, poiché il tema non è tanto quello della applicabilità dell'art. 21 Cost. a tutti i mezzi di diffusione del pensiero, ivi compreso Internet, quanto piuttosto quello della applicabilità degli strumenti di tutela previsti in Costituzione (*in primis* il divieto di censura) originariamente pensati per la stampa, che però non è di certo equiparabile alla rete.

Internet ha infatti cambiato radicalmente il modo di esprimere e scambiare opinioni. Se nell'era analogica ciò dipendeva essenzialmente da pochi soggetti economicamente capaci di sostenere i grandi costi dell'industria dell'informazione dovuti al carattere finito delle risorse, nell'odierna era digitale, invece, grazie al bassissimo costo della connessione bastano uno smartphone, un tablet,

un computer o anche una televisione per comunicare, per essere informati e per produrre informazione; basta un click per divenire *opinion maker* o *influencer*, oppure è sufficiente aprire un sito, un blog o, ancora più facilmente, un account in un social network o partecipare a una chat su una piattaforma di messaggistica istantanea.

L'idea che questo nuovo modo di manifestare il proprio pensiero fosse la nuova "agorà ateniese" nella quale ricreare le condizioni della democrazia diretta (o, per dirla nel linguaggio statunitense, il *new free marketplace of ideas*) ebbe però vita breve. Fu infatti subito chiaro che accanto alla identità fisica di ciascuno se ne fosse costituita anche una digitale, data dalla combinazione dei dati raccolti e processati dai device costantemente connessi; mentre la comunicazione interpersonale si svolge grazie a *nuovi strumenti* e le informazioni si scambiano, e le opinioni si manifestano, presso *nuove strutture aggreganti* del tutto diverse da quelle conosciute in passato.

### **Rete a maglie strette**

Se così è, allora l'era digitale porta con sé una ambiguità che gli strumenti giuridici tradizionali faticano invero a risolvere e che può essere spiegata rileggendo l'opera di Van de Donk, Snellen e Tops, *Orwell in Athens* (Oxford, 1995), nella quale già dal titolo veniva analizzata la tensione lacerante alla quale la tecnologia aveva sottoposto la democrazia: da un lato la speranza, l'idea che l'avanzamento della tecnica avesse finalmente creato la "democrazia a portata di tutti" (il mito di Atene); dall'altro però la consapevolezza che attraverso la tecnologia si realizza un meccanismo orwelliano, grazie al quale il potere (politico o privato) riesce a controllare in modo capillare i singoli.

I mutamenti dell'assetto dell'informazione sono però dovuti anche a un altro fattore, che viene in rilievo se solo si tiene conto del fatto che la grande massa di dati prodotta (*big data*) non fornisce di per sé alcuna informazione, né essi sono beni che producono valore o ricchezza ma devono essere trattati, lavorati e aggregati. A tal fine assumono una importanza fondamentale, anche sotto il profilo giuridico, le modalità e i procedimenti attraverso i quali tali aggregazioni ed elaborazioni si svolgono, nonché la trasparenza e la intelligibilità degli algoritmi che determinano l'associazione a quel complesso di dati di quelle (e di quelle soltanto) informazioni.

In questo ambito un ruolo fondamentale viene svolto da quei soggetti che sono in grado di adempiere a queste funzioni e dunque di facilitare il collegamento fra chi vuole fornire le informazioni o, in modo più generale, esprimere il proprio pensiero, e chi vuole riceverle. Si tratta dei motori di ricerca e dei social media, che svolgono il ruolo di *Gatekeepers* (letteralmente 'portieri, guardiani') del cyberspazio e che regolano il flusso dei dati per mezzo del loro algoritmo, mettendo così ordine nel caos delle informazioni.

In questo la parte dei protagonisti è svolta evidentemente dai social network, che consentono agli utenti di far circolare le loro idee e le loro opinioni a livello globale, rendendoli così anche produttori di informazioni. Sono un numero molto ristretto di compagnie (*tech companies*) che hanno «il controllo delle porte di accesso alle informazioni presenti in rete» (cosiddette *Over the Top Companies*), che hanno accumulato un enorme potere economico e che sono in grado di influenzare l'orientamento degli utenti attraverso la aggregazione, l'indicizzazione e la profilazione dei dati (cd. procedimenti di *data mining*).

Per descrivere l'attività di queste società, i *nuovi signori della rete*, è utile leggere *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, di Z. Bauman e D. Lyon, i quali evidenziano come la rete sia animata da due forze fra loro opposte: da un lato quella centrifuga determinata dal massimo decentramento delle informazioni e dei contenuti oggi prodotti da chiunque navighi nel cyberspazio; dall'altro quella centripeta data dall'accentramento e dalla concentrazione dei dati nelle mani di pochissimi soggetti, i quali rendono disponibili e utilizzabili i contenuti. Ciò conferisce al mercato dell'informazione e alla libertà di manifestazione del pensiero un assetto oligopolistico del tutto in contrasto col principio del pluralismo informativo, elemento fondamentale di tutte le democrazie.

### ***Gatekeepers*, portieri del cyberspazio**

L'attività solo appena accennata dei *Gatekeepers* pone in luce la loro attività di filtraggio delle informazioni e delle opinioni, che avviene peraltro in due momenti diversi: potremmo dire *a monte* e *a valle* della pubblicazione del contenuto (cioè della manifestazione del pensiero). Quanto al filtro *a monte*, nella raccolta dei dati, i social media operano una attività di profilazione degli stessi, attraverso operazioni algoritmiche che comportano la loro capacità di fatto di "predire" in futuro i comportamenti individuali e collettivi degli utenti di influenzare e determinare le decisioni di ognuno attraverso azioni di *nudging* (cioè attraverso leggere spinte, non percepibili, ma comunque efficaci).

Questo funzionamento del web ha degli indubitabili vantaggi dal punto di vista del consumatore, quanto a velocità dei risultati e degli acquisti, e quanto a soddisfazione nella interazione con gli altri, ma anche un risvolto negativo della medaglia: poiché questi meccanismi non sono chiari e facilmente intellegibili, la rete risulta essere una realtà *opaca*, una *black box society*. A ciò si aggiunga che, nella profilazione dei dati, i *Gatekeepers* operano anche una personalizzazione delle informazioni raccolte, poiché, nel fare qualsiasi ricerca sulle piattaforme, esse vengono rese disponibili secondo un *ranking* con le quali compaiono sulla pagina dei risultati, stabilito dalla stessa piattaforma di ricerca per quell'utente, sulla base dei dati che costui ha lasciato in rete come *indizi* della sua personalità.

Ciò accade anche nei social network e pericolosamente incide sull'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, poiché l'utente visualizza nel *News Feed* solo e soltanto quelle informazioni e quei contenuti ordinati secondo i medesimi procedimenti algoritmici. Se, infatti, le notizie sono profilate in modo da *predire* la personalità dell'utente, allora quest'ultimo visualizzerà sempre e solo quelle informazioni conformi al suo pensiero e si convincerà che nella realtà esistono soltanto persone che esprimono le sue stesse idee. La possibilità di accedere a fonti di informazione o pareri che discordino da queste convinzioni sarà evidentemente molto limitata, come di conseguenza lo sarà anche la formazione di un'opinione genuinamente consapevole.

Si può descrivere efficacemente questa situazione usando l'immagine della *filter bubble* (o della *echo chamber*) in cui ciascuno è rinchiuso senza collegamenti con la realtà circostante e che però tradisce la missione più importante della libertà di espressione, cioè la tolleranza reciproca fra opinioni differenti, e incide sul *government by discussion*, fondamento del principio democratico.

Potremmo allora dire che quella che oggi viviamo nella società della informazione è una *bubble democracy*, nella quale il principio democratico vive una crisi profonda dovuta alla creazione di comunità chiuse e fra loro non comunicanti. La libertà di manifestazione del pensiero risulta però incisa anche da una seconda attività di filtraggio operata in specie dai social network, i quali in aggiunta alla profilazione dei dati, impongono alla community le loro regole (cd. *standard della community*), moderando sulla base di queste i contenuti che gli utenti vogliono pubblicare (dove per moderazione dei contenuti si intende il meccanismo di governance che struttura la partecipazione dei singoli in una community per facilitare la cooperazione e prevenire gli abusi fino all'imposizione di sanzioni (ad esempio, la sospensione o cancellazione del profilo, a carico di chi abbia postato contenuti ritenuti lesivi, cd. *hard moderation*). Si tratta evidentemente di regole di natura (solo originariamente) privatistica, che consentono alle piattaforme di esercitare poteri (adesso) di natura pubblicistica (o parapubblicistica), imponendo quella che da alcuni studiosi è stata vista come una nuova forma di censura.

### **La Corte suprema di Facebook**

Utilizzando le parole di L. Lessig, può dirsi che, se i *social network* costituivano in origine l'*architettura*, la struttura entro la quale si esercitava la libertà di manifestazione del pensiero, adesso essi hanno assunto anche la funzione di *architetti*, che controllano la struttura e la ridisegnano moderando o cancellando i contenuti ovvero sospendendo eventualmente anche in via definitiva gli account degli utenti. Tale nuova funzione, unita alla consapevolezza del potere che deriva dalla possibilità di moderare il discorso pubblico, ha contribuito al processo, del tutto nuovo e attualmente in corso, di "istituzionalizzazione delle piattaforme", le quali, dopo essere divenute potenti arbitri della manifestazione del pensiero online e aver stabilito in modo autonomo le regole del dibattito, strappando questo *potere di normazione* alla sovranità degli Stati, si autoconferiscono ulteriori poteri pubblicistici, definibili *paragiurisdizionali*.

Ci si riferisce alla discussa istituzione dell'*Oversight Board* di *Meta*, definita dallo stesso Zuckerberg la «Corte Suprema» di Facebook, che tradisce l'essenza stessa del potere giurisdizionale cui il costituzionalismo ci ha abituato a pensare: certamente non può essere considerato un organo indipendente e neutrale, ma legato finanziariamente e strutturalmente agli stessi social network che lo hanno creato, ma le cui decisioni sulla moderazione dei contenuti intende controllare. Tralasciando in questa sede i dubbi che riguardano il suo atto istitutivo, le modalità di decisione, la sua struttura e composizione, non si può non ricordare che l'ultima parola sui diritti, e dunque sulla libertà di manifestazione del pensiero, e sul loro bilanciamento nel costituzionalismo moderno è in genere affidato ad autorità giurisdizionali. Ciò ci fa dire che la tensione fra dimensione del diritto pubblico e dimensione del diritto privato, che fa da sottofondo a tutte le questioni riguardanti il diritto di manifestazione del pensiero attraverso le piattaforme social, nasconde l'esercizio di poteri pubblicistici. Quelli dei quali le *Internet Platforms* sono riuscite ad appropriarsi, sottraendoli alla dimensione della sovranità degli Stati, al loro potere politico e alle Costituzioni, avviando la loro "autocostituzionalizzazione", la quale mette in luce l'immobilità degli attori istituzionali.

## Se l'UE inizia a reagire

Il dato che emerge dunque da queste poche righe è che, a fronte del sopravanzare del potere delle piattaforme social in tema di libertà di espressione, nessun controllo e nessun limite è posto (e imposto) dallo Stato o comunque dai soggetti di diritto pubblico, cui normalmente è conferito il potere legittimo di imporre (anche coercitivamente) le regole del vivere comune. Eppure, il modello europeo di tutela di questa libertà è da sempre volto al bilanciamento di questa con gli altri diritti con i quali può entrare in conflitto (modello invero molto diverso da quello espresso dall'ordinamento statunitense che, in forza del Primo emendamento, ha sempre ritenuto prevalente la libera manifestazione del pensiero rispetto a tutte le altre libertà). Vieppiù, in un'epoca in cui le opinioni si esprimono per lo più attraverso la rete e i social, al problema del bilanciamento fra i diritti si somma anche la necessità che esso sia nuovamente espresso da soggetti di natura eminentemente pubblica.

Quali sono allora gli argini reperiti in Europa all'accrescersi a dismisura dei poteri dei *signori della rete*? In prima battuta si tratta di argini di natura giurisprudenziale sia a livello dell'Unione Europea, sia a livello convenzionale. Le due Corti (la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) si dedicano da molto tempo al bilanciamento fra libertà di espressione e le altre libertà, sebbene con formule molte diverse.

Infatti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha da sempre potuto muoversi e giudicare in modo più libero, poiché, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, l'art. 10 si occupa specificamente della libertà in questione. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE ha invece sofferto dell'origine mercantilistica dell'Unione e ha scelto di non occuparsi direttamente della libertà di manifestazione del pensiero, ma ha approntato per essa una tutela *indiretta* attraverso l'individuazione di altri diritti (la privacy o i diritti d'autore), la cui tutela generava di conseguenza anche quella della libertà di opinione. Solo di recente (specificamente dal caso *Tu. e Re. c. Google* del 2023), grazie anche alla positivizzazione nell'art. 11 della *Carta di Nizza*, la Corte di Lussemburgo ha cominciato a menzionare espressamente questo diritto e la necessità che esso venga tutelato.

In seconda battuta, e sempre nell'anno in corso, l'Unione Europea ha deciso di dotarsi di una disciplina in tema che limita fortemente l'appropriarsi da parte delle piattaforme di poteri che invece sono propri degli organi di diritto pubblico, in tal modo colmando quell'assenza e quel vuoto normativo che lo avevano permesso. Si tratta di un pacchetto di due regolamenti (il *Digital Service Act* e il *Digital Market Act*, che insieme formano il *Digital Service Package*, entrato definitivamente in vigore nel maggio 2023), cui si somma il progetto ancora in discussione di regolamento sulla intelligenza artificiale. Esso è volto a rafforzare il mercato unico digitale e garantire il rispetto dei diritti e dei valori dell'Unione, enfatizzandone la dimensione costituzionale e universale e imponendo forti limiti all'esercizio del potere delle grandi piattaforme.

I due regolamenti si occupano di materie formalmente distinte, perché il *Digital Market Act* si occupa dei rapporti fra le piattaforme e i fornitori dei servizi, mentre il *Digital Service Act* dei rapporti fra questi ultimi e gli utenti. In realtà essi vanno letti insieme, poiché prevedono ampi e penetranti poteri di vigilanza, controllo e sanzione in capo alla Commissione sulle *Over the Top*

*Companies* (a tal fine identificate preliminarmente come *Gatekeepers*), cui poi si aggiungono anche quelli degli Stati membri. Quanto alla disciplina del primo, può dirsi che, imponendo una maggiore trasparenza nelle condizioni contrattuali praticate dalle piattaforme digitali nei confronti degli operatori commerciali che si trovano a utilizzare gli intermediari online per promuovere i loro prodotti e i loro servizi, esso ha lo scopo di porre limiti alla conformazione oligopolistica del mercato digitale e garantire anche ai consumatori un mercato concorrenziale più vantaggioso.

La disciplina dettata invece dal *Digital Service Act* ruota essenzialmente intorno a tre cardini fondamentali: l'individuazione della responsabilità dei provider, gli obblighi di diligenza e la cooperazione con le autorità.

In particolare, il cambio di prospettiva, che ovviamente riguarda anche i social network e quindi la libertà di espressione online, è determinato dagli art. 3, 4 e 5 del DSA, che impongono la regola generale che il provider sia responsabile per i contenuti pubblicati, dovendo provare di volta in volta la sua irresponsabilità. Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana, rispetto al regime precedente, nel quale invece vigeva al contrario la presunzione di neutralità dell'intermediario. Basterà tutto questo a porre un freno al potere delle piattaforme social? I tempi sono ancora poco maturi per dirlo, ma, volendo guardare al bicchiere mezzo pieno, è possibile dire che un primo dato positivo c'è: in tema di libertà di manifestazione del pensiero l'Unione Europea reagisce e si riappropria della sua sovranità normativa.

### **Bibliografia e sitografia**

Marco Bassini, [\*Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali\*](#), Aracne, Ariccia (Roma) 2019

Zygmunt Bauman e David Lyon, [\*Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida\*](#), Laterza, Roma-Bari 2014

Marco Betzu, [\*I baroni del digitale\*](#), Editoriale Scientifica, Napoli 2022

Maria Esmeralda Bucalo, [\*I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione\*](#), Giappichelli, Torino 2023

Ginevra Cerrina Feroni, [\*L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti fra procedure private e norme pubbliche\*](#), in [\*Garanteprivacy.it\*](#), 16/02/2021, GPDP, Roma 2021

Veziò Crisafulli, [\*Problematica della libertà di informazione\*](#), pp. 285-305, *Il Politico*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli (Catanzaro) 1964

Carlo Esposito, [\*La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano\*](#), in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1957-1958, pp. 49 - 103, Roma 1958 (poi sulla stessa rivista - nuova serie, 2-2011, Jovene editore, Roma 2011)

Lawrence Lessig, [\*Code: version 2.0\*](#), Basic Books, New York 2006

Costantino Mortati, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Cronache sociali*, 14/15, Edizioni Servire, Roma 1947

Damiano Palano, [\*Bubble Democracy, la fine del pubblico e la nuova polarizzazione\*](#), Morcelliana, Brescia 2020

Eli Pariser, [\*Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think\*](#), Penguin, New York (Usa) 2011

Frank Pasquale, [\*The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information\*](#), Harvard University Press, Harvard (Usa) 2016

Giovanni Pitruzzella, [\*La libertà di informazione nell'era di Internet\*](#), in [\*Medialaws.eu\*](#), *Rivista di diritto dei media*, 1/2018, Milano 2018

Oreste Pollicino, [\*L'autunno caldo della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale\*](#), in [\*Federalismi.it\*](#), 19, Roma 2019

Oreste Pollicino, [\*La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet\*](#), *Rivista di diritto dei media*, 1/2018, Milano 2018

Oreste Pollicino, Giovanni Pitruzzella e Stefano Quintarelli, [\*Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news\*](#), Egea, Milano 2017

Stefano Rodotà, [\*Il diritto di avere diritti\*](#), Laterza, Roma - Bari 2012

Luisa Torchia, [\*Lo Stato digitale. Una introduzione\*](#), Il Mulino, Bologna 2023

Immagine: Gatekeeper in Lisbon, Portugal

Crediti immagine: Luca Sartoni from Vienna, Austria, CC BY-SA 2.0  
<<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0>>, via Wikimedia Commons

© Istituto della Enciclopedia Italiana - Riproduzione riservata

--- o ---

**Questo articolo fa parte integrante dell'inchiesta**

**[Social network: il controllo dei contenuti tra censura e libertà di espressione](#)**,

**coordinata da Marco Brando su Treccani Lingua italiana**