



# ORDINES

*Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2023

FRANCESCO BIONDO

## **Mercato delle idee e fake news. Note su un problema di esternalità negative nell'ambiente digitale**

**ABSTRACT** - The spread of fake news in the digital arena has put into question the traditional idea of the self-regulation of public debate: the well-known metaphor of “free market of ideas”. Because of the availability of digital media, the reduction of the overall cost in producing and disseminating false news has dramatically fallen. Everybody at any time can enter the public debate, even though with bad arguments. At the same time, the competition between traditional and digital media has produced an astonishing reduction of the average incomes of the professional journalists. This paper aims to bring to the fore the metaphor of the market of ideas, metaphor that has been used in the US for reducing the extent of public regulation of medias. After a short introduction about historical the genesis of the “free market of ideas”, the article to show the usefulness of the concept, by highlighting the notion of “failures of the market”, which occur in the digital arena and two possible remedies.

**KEYWORDS** - Fake news - market of ideas - digital arena - public regulation of medias



1/2023

FRANCESCO BIONDO\*

## Mercato delle idee e fake news. Note su un problema di esternalità negative nell'ambiente digitale\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il problema di un mercato delle idee in un ambiente digitale – 2. Quattro ragioni per giustificare la libertà di espressione – 3. La genesi storica dell'argomento del "mercato delle idee" – 4. Quattro casi di fallimenti nel mercato delle idee – 5. Un ambiente digitale privo di rimedi (tradizionali) – 6. Due modelli (non alternativi) di regolazione dei fallimenti del mercato: tassazione regressiva o regolazione "indiretta" – 7. Una metafora "da salvare"

### 1. Introduzione: il problema di un mercato delle idee in un ambiente digitale

Sin dalla seconda metà dell'ottocento si è andato affermando un argomento contro la limitazione della libertà di espressione: l'idea che la verità di un argomento sia il risultato di un "mercato delle idee" nel quale la libera concorrenza tra argomenti diversi avrebbe portato ad un avvicinamento alla verità o alla robustezza di un argomento. Certamente il modello del mercato delle idee è un modello "idealizzato" perché assume un soggetto che cerca di conoscere in maniera distaccata rispetto alle sue aspettative, esigenze, ideologie, pregiudizi, in modo analogo al modello del consumatore perfettamente informato.

Tuttavia la metafora del mercato delle idee (*rectius*, almeno una parte della metafora) possiamo dire abbia accompagnato le prime elaborazioni circa la difesa della libertà di espressione, sin dalla classica elaborazione di John Milton e la sua opera *Areopagitica*<sup>1</sup>. Non si arriva alla verità tramite una imposizione o un sentiero già battuto, anzi l'errore è un modo per arrivare al trionfo del sapere; d'altra parte la censura è il modo migliore per evitare che la scienza si sviluppi, così come il caso di Galilei dimostra. Questo carattere dinamico, evolutivo, in cui bisogna in primo luogo evitare l'imposizione di una verità attraverso l'uso del potere pubblico è alla base dei successivi sviluppi da parte di Mill e di Holmes<sup>2</sup>. Possiamo sapere che non sappiamo *quale* sia la verità, ma sappiamo come *non* arrivarci.

---

\* Professore Associato di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza.

\*\* Contributo sottoposto a valutazione anonima.

<sup>1</sup> J. MILTON, *Areopagitica. Discorso per la libertà di stampa*, ed. it. a cura di M. GATTI e H. GATTI, Bompiani, Milano, 2002.

<sup>2</sup> Vd. W.P. MARSHALL, *The truth justification of freedom of speech*, in A. STONE, F. SCHAUER, (eds) *The Oxford Handbook of FREEDOM OF SPEECH*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 46 ss.

Ma non si tratta soltanto di un residuo di un'argomentazione che ormai interessa solo gli storici. La metafora del mercato delle idee è ancora attuale così come dimostra la sentenza *Reno v. Aclu* (1997) in cui la Corte suprema afferma come si debba riconoscere al contenuto on line le stesse tutele proprie della comunicazione attraverso carta stampata. Circa il rischio che così si stimolasse un rifiuto dei genitori a permettere che i figli possano entrare nell'ambiente digitale per il rischio di essere sottoposti a contenuti osceni, la tesi del tribunale è decisa:

«The dramatic expansion of this new marketplace of ideas contradicts the factual basis of this contention: the record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship» (521, U.S 885, 1997).

Certamente oggi non si convaliderebbe, soprattutto in Europa, un tale ottimismo; internet non sembra un'arena meno "intrusiva", o "pericolosa" per la qualità del dibattito pubblico, di tradizionali mezzi di comunicazione come la radio o la televisione<sup>3</sup>. E da parte di illustre dottrina si evidenzia come la metafora del mercato delle idee sia accettabile in una cultura come quella statunitense, sulla base del dettato del primo emendamento, mentre invece sia inaccettabile, e pericolosa, nella nostra cultura giuridica, in cui la libertà di espressione non sembra assoluta, ma bilanciabile con altri diritti<sup>4</sup>.

In questo scritto non intendo affrontare l'enorme tema delle differenze nella tutela della libertà di espressione tra gli ordinamenti statunitensi e europei. Mi limito a considerare invece una possibilità: che la metafora del mercato delle idee sia ancora utile in quanto indica un limite del mercato stesso delle idee, cioè la produzione di "esternalità negative": il diffondersi

---

<sup>3</sup> Vd. in ultimo A. MANGANELLI, A. NICITA, *Regulating Digital Markets. The European Approach*, Palgrave MacMillan, London, 2022.

<sup>4</sup> Vd. sul tema O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *Media Laws*, 1/2017, <https://www.medialaws.eu/rivista/fake-news-internet-and-metaphors-to-be-handled-carefully/> letto il 15 ottobre 2022; O. POLLICINO, E. BIETTI, *Truth and Deception Across the Atlantic: A Roadmap of Disinformation in the US and Europe*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, URL [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3397910](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3397910), letto il 14 ottobre 2022; O. POLLICINO, *The European approach to disinformation: comparing supranational and national measures*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2020.

di fake news (nella forma di teorie cospirative e forme di procurato allarme), la polarizzazione del dibattito, la concentrazione del mercato pubblicitario nelle mani di poche imprese. Così come nel caso dell'inquinamento<sup>5</sup>, bisogna internalizzare tali costi. Ma come, considerato l'ambiente globale in cui gli attori privati agiscono e la pretesa eminentemente locale di regolazione da parte dei poteri pubblici? I meccanismi classici sembrano essere insufficienti in un "ambiente digitale". Da un lato le piattaforme possono non permettere che si scarichino le app concorrenti o possono imporre schemi di regolazione automatizzati ed intrusivi. Ma allora la censura ritornerebbe nella forma di un censore "privato"<sup>6</sup>. Dall'altro i singoli regolatori agiscono in un contesto "globale" nel quale le misure di regolazione vengono facilmente aggirate data la natura sovranazionale delle piattaforme: sia per quanto riguarda la loro natura giuridica, sia soprattutto per la loro capacità tecnica di offrire servizi a utenti di tutto il mondo<sup>7</sup>.

In questo studio, dopo avere ricostruito in maniera sommaria la genesi della metafora del mercato delle idee, e le sue esternalità, metterò a confronto due modelli di soluzione del problema: quello proposto da Paul Romer di tassazione in funzione antitrust delle piattaforme e quello misto

---

<sup>5</sup> In Italia si comincia a parlare di "esternalità costituzionali" al riguardo determinate dalla quantità di informazione "inquinata" che affoga l'ambiente digitale e rende impossibile il dibattito pubblico. Vd. M. GIRAUDO, *Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le "esternalità costituzionali"*, in *Media Laws*, 3, 2021, url <https://www.medialaws.eu/rivista/riflessioni-sul-ripristino-del-dibattito-pubblico-fare-i-conti-con-le-esternalita-costituzionali/> Letto il 19 ottobre 2022. Non entro nel tema in questa sede.

<sup>6</sup> Anche in Italia si è prodotto un ampio dibattito alla luce di due opposte tendenze della giurisprudenza circa la rimozione di alcuni contenuti digitali, considerati "discorsi di odio", e il blocco dei relativi accounts da parte della piattaforma Facebook ai danni del gruppo Casa Pound, e della piattaforma Instagram ai danni di Forza Nuova. Sul tema vd. C. EQUIZI, *Libertà di manifestazione del pensiero e piattaforme online*, in *Diritti Fondamentali*, 3, 2021, url <https://dirittifondamentali.it/2021/12/20/liberta-di-manifestazione-del-pensiero-e-piattaforme-online/>, letto il 21 ottobre 2022. Sul tema dei "discorsi di odio", nella ormai sterminata bibliografia si rimanda a F.J. ANSUÀTEGUI ROIG, *Libertà d'espressione: Ragione e storia*, ed. it. a cura di A. DI ROSA, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 201 ss.; A. DI ROSA, *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi, Modena, 2020. Sui rischi della regolazione legale tramite norme penali dei discorsi di odio mette in guardia A. PINTORE, *Tra Parole d'odio e odio per le parole. Metamorfosi della censura*, Mucchi, Modena, 2021. Open access in URL <https://mucchieditore.it/prodotto/tra-parole-dodio-e-odio-per-le-parole/>

<sup>7</sup> Rimandiamo sul tema enorme, O. POLLICINO, *The European approach to disinformation*, cit.; G.P. MAGARIAN, *The Internet and social media*, in A. STONE, F. SCHAUER, cit.

proposto dalla Commissione Europea. A tal proposito chiarirò come i due modelli di soluzione non sono alternativi ma possono completarsi in casi di mancata *compliance* da parte delle aziende regolate. Chiuderò il contributo esponendo perché, se analizzata alla luce dei fallimenti del mercato, la metafora del “mercato delle idee”, anche se da “maneggiare con cura”, riesce ad offrire degli argomenti circa le sfide della libertà di espressione ed informazione nell’ambiente digitale. Prima è necessario indicare, in maniera sommaria, le giustificazioni più diffuse circa la libertà di espressione.

## 2. *Quattro ragioni per giustificare la libertà di espressione*

Argomentare a proposito della regolazione giuridica delle c.d. Fake news implica, per un giurista o un filosofo del diritto, affrontare il tema delle giustificazioni della libertà di espressione. Le parole non sono solo una espressione, sono anche “atti” di comunicazione, e tali atti possono avere delle conseguenze<sup>8</sup>. Se non avessero conseguenze potremmo domandarci allora perché si è espresso qualcosa. Tali conseguenze, quindi, sono oggetto di valutazione, e la valutazione dipende dal “valore” che viene dato alla libertà di esprimere qualunque cosa: un’opinione, una tesi scientifica, un giudizio valutativo o estetico. Vi sono diverse giustificazioni della libertà di espressione, intesa come pretesa che ad una espressione non segua una sanzione negativa. Assumo, sulla scorta di un recente volume, che si siano almeno 4 ragioni: 1) sulla base del valore dell’autonomia di chi si esprime<sup>9</sup>, 2) sulla base del raggiungimento della verità<sup>10</sup>, 3) sulla base della sfiducia nelle istituzioni pubbliche della censura (Mill, Holmes, di cui parleremo in seguito), 4) sulla base della partecipazione dei soggetti alla amministrazione dello Stato democratico<sup>11</sup>. Naturalmente le difese della libertà di espressione sviluppano molto spesso insieme le quattro ragioni, ma è evidente il vantaggio di distinguere le ragioni quando si discutono vantaggi e svantaggi di una particolare regolazione della libertà di espressione. Ad

---

<sup>8</sup> Sul tema degli atti linguistici la letteratura è amplissima. Si veda per una introduzione particolarmente efficace circa la regolazione dei discorsi di odio e la natura degli atti linguistici, A. DI ROSA, cit., cap. III. Una penetrante critica all’uso degli atti linguistici invece è offerta da A. PINTORE, cit., pp. 58 ss.

<sup>9</sup> C. MACKENZIE, D. MEYERSON, *Autonomy and Free Speech*, in A. STONE, F. SCHAUER, cit.

<sup>10</sup> W.P. MARSHALL, *The truth justification of freedom of speech*, in A. STONE, F. SCHAUER, cit.

<sup>11</sup> A. BHAGWAT, J. WEINSTEIN, *Freedom of expression and democracy*, in A. STONE, F. SCHAUER, cit.

1/2023

ogni ragione può contrapporsi un'altra e si può astrattamente pensare che per alcune ragioni vi siano meno limiti alla libertà di espressione, mentre per altre ve ne siano di più. Mentre il sostenitore della prima ragione sarebbe in astratto favorevole ad un'amplissima tutela della libertà di espressione, è possibile che altre giustificazioni possano accettare dei limiti a questa libertà. Per non parlare poi della necessità di valutare analiticamente quanto una specifica regolazione possa essere vantaggiosa per un valore e svantaggiosa per un altro. Per esempio, l'autonomia personale (ragione 1) sembra essere un valore "comprensivo" (direbbe Rawls) che coinvolge l'intera esistenza individuale, mentre invece la partecipazione al controllo e alla conduzione della sfera politica (ragione 4) riguarda soltanto la sfera politica<sup>12</sup>. Secondo la ragione (1) si permette qualunque espressione, anche forme di espressione sconvolgenti per particolari fedi religiose e in qualunque momento della vita associata; invece per un sostenitore della ragione (4), vi sarebbero dei limiti a tali espressioni in circostanze che non riguardano la vita "politica", ma l'appartenenza a un gruppo etnico, religioso, o all'interno delle relazioni familiari. E ancora, secondo i sostenitori della ragione (1) una regolazione che impone ad ogni operatore informativo di garantire ad ogni partito politico uguali spazi potrebbe non essere necessaria o peggio essere un vincolo all'autonomia dei network informativi, mentre per i sostenitori della ragione (4) tale regolazione sarebbe sicuramente necessaria per garantire il pluralismo informativo e l'uguale opportunità dei diversi cittadini di partecipare alla vita politica.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi all'infinito. Vorrei invece soffermarmi su una distinzione ulteriore.

Le ragioni giustificative possono essere, astrattamente, raggruppate in due grandi classi: giustificazioni non consequenzialiste, e giustificazioni consequenzialiste. Le prime giustificano la libertà di espressione perché è un "diritto individuale", le seconde perché alla fine la società nel suo complesso trae dei vantaggi.

In questo scritto mi soffermerò su una particolare giustificazione della libertà di espressione (consequenzialista): la tesi che alla fine il dibattito

---

<sup>12</sup> Naturalmente quella rawlsiana è una visione della politica contestabile, che sembra assumere una distinzione netta tra vita pubblica (oggetto di regolazione politica tramite norme sostenute da sanzione) e vita privata (includendo in questo ambito la vita familiare e le relazioni comunitarie), ma la si usa solo per ragioni euristiche. Sulla difficoltà di distinguere tra sfera pubblica e sfera privata nel pensiero di Rawls mi permetto di rinviare a F. BIONDO, *Las virtudes cívicas y la cuestión de la estabilidad ¿Hacia un perfeccionismo liberal?* in *Derechos y Libertades*, Número 25, Época II, junio 2011.

pubblico funziona come un libero mercato (market place of ideas), soprattutto per chi decide di entrare nella discussione investendo risorse scarse (tempo, denaro, prestigio, influenza) e non solo per chi intende informarsi o soddisfare una preferenza estetica. Si entra in un mercato con una merce (una tesi), e se la merce (o tesi) viene venduta allora tale merce è apprezzata (accettata come vera, valida, corretta). Assumo anche che, analogamente al mercato, la accettazione della tesi (descrittiva, prescrittiva o etica) implica il tramonto del consenso circa un'altra tesi (o più tesi) e un guadagno in chi la propugna (un aumento di vendite per un editore, una posizione in un istituto di ricerca per uno scienziato, ecc.).

Chiarisco che intendo seguire la metafora in un senso particolare, come ricostruzione in condizioni di incertezza della decisione di un soggetto di spendere risorse scarse (tempo, denaro, influenza, prestigio) in una competizione al fine di ottenere due risultati congiunti: la paternità di una tesi e una conseguenza positiva in termini di reddito o ricchezza. Non prendo posizione, per ragioni di spazio, invece su due questioni certamente rilevanti: se la verità sia un bene analogo ad una merce o un servizio<sup>13</sup> o se ci siano dei limiti intrinseci alla capacità del destinatario di selezionare razionalmente i contenuti ai quali è esposto<sup>14</sup>. Non intendo cioè affermare che le espressioni siano valutabili secondo una metrica monetaria, e neppure sostenere che i destinatari delle espressioni siano, analogamente

---

<sup>13</sup> Potrebbe sembrare un interrogativo ozioso: una merce o un servizio si acquista per il beneficio individuale, mentre invece una tesi la si difende per ragioni non personali, ma per il plauso che se ne ottiene, per il suo essere riconosciuta come vera e non come semplicemente accettata. Inoltre una tesi non viene presentata perché si spera che sia condivisa ma perché la si ritiene valida. Se si mostrasse infatti che l'interesse che muove chi presenta una tesi non sia in alcun modo la giustezza della tesi, allora la tesi stessa non sarebbe accettata. Vd. V. BLASI, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, in *The Supreme Court Review*, 2004, pp. 4-12. Tuttavia, a chi nega il valore dell'analogia tra dibattito pubblico e mercato delle idee è facile replicare che l'uso della metafora è utile per spiegare il ragionamento di chi investe risorse scarse per presentare una tesi, non per affermare che qualunque scienziato, o intellettuale, sia alla fine un imprenditore come gli altri mosso soltanto per la massimizzazione del suo guadagno (o peggio che non esistano verità oggettive, trascendenti o fattuali). Soffermarsi soltanto sulla circostanza, rilevante senza dubbio, che una tesi viene presentata in quanto pretende di essere valida, non implica che non vi siano analogie tra l'attore di mercato e chi presenta una idea (intellettuale o scienziato): entrambi si domandano quali siano le barriere all'ingresso e quali costi si devono pagare, in termini di risorse scarse, per ottenere un guadagno (guadagno che non necessariamente deve essere distribuito).

<sup>14</sup> Sul tema rimando nella enorme letteratura a un saggio divulgativo di E. PEDEMONTE, *Paura della scienza. L'età della sfiducia dal creazionismo all'intelligenza artificiale*, Treccani, Roma, 2022.

alla insostenibile metafora del consumatore sovrano, perfettamente in grado di valutare la verità o falsità delle asserzioni, o le conseguenze in termini di benessere in chi le riceve<sup>15</sup>. Il mio interesse è invece più modesto: mettere in luce le virtù “evolutive” del modello del mercato delle idee anche rispetto alle difficoltà di rendere responsabili coloro che propagano messaggi falsi, o di odio, senza l’utilizzo di strumenti di controllo preventivo, come la censura<sup>16</sup>.

In questo modello che presento, non è soltanto il contenuto della merce, della tesi, ad essere rilevante, ma anche la circostanza che sia venduta, che si accetti come vera. Anche la presenza di merci (tesi) che si rivelano non adeguate ai gusti del consumatore (perché risultano false) non è un problema collettivo. Come il mercato espelle le merci, cioè le lascia invendute, che non sono adeguate ai gusti dei consumatori, così il dibattito metterà all’angolo le tesi false. Nessuno le accetterà. Non sarà allora necessario costruire un apparato istituzionale (una censura) che controlli prima quale tesi sia corretta e sanzioni chi la esprime. Anzi un tale apparato potrebbe anche eliminare le tesi che potrebbero rivelarsi corrette, accettabili. Oppure potrebbe impedire che altre tesi che solo in un certo momento sono corrette poi si rivelino, per nuove evidenze scientifiche, non corrette. Con un controllo quindi ex ante non sarebbe possibile alcuna evoluzione. Analogamente al mercato, in cui l’entrata di un nuovo prodotto spinge i concorrenti a migliorare le loro offerte di beni, così la diffusione di una nuova idea spinge i contrari a tale idea a migliorare i loro argomenti<sup>17</sup>. Si tutelerebbero quindi, incidentalmente, anche le quattro ragioni prima indicate.

- 1) Si tutelerebbe l’autonomia individuale, volontariamente si entra e si esce dal mercato;
- 2) si raggiungerebbe la “verità”, intesa come consenso, perché le tesi false non riscuoterebbero consenso e ciascuno potrebbe provare la verità o falsità di una asserzione;

---

<sup>15</sup> È noto che l’utilitarismo ha un certo problema con la tutela di espressioni che alla maggioranza risultano disgustose, come ben evidenziato da Amartya Sen e il dilemma del Paretiano liberale. Sul punto mi permetto di rinviare a F. BIONDO, *Benessere, Giustizia e Diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, Giappichelli, Torino, 2003, cap. I.

<sup>16</sup> Circa la proibizione dei c.d. discorsi di odio, la Pintore (cit. pp. 82 ss.) vede un ritorno di forme di censura, giustificate in nome della eguaglianza dei soggetti “silenziosi”.

<sup>17</sup> Secondo J. MOKYR, *A Culture of Growth. The Origins of the Modern Economy*, Princeton University Press, 2017, la Gran Bretagna deve il suo successo commerciale per il maggiore radicamento già dal settecento della nozione di “mercato delle idee”.

- 3) si permetterebbe la partecipazione alla gestione delle questioni pubbliche (beninteso: solo attraverso una volontaria partecipazione, in quanto gli altri mezzi sarebbero una violazione del principio del libero accesso al mercato);
- 4) si eliminerebbe la censura, in quanto non ci sarebbe un regolatore centrale (privato o pubblico) a dirimere le controversie scientifiche, ideologiche o di valore.

La metafora del mercato delle idee, quindi, può assicurare almeno l'evoluzione delle convinzioni, anche se tali convinzioni non sono mai assolute, e possono modificarsi nel tempo. Possiamo avere una evoluzione anche senza equilibrio tra chi offre una convinzione e chi la cerca. E in questo modo incentivare sempre nuove entrate nel mercato delle idee<sup>18</sup>.

### 3. *La genesi storica dell'argomento del "mercato delle idee"*

La metafora del mercato delle idee ha una lunga gestazione storica anteriore alla stessa affermazione dell'idea che il mercato sia il modello di regolazione migliore per la società<sup>19</sup>. Questa argomentazione ha tre protagonisti: John Milton (poeta), John Stuart Mill (filosofo) e Oliver Wendell Holmes (giudice della Corte suprema).

I tre elaborano i loro argomenti in diversi tempi e con diverse finalità. Nel breve spazio di questo articolo è opportuno soffermarci solo sui punti che ciascun autore ha dato all'evoluzione dell'argomento del "mercato delle idee".

Il primo autore afferma che l'istituzione della censura è un insulto alla forza che ha la verità di imporsi sul falso senza avere bisogno di alcun aiuto da parte della istituzione pubblica della censura. Non v'è necessità che vi sia una autorità che permetta o proibisca una tesi, tale tesi, se vera, si imporrà sulle tesi false. Milton nutre un'enorme fiducia sulla capacità di

---

<sup>18</sup> Sulle teorie epistemologiche evoluzioniste vd. come prima introduzione M. BRADIE and W. HARMS *Evolutionary Epistemology*, 2020 <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/epistemology-evolutionary/>. Con particolare interesse sulle scienze sociali vd. D. W. DREZNER, *The Ideas Industry: How Pessimists, Partisans, and Plutocrats are Transforming the Marketplace of Ideas*, Oxford University Press, Oxford, 2017 che nel capitolo 8 lamenta la lentezza del mercato delle idee nella era digitale a espellere le tesi di scienza sociale che non vengono confermate dall'esperienza.

<sup>19</sup> Come vedremo infatti la metafora può essere sostenuta anche da coloro che non sono convinti che il mercato concorrenziale costituisca il modello di società giusta.

autocorrezione dell'opinione pubblica di separare gli argomenti fallaci da quelli corretti, ed inoltre sostiene l'inefficacia e l'altissimo costo di mantenere efficiente un sistema di censura. Comprensibilmente, dati i tempi e l'identità dell'autore, è fatta salva la necessità di vietare pubblicazioni che incitano l'eresia cattolica<sup>20</sup> dato il pericolo di favorire la restaurazione del cattolicesimo in Inghilterra, con tutte le relative, e ben oliate, istituzioni censorie<sup>21</sup>. C'è da notare però che tale atteggiamento "fideistico", anche circa l'intervento divino, nel trionfo della verità<sup>22</sup>, si accompagna alla circostanza che Milton stesso abbia esercitato il ruolo di controllore (*licenser*) della liceità dei testi da pubblicare nei convulsi anni della rivoluzione inglese. Anche se astrattamente possiamo parlare di incoerenza tra la fedeltà ad una tesi politico-religiosa e l'azione politica, l'autore ha scelto, comprensibilmente dati i tempi, l'azione al fine di tutelare i principi della sua tesi<sup>23</sup>.

Mill segue l'ipotesi che la tesi vera trionfa sulla tesi falsa attraverso una competizione, e chiarisce come ciò sia possibile senza scomodare autorità trascendenti. Nella competizione scompare ogni possibile legame a questioni teologiche e si chiariscono i vantaggi di accettare che nella disputa entrino anche tesi false.

---

<sup>20</sup> V. BLASI, *A Reader's Guide to John Milton's Areopagitica, the Foundational Essay of the First Amendment Tradition*, in *Supreme Court Review*, 2017, p. 306; ID., *The classic arguments for freedom of speech 1644-1927*, in A. STONE, F. SCHAUER, cit., pp. 21-24; F.J. ANSUATEGUI ROIG, cit., pp. 53 ss.

<sup>21</sup> Ci si potrebbe domandare se inserire Milton all'interno della metafora del mercato delle idee non sia una forzatura. È chiaro che almeno un elemento rende la giustificazione della libertà di stampa di Milton incongrua rispetto alla metafora del mercato delle idee: la circostanza che nel mercato delle idee non si scambiano idee solo per il loro essere vere o false, piacevoli o gradevoli, ma sulla base anche di un interesse egoistico, ottenere un reddito. Naturalmente questo è vero, ma ciò non dovrebbe lasciare da parte gli elementi di autocorrezione del dibattito, di danno da autocensura, e di inefficienza di una regolazione ex ante della stampa che caratterizzano la enorme modernità della proposta di Milton.

<sup>22</sup> V. BLASI, *A reader's Guide*, cit., p. 281; ID., *Classic arguments*, cit., p. 22.

<sup>23</sup> Vd. S.B. DOBRANSKI, *Licensing Milton's heresy*, in S.B. DOBRANSKI, J.P. RUMRICH (eds.) *Milton and Heresy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p. 153. «Serving as licenser, Milton could bolster his personal reputation while simultaneously advancing the Commonwealth's. On the one hand, Milton was cooperating with Council members, amanuenses, secretaries, printers, booksellers, ambassadors, journalists, and informants. On the other hand, his efforts within this network were directed toward short-circuiting the larger collaborative practices of the London book trade. Milton thus benefited from a social process of production, but he did so while working for a government that hindered the free trade of ideas».

«But the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error»<sup>24</sup>.

L'unico modo per raggiungere la verità è che le persone discutano e imparino attraverso i loro errori:

«In the case of any person whose judgment is really deserving of confidence, how has it become so? Because he has kept his mind open to criticism of his opinions and conduct. Because it has been his practice to listen to all that could be said against him; to profit by as much of it as was just, and expound to himself, and upon occasion to others, the fallacy of what was fallacious»<sup>25</sup>.

Possiamo, tuttavia, pensare che ciò che noi e il nostro gruppo crediamo è vero, ma avverte Mill che neppure è permesso proibire un'affermazione falsa:

«To call any proposition certain, while there is anyone who would deny its certainty if permitted, but who is not permitted, is to assume that we ourselves, and those who agree with us, are the judges of certainty, and judges without hearing the other side»<sup>26</sup>.

In questo modo non cercheremo la verità, ma solo di rassicurarci circa le nostre convinzioni. È interessante notare come nel passaggio seguente Mill accenni al tema dell'effetto rassicurante del *group thinking*:

«Absolute princes, or others who are accustomed to unlimited deference, usually feel this complete confidence in their own opinions on nearly all subjects. People more happily situated, who sometimes hear their opinions disputed, and are not wholly unused to be set right when they are wrong, place the same unbounded reliance only on such of their opinions as are shared by all who surround them, or to whom they habitually defer; for in proportion to a man's want of confidence in his own solitary judgment, does he usually repose, with implicit trust, on the infallibility of "the world" in general. And the world, to each individual, means the

---

<sup>24</sup> J.S. MILL, *On liberty*, 1859, in <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>, p. 19.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 23.

part of it with which he comes in contact; his party, his sect, his church, his class of society»<sup>27</sup>.

È solo però con Oliver Wendell Holmes, che segue l'idea milliana secondo la quale la conoscenza un processo di infiniti controlli<sup>28</sup>, e la sua importante opinione dissenziente nel caso Abrams che nasce il concetto di marketplace of ideas<sup>29</sup>. Il caso Abrams riguardava la costituzionalità della condanna di un gruppo di pacifisti per avere diffuso dei volantini contro l'arruolamento per la prima guerra mondiale sulla base del Espionage act. Gli appellanti chiedevano l'annullamento delle condanne in quanto contrarie al primo Emendamento. Con una opinione dissenziente, il giudice Holmes, che solo sette mesi prima aveva accettato la costituzionalità della limitazione della libertà di espressione, chiariva che il primo Emendamento è basato su una concezione della verità come "scontro" tra opinioni in un "mercato delle idee"<sup>30</sup>.

«Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care wholeheartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe he very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country»<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 19-20. È da ricordare però come Milton già nel 1644 aveva posto l'accento sul ruolo dinamico del dibattito e sul pericolo che una tesi "vera" fosse accettata solo per conformismo. Vd. V. BLASI, *A Reader's Guide*, cit.

<sup>28</sup> V. BLASI, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, in *Supreme Court law review*, 2004, p. 19.

<sup>29</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>

<sup>30</sup> V. BLASI, *Holmes and the Marketplace of ideas*, cit., p. 24 chiarisce come il termine markets of ideas non è usato da Holmes, che invece parla di "competizione tra le idee" come un "test for truth".

<sup>31</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 630.

Holmes non ritiene che il conflitto tra le posizioni permetta che trionfi l'unica posizione corretta, non ritiene che vi sia una "verità", almeno circa i valori ciò che possiamo chiamare "verità trascendente", che si raggiunge con l'argomentazione o che il dibattito renda l'opinione pubblica più "virtuosa". Come chiarisce Vincent Blasi, da sostenitore del pragmatismo e della teoria dell'evoluzione di Darwin invece

«Holmes came to value the freedom of speech largely for its capacity over time to generate new ways of thinking, discredit obsolete ideas, and alter priorities of inquiry. Those long-term consequences are what he had in mind when he pronounced the competition of the market to be the best test of truth»<sup>32</sup>.

Il mercato quindi non assicura la "verità" dell'asserzione, più prosaicamente ci permette di controllarla nel tempo assicurando il dinamismo delle posizioni che entrano nel dibattito, e tale dinamismo è analogo alla lotta per la sopravvivenza tra le specie<sup>33</sup>.

#### 4. *Quattro casi di fallimenti nel mercato delle idee*

L'idea che il dibattito pubblico debba essere aperto a qualunque espressione indipendentemente dal suo contenuto è stata oggetto di polemica. E non è un caso che tutti gli ordinamenti liberali abbiano delle norme che limitano l'esercizio della libertà di espressione, come nel caso del discorso di odio, o nei casi di diffamazione<sup>34</sup>. In molti paesi, come in Italia,

---

<sup>32</sup> V. BLASI, *The classic arguments for freedom of speech 1644-1927*, cit., p. 40. Ricordiamo poi R.H. COASE, *The Market for Goods and the Market for Ideas*, in *The American Economic Review*, May, 1974, Vol. 64, No. 2, URL <https://www.jstor.org/stable/1816070> che afferma l'analogia tra libertà di commercio e libertà di espressione sulla base di una considerazione realistica: in entrambi i casi abbiamo degli attori che mirano ad ottenere un beneficio. Per questo i sostenitori della libertà di espressione di orientamento socialista dovrebbero accettare la libertà di commercio e i mercati concorrenziali. Se non lo fanno è per ragioni di interesse personale, perché ritengono che il loro lavoro di intellettuali sia di maggior valore rispetto a quello degli imprenditori economici. Per ragioni di spazio non approfondiamo il tema.

<sup>33</sup> V. BLASI, *Holmes and the marketplace of ideas*, cit., pp. 45-46.

<sup>34</sup> Tra i vari casi di responsabilità civile per la diffusione di notizie false, vorrei citare il recente caso di Alex Jones fondatore del sito *Infowars* (tristemente famoso per le fake news che ospita) che ha per anni affermato che una strage presso un college a Sandy Hook Connecticut fosse una montatura per favorire una legge restrittiva sulla vendita e possesso delle armi. Il sig. Jones è stato condannato ad agosto del 2022 da una giuria in Texas al pagamento di 45 milioni di dollari per risarcimento di "danni punitivi" (punitive damages) e successivamente ad un altro per ulteriori 965 milioni in seguito ad una causa in

vi sono dei criteri per l'esercizio della libertà di stampa e vi sono delle norme che aggravano la diffamazione se avviene attraverso dei giornali. Se esiste un mercato delle idee, è certamente un mercato regolato. Non tutti possono accedervi, e le transazioni possono portare a profili di responsabilità in caso di danni, così come nel caso di altri mercati di merci e servizi. Anche in questo caso, quindi, sorgono dei profili critici circa la metafora del mercato. Il libero inserimento nel dibattito pubblico e la concorrenza tra le idee davvero produce l'efficienza, cioè il trionfo della "verità"? Anche nel mercato delle idee possiamo incorrere in "fallimenti". Tra questi fallimenti possiamo indicare anche l'esistenza di esternalità negative, costi, per esempio in termini di beni, che non vengono "internalizzati" nella transazione, ma cadono sulla collettività (es. l'inquinamento). Chi paga per le esternalità negative determinate dalle transazioni del mercato delle idee? Ci riferiamo in particolare alla questione circa chi paga per una particolare esternalità negativa, la diffusione di fake news, o notizie deliberatamente false? In altre parole, in che senso il mercato delle idee può portare ad un particolare "fallimento": far trionfare la "menzogna" (consapevole o inconsapevole) invece che la "verità"<sup>35</sup>? O ancora "ossificare" il dibattito, costituendo maggioranze ferree impermeabili a qualunque argomentazione? O infine costituire dei monopoli di fatto nella diffusione delle informazioni?

In generale viene definito fallimento del mercato il risultato sotto ottimale determinato dalle relazioni di mercato senza alcun intervento da parte dello Stato. Naturalmente a seconda della teoria economica dalla quale si parte possiamo avere diverse tassonomie dei fallimenti del mercato. Ne citiamo quattro (sui fallimenti del mercato seguiamo Joseph Stiglitz<sup>36</sup>).

---

Connecticut il 12 ottobre 2022. Sul punto vd. By Annabelle Timsit, Leo Sands and Joanna Slater Will Alex Jones pay Sandy Hook families \$1B? What to know about the huge award.<https://www.washingtonpost.com/nation/2022/10/13/alex-jones-1-billion-sandy-hook-damages/> letto il 24 ottobre 2022.

<sup>35</sup> Nel caso dell'esternalità negativa "fake news" diventa evidente come almeno i valori che giustificano la libertà di espressione vengono messi in pericolo: se una cittadinanza, vista come insieme di cittadini, diventa preda di false informazioni allora è difficile parlare di autonomia di tale insieme di soggetti. Questo dimostra come nelle circostanze concrete i valori che giustificano la libertà di espressione non possono essere separati. Anche il rifiuto della censura perde di significato, in quanto si raggiunge lo stesso risultato, una cittadinanza disinformata e manipolabile, non attraverso la proibizione di un messaggio, ma tramite la diffusione di un messaggio opposto, ma falso. Secondo E. PEDEMONTE, cit., cap. 2 questo è il caso delle attività di lobbying finalizzate a negare il legame causale tra emissioni di CO<sub>2</sub> e aumento delle temperature.

<sup>36</sup> J. STIGLITZ, *Economics of the Public sector*, 3rd edition, Norton, New York, 2000.

Il primo caso concerne l'insufficiente produzione da parte del mercato del bene pubblico "informazione affidabile". Se tutti godiamo di informazioni affidabili (per esempio sui prodotti sanitari, sulla situazione economica, sulla meteorologia) otteniamo benefici maggiori di quanto individualmente siamo disposti a pagare. Inoltre, ogni soggetto che ottiene l'informazione non riduce il valore, anzi lo aumenta, di ogni unità di informazione. In questa situazione, però, ogni soggetto economico sa che può beneficiare del bene senza pagarne il costo. Arrivare a produrre, o anche a consumare, una informazione "vera" ha dei costi. Per produrla si deve pagare un personale specializzato, per beneficiarne, come consumatore, bisogna comprare il prodotto. Risulta quindi più vantaggioso per il produttore di notizie produrre informazione che "copia" informazione vera, o ridurre i costi per controllare la "qualità" dell'informazione. È più razionale essere free-rider che contribuire a produrre il bene pubblico "informazione verace" (o "informazione affidabile"). Questa situazione porta a un paradosso: se lo Stato non interviene allora il bene pubblico "informazione verace" non si produce, perché ciascun attore non ha sufficienti incentivi per evitare di essere free rider. Se invece lo Stato interviene attraverso finanziamenti per il sostegno alla produzione di informazione affidabile o attraverso la sanzione amministrativa o peggio penale, della "informazione non affidabile" è chiaro che ritornano forme di controllo (indiretto o diretto) dell'informazione e in ultima analisi la censura<sup>37</sup> o anche forme di "autocensura", tutte forme che producono il "chilling effect"<sup>38</sup>.

Il secondo caso di fallimento del mercato delle idee è quello dei "incomplete markets". Spesso nelle transazioni è chiara l'esistenza di asimmetrie informative, la possibilità che in una transazione una parte è in possesso di alcune informazioni rilevanti che non vuole condividere con l'altra. È il caso del "bidone" (lemon). Come mostra l'esempio di George Akerlof dell'acquisto di una automobile usata, il venditore ha l'incentivo di vendere al massimo prezzo un oggetto le cui reali caratteristiche conosce solo lui. In queste condizioni si venderanno solo auto di cattiva qualità, perché il venditore non avrà incentivi a vendere auto di buona qualità<sup>39</sup>. Lo stesso succederà nel mondo dell'informazione. L'editore "razionale" potrà

---

<sup>37</sup> D. HEMEL, *Economic perspective on Freedom of speech*, in A. STONE, F. SCHAUER, cit., p. 125.

<sup>38</sup> Sulla inopportunità di sanzioni penali al diffondersi delle fake news, si rimanda a T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>39</sup> D. HEMEL, *Economic perspective*, cit., p. 129.

vendere informazione non accurata, spacciandola per informazione affidabile<sup>40</sup>.

Il terzo caso è la creazione di monopoli, con gruppi che riescono a eliminare gli altri o a mantenere una posizione dominante nel mercato. Nel caso del mondo dell'informazione ciò può avvenire anche attraverso la creazione di aziende che riescono a inglobare altre aziende strumentali alla vendita del prodotto "informazione" riducendo i costi, ottenendo licenze per la trasmissione video o radio, o monopolizzando il mercato della pubblicità. È chiaro che così alcuni soggetti diventano gatekeepers dell'accesso al mercato delle idee.

Il quarto caso è quello delle "esternalità negative" di un mercato delle idee senza controllo sull'affidabilità dell'informazione. Prendiamo il caso dei siti che diffondono notizie che manipolano i rischi derivanti da vaccinazione. Da quando esistono le vaccinazioni si è sempre prodotto un aspro dibattito sulla necessità e la legalità di tali misure. È chiaro però che la situazione cambia con la nascita di un sistema sanitario pubblico che offre a tutti, indipendentemente dalle proprie scelte sanitarie, l'opportunità di essere curato. Nel caso in cui un gruppo rilevante si rifiuti di vaccinarsi, affidandosi a blogs o altre forme di informazione, che sconsigliano di sottoporsi a questo trattamento sanitario, allora a pagarne le conseguenze saranno anche coloro che tale scelta non l'hanno fatta, e necessitano di cure ospedaliere. Così come l'inquinatore non paga il costo in termini di degrado dell'ambiente, il diffusore di notizie false non paga il costo delle prestazioni sanitarie necessarie a tutelare la salute pubblica.

##### 5. *Un ambiente digitale privo di rimedi (tradizionali)*

Questi casi di fallimenti del mercato delle idee hanno già una vasta letteratura alle spalle, e presentano una serie di soluzioni istituzionali definite alle quali i mass media tradizionali si sono adeguati (Giornali, riviste, televisioni e radio): 1) norme che sanzionano la responsabilità dell'autore per scritti falsi, oggetto di plagio o diffamatori, 2) ordini

---

<sup>40</sup> Da questo punto di vista l'evidenza nella discesa dei redditi dei giornalisti professionisti nel mondo occidentale in seguito alla crisi della carta stampata non può che far scattare l'allarme di un sottoinvestimento dei colossi digitali nella spesa per personale professionista che possa svolgere il ruolo di filtro per la diffusione di informazione di qualità. Vd. sul punto, A. MIR, *Postjournalism and the death of newspapers. The media after Trump: manufacturing anger and polarization*, Andrey Mir, Toronto, 2020 e il suo blog <https://human-as-media.com/>.

professionali la cui appartenenza assicura la qualità del servizio offerto, 3) codici etici di comportamento della categoria dei giornalisti, 4) norme antitrust sulla gestione delle frequenze o delle proprietà delle testate. Queste soluzioni però non si applicano “all’ambiente digitale”, al modo in cui si producono e diffondono informazioni su internet.

In internet, infatti, assistiamo ad un nuovo modo di far circolare la informazione: le reti sociali, le piattaforme digitali, e i motori di ricerca. Nell’ambiente digitale, come vedremo, le regole per evitare i fallimenti del mercato delle idee non sembrano funzionare perché si è prodotta una disintermediazione tra il produttore dell’informazione e il suo fruitore.

Mentre nei media “tradizionali” vi è un “filtro” (o più filtri) tra la produzione del contenuto e la sua diffusione, e ricezione, nella sfera digitale tali filtri non devono esserci. La ragion d’essere delle reti sociali, delle piattaforme digitali e dei motori di ricerca è esattamente offrire all’utente un accesso libero, illimitato, senza vincoli all’arena della comunicazione. In questo caso sembra davvero realizzarsi l’ideale del mercato delle idee. Tutti possono comunicare, tutti possono scrivere, tutti possono accedere ad una informazione elaborata ovunque, basta che ci si connetta. Cambia quindi la “infrastructure of speech” che si “democratizza”<sup>41</sup>. È chiaro però che in questo modo si possono produrre tutti e quattro i fallimenti del mercato delle idee, e solo in parte si possono applicare le soluzioni che invece vengono imposte ai media tradizionali.

In primo luogo, la tutela della libertà di espressione nelle piattaforme digitali è, almeno negli USA, rafforzata rispetto ad altri paesi. La c.d. section 230 del communication decency act recita:

«No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider» (47 U.S.C. § 230).

Secondo i sostenitori della libertà di espressione questa norma ha permesso lo sviluppo della odierna tecnologia digitale con il relativo affermarsi dei colossi come Youtube, Facebook, Twitter.

Nel sito della ONG Electronic frontier foundations si può leggere:

«This legal and policy framework has allowed for YouTube and Vimeo users to upload their own videos, Amazon and Yelp to offer countless user reviews, craigslist to host classified ads, and Facebook and Twitter to offer social networking to

---

<sup>41</sup> J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014, pp. 2303-2304.

1/2023

hundreds of millions of Internet users. Given the sheer size of user-generated websites (for example, Facebook alone has more than 1 billion users, and YouTube users upload 100 hours of video every minute), it would be infeasible for online intermediaries to prevent objectionable content from cropping up on their site. Rather than face potential liability for their users' actions, most would likely not host any user content at all or would need to protect themselves by being actively engaged in censoring what we say, what we see, and what we do online. In short, CDA 230 is perhaps the most influential law to protect the kind of innovation that has allowed the Internet to thrive since 1996»<sup>42</sup>.

In questo modo, però, diventa difficile implementare qualunque norma che renda responsabile le piattaforme, che hanno tutte sede negli USA, che ospitano contenuti che emettono non solo un giudizio falso, ma un giudizio che incita alla violenza, o che viola il copyright. I limiti della libertà di espressione rimangono (come il divieto di diffamazione), ma non si applicano per le piattaforme che ospitano i contenuti, e che traggono profitto, come vedremo, dal numero di visite e condivisioni di tali contenuti. L'incentivo a eliminare certi contenuti è solo "indiretto", in termini di prestigio commerciale.

Si può replicare che in moltissimi ordinamenti, come in Italia, la polizia postale può, anche su indicazione di un privato, informare la piattaforma della presenza di un contenuto diffamatorio, o che viola una norma sul copyright. Sulla base di questa indicazione la piattaforma ha un obbligo legale di rimuovere il contenuto. Inoltre, le aziende impongono ai fruitori dei propri servizi delle condizioni di uso che prevedono il divieto di uso di espressioni che possano costituire violazione di norme di legge (la diffamazione per esempio, il discorso di odio) o di caricare materiale frutto di violazione di norme sul copyright. Infine, diverse piattaforme hanno costituito delle unità di controllo sui contenuti ospitati, sia negli USA che nei paesi europei.

Queste misure non sembrano però avere esiti incoraggianti. In primo luogo, riguardo la capacità, o volontà, di evitare la diffusione delle fake news, come mostra un report della ONG Center for countering digital hate, le piattaforme continuano ad ospitare gli account di 12 soggetti che da soli producono il 65% dei post antivaccinisti presenti nelle tre maggiori piattaforme nonostante abbiano ripetutamente violato le condizioni di uso

---

<sup>42</sup> <https://www.eff.org/issues/cda230>, scaricato il 6 marzo 2022. Sul art. 230 vd. G. FISHBACK, *How the Wolf of Wall Street Shaped the Internet: A Review of Section 230 of the Communications Decency Act*, in *Texas intellectual property law journal*, 28, 2020, p. 275.

delle piattaforme stesse<sup>43</sup>. Alla fine, non è chiaro quanto reale sia l'incentivo per queste aziende ad applicare i loro stessi termini di uso. Così facendo infatti riducono il servizio da offrire ai propri clienti, dandogli un incentivo a passare ad altri operatori che non richiedono queste condizioni di uso, e che mantengono vivo l'ideale di una espressione senza limitazioni (es. la piattaforma Parler e più ampiamente la piattaforma Telegram<sup>44</sup>).

Inoltre, un intervento efficace di tali soggetti privati produce un esito paradossale: alla censura gestita da un ente pubblico attraverso degli atti amministrativi, che possono essere oggetto di ricorso in tribunale, si sostituisce un'altra forma di censura, quella privata. E tale censura è difficilmente oggetto di tutela giurisdizionale, dato che le piattaforme possono argomentare che si limitano a vigilare sul rispetto delle condizioni d'uso liberamente accettate.

Abbiamo detto che è possibile che i membri di un social network abbandonino il social perché troppo "restrittivo" nelle condizioni di uso. Ma c'è da domandarsi se le applicazioni possano poi essere disponibili. È da notare infatti che le applicazioni vengono scaricate attraverso due piattaforme, una Google play per i telefonini con sistema android e l'altra IOs per sistemi Apple. Nel caso in cui tali piattaforme decidessero di non permettere a tali aziende di inserire le applicazioni, allora si manterrebbe un monopolio di fatto con una connessa capacità delle piattaforme di realizzare una forma di censura "privatizzata"<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup>[https://www.counterhate.com/files/ugd/f4d9b9\\_13cbbbef105e459285ff21e94ec34157.pdf](https://www.counterhate.com/files/ugd/f4d9b9_13cbbbef105e459285ff21e94ec34157.pdf), scaricato il 6 marzo 2022.

<sup>44</sup> Sulla piattaforma Parler vd. G.K. YOUNG, *How much is too much: the difficulties of social media content moderation*, in *Information & communications technology law*, 1, 2022, pp. 13-14. Il caso della piattaforma Telegram è particolarmente interessante. Si tratta di una piattaforma enormemente usata con condizioni d'uso minime. Tuttavia, una recente indagine, non rileva un maggiore successo dei post, ospitati dalla piattaforma, contenenti fake news, rispetto a quelli diffusi all'interno della piattaforma e prodotti da giornalisti professionisti. Vd. A. HERASIMENKA, J. BRIGHT, A. KNUUTILA, and P.N. HOWARD, *Misinformation and professional news on largely unmoderated platforms: the case of telegram*, in *Journal of Information Technology & Politics*, 2022, DOI: 10.1080/19331681.2022.2076272.

<sup>45</sup> Vd. anche S. HUBBARD (2017), *Why fake news is a real antitrust problem*, in [https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI\\_Hubbard.pdf](https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI_Hubbard.pdf), letto il 10 marzo 2022.

6. *Due modelli (non alternativi) di regolazione dei fallimenti del mercato: tassazione regressiva o regolazione "indiretta"*

Questa situazione ha portato il premio Nobel per l'economia Paul Romer nel 2021<sup>46</sup> a sostenere la necessità di imporre, da parte del Governo degli USA, una tassa del 72% per i profitti delle società come Facebook o Google che superano un limite di fatturato pubblicitario. In questo modo, sostiene l'autore, possiamo evitare il pericolo di una concentrazione di potere economico nelle mani di poche corporations e ridurre, almeno in parte, la diffusione di fake news. D'altronde, sostiene Romer, dopo la recente sentenza *Ohio v. American Express* (585 US, 2018), non è da sperare che i giganti hi tech possano essere soggetti ad alcuna applicazione della normativa antitrust vigente.

C'è da domandarsi, però, se una forte tassazione con finalità, indirettamente, antitrust risolva il problema delle fake news. Secondo N. Petit no:

«competition in news distribution might not reduce fake news in the long term. Under competition, firms make lower profits. This, in turn, might trigger a race to the bottom. With lower profits under competition, firms have to cut down costs. They might be incentivized to focus on variable costs reductions. Laying off fact checkers might be a rational strategy under competition»<sup>47</sup>.

Sembra quindi che siamo di fronte ad un dilemma circa le esternalità del mercato delle idee.

O lasciamo che siano le piattaforme a governare la diffusione delle fake news, e allora sostituiamo ad un censore pubblico un censore privato. Oppure lasciamo che le fake news continuino a diffondersi magari in varie piattaforme che si fanno concorrenza vendendo i servizi che assicurano massima diffusione con il minimo (o nessun) controllo. O antitrust con fake news diffuse, o censura privatizzata e centralizzata a livello di piattaforme che gestiscono i flussi di informazione.

A questo dilemma, però, sembrano, almeno nelle intenzioni, sfuggire le recenti proposte di Regolamenti europei in materia di mercati e servizi digitali approvate dal Parlamento Europeo su proposta della Commissione: rispettivamente il Digital Markets act (COM/2020/842) e il Digital services

---

<sup>46</sup> <https://adtax.paulromer.net/> letto il 26 marzo 2022.

<sup>47</sup> N. PETIT, *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 249.

act (COM(2020) 825)<sup>48</sup>. Il digital markets act al art. 3 individua le caratteristiche di quelle società che costituiscono i “gatekeepers” per l’entrata nel mondo digitale:

«A provider of core platform services shall be designated as gatekeeper if: (a) it has a significant impact on the internal market; (b) it operates a core platform service which serves as an important gateway for business users to reach end users; and (c) it enjoys an entrenched and durable position in its operations or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future».

Per essere gatekeeper si stabiliscono due criteri determinati:

«(a) the requirement in paragraph 1 point (a) where the undertaking to which it belongs achieves an annual EEA turnover equal to or above EUR 6.5 billion in the last three financial years, or where the average market capitalisation or the equivalent fair market value of the undertaking to which it belongs amounted to at least EUR 65 billion in the last financial year, and it provides a core platform service in at least three Member States;

(b) the requirement in paragraph 1 point (b) where it provides a core platform service that has more than 45 million monthly active end users established or located in the Union and more than 10 000 yearly active business users established in the Union in the last financial year».

Tali gatekeepers hanno particolari obblighi nei confronti dei clienti tra i quali quello di (art. 6):

- (a) refrain from using, in competition with business users, any data not publicly available, which is generated through activities by those business users, including by the end users of these business users, of its core platform services or provided by those business users of its core platform services;
- (b) allow the installation and effective use of third party software applications or software application stores using, or interoperating with, operating systems of that gatekeeper and allow these software applications or software application stores to be accessed by means other than the core platform services of that gatekeeper;
- (e) refrain from technically restricting the ability of end users to switch between and subscribe to different software applications and services to be accessed using the operating system of the gatekeeper, including as regards the choice of Internet access provider for end users;

In questo modo, le piattaforme non possono limitare l’accesso a piattaforme concorrenti, con regole di uso meno rigide o più rigide. Il rischio di monopolio privato della comunicazione on line si riduce rispetto

---

<sup>48</sup> Sulle due proposte di regolamento vd. P. BERGKAMP, *The Proposed EU Digital Markets Act: A New Era for the Digital Economy in Europe*, in *European Company Law Journal*, 18, no. 5, 2021, e S. TOMMASI, *The Liability of Internet Service Providers in the Proposed Digital Services Act*, in *European Review of Private Law*, 6-2021.

a quanto osservato in precedenza (per ragioni di spazio, non affrontiamo qui il trattamento sanzionatorio).

Circa il fenomeno invece della diffusione di contenuti illegali nelle piattaforme digitali, gli hosts, il regolamento digital services act individua all'art. 25 c. 1 in 45 milioni di utenti mensili il limite superato il quale una piattaforma diventa soggetta a specifica regolamentazione (i c.d. big tech come facebook, google, ecc.). Tali compagnie sono soggette all'obbligo di mitigare i rischi seguenti (art. 26):

- «(a) the dissemination of illegal content through their services;
- (b) any negative effects for the exercise of the fundamental rights to respect for private and family life, freedom of expression and information, the prohibition of discrimination and the rights of the child, as enshrined in Articles 7, 11, 21 and 24 of the Charter respectively;
- (c) intentional manipulation of their service, including by means of inauthentic use or automated exploitation of the service, with an actual or foreseeable negative effect on the protection of public health, minors, civic discourse, or actual or foreseeable effects related to electoral processes and public security».

Naturalmente, è difficile prevedere il risultato di queste misure, molto dipende dall'efficacia dei controlli e delle eventuali sanzioni, sia da parte delle autorità nazionali sia soprattutto da parte delle autorità della UE. In ogni caso, un passo avanti è stato compiuto almeno in Europa per "internalizzare" i costi della diffusione tramite piattaforme di informazione falsa o diffamante senza rendere le imprese private "guardiane" dei diritti nella sfera digitale o peggio "censori privati". Il rischio comunque di "cattura del regolatore" (una sostanziale deferenza dell'azione del regolatore agli interessi delle grandi corporations) è comunque sempre in agguato, e in tal caso non ci sarebbe che fare affidamento ad una legislazione (o tassazione) antitrust...sempre che il legislatore non si faccia anch'egli "catturare". Per questa ragione, i due modelli non possono considerarsi alternativi. A meno che non si voglia cadere in due illusioni, queste sì alternative. O assumere che le fake news sono solo il frutto di un mercato concentrato di operatori, così che aumentando gli operatori diminuisce il fenomeno. Oppure di pensare che un censore privato, in perfetta buona fede, ma in condizioni di monopolio, sia da preferire ad uno pubblico. Forse i due fallimenti del mercato non sono in concreto facilmente separabili. Forse una *ragionevole* garanzia della libertà di espressione continua ad essere un mercato *concorrenziale*, privo di monopoli e di barriere all'entrata, delle idee. Qualcosa da salvare di questa metafora sembra esserci anche nell'ambiente digitale.

## 7. Una metafora “da salvare”

Quanto scritto finora può sembrare confuso. Alla fine, la metafora del mercato delle idee è utile o no rispetto alla necessità di regolare la diffusione delle informazioni e delle espressioni su internet? Cito un’opinione al riguardo, quella di Oreste Pollicino, che afferma contro l’uso della metafora del mercato delle idee:

«[The metaphor] seems to completely decontextualised given that the economic market, as the source domain from which the metaphor has been taken, is far from “free”: as is well known in the DG Competition in Brussels and in every national competition authority, the internet is characterised by huge market failures which require not only ex post intervention but also ex ante, by public authorities. Against this background, if fake news is arguably the most significant and pervasive source of failure in the marketplace of ideas, one can surely not exclude the possibility of intervention by public authorities because, in contrast to the US Supreme Court’s definition of the Internet as the “new free marketplace of ideas”, the source domain of the digital relevant market is anything but a free market, being characterised by economic concentration and the strength of (a few) private operators»<sup>49</sup>.

Autorevole dottrina, non c’è dubbio. Ma ci sarebbe da discutere se la giurisprudenza della Corte suprema sia così uniforme sui limiti al potere statale di vietare discorsi volgari o offensivi, vd. la sentenza *Chaplinsky v New Hampshire* US 315 US 568, 1942<sup>50</sup>; così come non è così certa l’idea che Holmes abbia elaborato la sua opinione dissenziente in base ad una fede nelle virtù autoregolative del mercato e non in base ad una più profonda sfiducia circa la capacità dello Stato di imporre una verità<sup>51</sup>. E soprattutto questa posizione non implica che la metafora del mercato delle idee non possa essere letta in un’altro modo: non in modo “positivo”, come fede nel meccanismo autoregolativo del mercato; l’idea del mercato delle idee può essere declinata come un second best, come strumento che provoca dei fallimenti ai quali il diritto deve porre rimedio, ma sempre nell’ottica che un meccanismo ex post decentralizzato sia da preferire ad un meccanismo ex ante centralizzato (lo Stato)<sup>52</sup>. Eppure questa tesi è al cuore della giustificazione della libertà di espressione. Citiamo F. Schauer:

---

<sup>49</sup> O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, cit.

<sup>50</sup> Sul punto vd. W.P. MARSHALL, cit., p. 48.

<sup>51</sup> Una tale fede nel mercato è negata da V. BLASI, *Holmes and the marketplace of ideas*, cit., pp. 13 ss.

<sup>52</sup> E questo è riconosciuto anche da O. POLLICINO, ult. op. cit.

1/2023

«[t]he reason for preferring the marketplace of ideas to the selection of truth by government may be less the proven ability of the former than it is the often evidenced inability of the latter»<sup>53</sup>.

Forse la metafora del mercato delle idee è ancora utile, bisogna però riconoscere che il suo uso ha una ben lunga storia e si nutre di una parallela sfiducia nelle capacità di correzione di autorità (non solo statuali ma anche private) e nel riconoscimento che non siamo sempre mossi dalla volontà di sapere o di superare le nostre convinzioni più radicate. Altri interessi possono essere presenti, e non sempre si tratta di interessi che corrispondono a visioni “virtuose” della ricerca della verità o della realizzazione di valori “oggettivi”. Ma non sappiamo se e come il diritto possa distinguere la verità dalla menzogna o la virtù dal vizio. Possiamo non sapere come arrivare a tali obiettivi, ma possiamo essere ben consapevoli che una regolazione ex ante del contenuto delle pubblicazioni sia più dannosa di una regolazione ex post (in cui non è detto che debba intervenire esclusivamente un soggetto pubblico). Per questo bisogna “prendere il mercato sul serio” (con i suoi fallimenti).

---

<sup>53</sup> F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p. 34. Prendo la citazione da W.P. MARSHALL, p. 53; la stessa posizione è espresso da A. PINTORE, cit., p. 96.