

media LAWS

Rivista di diritto dei media
1/2019

Fake news e democrazia*

Eva Lehner

Abstract

L'articolo propone una riflessione sulle *fake news* e, muovendo dal diritto positivo, affronta i nodi di teoria generale sottesi al tema e li correla al contesto storico e giuridico attuale. Il contributo descrive le legislazioni *anti-fake news* adottate in alcuni paesi dell'ex Europa occidentale e le linee dettate in materia dall'UE, al fine di confrontare il tenore di queste politiche con le norme costituzionali in materia di manifestazione del pensiero e con l'essenza della democrazia pluralista. Radicatosi sul piano della teoria generale, il dibattito vede contrastarsi coloro che sciolgono il paradosso platonico della libertà nella prospettiva dei limiti al potere e coloro che al contrario rivendicano la validità del paradosso specialmente tra le righe del teorema di Böckenförde. In presenza di quali condizioni è possibile sostenere che un assetto positivo ispirato al *free marketplace of ideas* di stampo statunitense e all'idea kelseniana di democrazia pluralistica possa essere salvaguardato solo rinunciando al rispetto delle sue forme essenziali? A quale idea di Stato e di società risponde la recente pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo? Tentando di rispondere a questi interrogativi, l'Autrice analizza le cause della polarizzazione del dibattito pubblico, della frammentazione della pubblica opinione e della gigantesca omissione informativa che caratterizza i processi comunicativi contemporanei.

The article tackles the recent debate on fake news and, while approaching the problem from a primarily positive law perspective, it also deals with general theory issues, linking them to the current legal and historical background. The contribution offers an overview of both *anti-fake news* measures adopted in some ex Western European countries and the guidelines provided for by the European Union. Such overview aims at highlighting the critical relationship between these policies and the constitutional standard of protection of freedom of speech and the essence of pluralist democracy. In terms of general theory, the debate involves, on the one hand, those who resolve Plato's paradox of freedom by referring to the limitations of power perspective and, on the other hand, those who claim the validity of the mentioned paradox, which can be clearly seen, among others, through the lines of Böckenförde's dilemma. Under which conditions can one say that a positive framework inspired by the free marketplace of ideas and by the Kelsenian idea of pluralist democracy can be safeguarded only by giving up the respect of its essential structure? To which idea of State and society does the recent public powers' claim to define false information respond? In the attempt to answer those questions, the Author analyzes the origins of public debate's polarization, of public opinion's fragmentation and, finally, of the impressive lack of information which characterizes the contemporary communication processes.

* Il presente scritto costituisce l'ampliamento di una comunicazione dell'Autrice resa in occasione del Convegno "Giornate sul diritto dell'informazione" tenutosi a Siena, presso il Dipartimento di Scienze politiche e internazionali, nei giorni 17 e 18 maggio 2018. L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo.

Sommario

1. Osservazioni preliminari: paradosso della tolleranza o etica della verità? – 2. Le politiche *anti-fake news* in Francia, Germania, Italia e UE. – 3. La policy *anti-fake news* della Commissione UE come manifestazione dell'indirizzo politico impresso al mercato unico digitale: cenni alla riforma della privacy e del diritto d'autore. – 4. Essenza della democrazia pluralista e paradigmi costituzionali in materia di informazione. – 5. L'insostenibile contraddizione tra la pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo e il contesto storico di riferimento: post-democrazia, mercato e società dell'informazione. – 6. *Segue*. Un paradosso solo apparente: il verso del rapporto tra le attuali tendenze normative in materia di *fake news* e la crisi dell'informazione. – 7. L'idea di Stato e di società presupposta al contrasto autoritativo della disinformazione: etica della verità, neoliberismo e “contenuti minimi” della democrazia.

Keywords

Fake news, Libertà di informazione, Democrazia, Pluralismo, Social network

1. Osservazioni preliminari: paradosso della tolleranza o etica della verità?

Per la prima volta nella storia delle democrazie contemporanee, gli attori politici propongono un intervento dei pubblici poteri per punire, sequestrare, censurare (direttamente o indirettamente) o, ancora, per certificare il falso informativo in quanto tale: non la diffamazione, la frode, il raggirio, l'agiotaggio, la menzogna, la violazione della proprietà intellettuale o della fede pubblica, ma il falso in sé e per sé, riferito peraltro non al dato nudo e crudo, bensì addirittura alle notizie.

In via preliminare, rispetto alla successiva disamina dei singoli provvedimenti, possono notarsi almeno due tratti comuni alle discipline che l'UE e alcuni paesi dell'Europa occidentale hanno adottato (o progettato), traducendo in vari modi una tendenza attualmente prevalente nel Sud-est asiatico¹.

Sul piano del diritto sostanziale, si tratta di previsioni volte ad inibire la diffusione di contenuti informativi senza definire a monte né l'oggetto della falsità (i dati, gli eventi, la narrazione ragionata degli stessi?), né tantomeno il parametro per affermarla, sul presupposto che sia sempre possibile verificare la rispondenza al vero oggettivo di qualsivoglia dato o notizia.

Un risultato così abnorme è peraltro inevitabile una volta imboccata la strada del contrasto autoritativo ai falsi artatamente confezionati con le nuove tecniche digitali, come la clonazione di articoli di testate giornalistiche online, o come i software (ro)

¹ Come si vede dal resoconto del *Poynter Institute* (D. Funke, *A guide to anti-misinformation actions around the world*, in www.poynter.org, 25 settembre 2018) accanto alle proposte di legge di Singapore e delle Filippine, nel sud-Est asiatico si registrano legislazioni *anti-fake news* già vigenti in Indonesia, Laos, Thailandia (mentre in Malaysia la legge adottata in materia nell'aprile 2018 è stata abrogata nell'agosto successivo).

bot che sono in grado di agire sulla rete alla stregua di esseri umani, creando account falsi a fini di propaganda occulta².

È difficile comprendere le ragioni di questa scelta, soprattutto considerando che i falsi digitali hanno le gambe corte, poiché i professionisti dell'informazione sono in grado di smascherarli proprio grazie alle nuove tecnologie – come dimostra l'esistenza stessa del dibattito sulle nuove patacche informative – molto più velocemente di quanto non avvenisse in passato, senza alcun bisogno di interventi normativi: se il problema è la macchina, sarà la macchina stessa a fornire la soluzione³.

Sul piano procedurale tali discipline – ad eccezione di quella progettata in Francia – attribuiscono a soggetti diversi dall'autorità giurisdizionale il potere di adottare misure restrittive della libertà di manifestazione del pensiero in rete. Anche da questo punto di vista, le discipline in questione attentano al carattere inviolabile della libertà di manifestazione del pensiero, di cui la riserva di giurisdizione è parte integrante⁴.

Quanto agli effetti di questi interventi, nonostante essi siano espressamente riferiti alla diffusione di informazioni via Internet, la loro portata si pone ben al di là della rete. Si tratta di autorizzare misure destinate ad avere un impatto su tutta l'informazione: sia perché i dati, le testimonianze e le narrazioni di eventi tratti dal web, oltre ad essere spesso riprodotte dai media tradizionali, possono fungere da base per le inchieste o le notizie stampate o diffuse nella radiotelevisione; sia per la pericolosità insita nella affermazione di un principio – la restaurazione della potestà di imperio sulla verità – per sua natura idoneo ad investire la libertà di manifestazione del pensiero a prescindere dal mezzo di diffusione utilizzato. Timore puntualmente confermato, tanto per fare un esempio, dal tenore della proposta di legge francese sulle false informazioni che, accanto a misure riguardanti la rete, prevede una vera e propria censura amministrativa sulle notizie trasmesse in televisione durante il periodo elettorale.

È sulla base di considerazioni analoghe che l'Unesco ha incluso l'ascesa delle legislazioni *anti-fake news* tra le più preoccupanti minacce alla libertà di stampa registratesi nel panorama giuridico mondiale tra il 2012 e il 2017⁵. Nello stesso Report si nota l'aumento degli interventi statali mirati al blocco e al filtraggio dei contenuti online, all'oscuramento totale o parziale della connessione Internet e alla graduale istituzione di una responsabilità di carattere generale in capo agli IP per i contenuti visibili online⁶. Anche L'ONU, l'OSCE, l'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) e l'African Commission on Human and Peoples' Rights – in una dichiarazione congiunta adottata a Vienna il 3 marzo 2017 – hanno ritenuto che «divieti generici di diffusione delle informazioni basati su fattispecie vaghe e ambigue, incluse quelle relative alle “false notizie” o alle “informazioni non obiettive”, sono incompatibili con gli *standard* inter-

² Su questi fenomeni v. F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 48 ss, 52.

³ Secondo la nota massima di C. Clark, *The Answer to the Machine is in the Machine*, in P. Bernt Hugenholtz – E.J. Dommering (a cura di), *The Future of Copyright in the Digital Environment*, L'Aja, 1996, 139 ss.

⁴ A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 113.

⁵ Unesco, *World Trends in Freedom of Expression and Media Development, Global Report 2017/2018*, 38-9 e 112.

⁶ *Ibid.*, 40 ss.

nazionali sulle restrizioni della libertà di espressione [...] e dovrebbero essere aboliti»⁷. Prima di procedere ad una breve descrizione delle suddette discipline è bene chiarire gli snodi del ragionamento che si intende proporre in questa sede.

Innanzitutto si darà uno stringato resoconto del rapporto tra verità oggettiva e libertà di manifestazione del pensiero nel nostro ordinamento, che è già stata fatta oggetto di esaustive ed autorevoli riflessioni. Del resto, il punto su cui concordano sia i sostenitori, sia gli avversari delle policy *anti-fake news* è che esse si pongono in frontale contrasto con i nostri paradigmi costituzionali in materia di libertà di manifestazione del pensiero⁸.

Ma mentre i primi sostengono che questi paradigmi debbano essere superati per salvaguardare l'effettività della democrazia nelle società contemporanee, gli altri scorgono il paradosso di una operazione volta a rinnegare la matrice stessa della forma di Stato democratico pluralistica.

Una volta radicatosi direttamente sul piano della teoria generale, il dibattito riguarda il contrasto tra chi, sulla scia di Kant, scioglie il paradosso platonico della libertà grazie alla prospettiva dei limiti al potere, come fecero con accenti diversi Popper⁹ e Rawls¹⁰, e chi, invece, sulla falsariga di Hegel, rivendica la validità del paradosso, ben visibile – ad esempio – tra le righe del c.d. teorema di Böckenförde¹¹. Ebbene, sembra che il focus del dibattito stia tutto in quel teorema, più che sul “paradosso della tolleranza”. In effetti, se è già piuttosto controversa la riconduzione della repressione del negazionismo e dei discorsi di odio al paradosso popperiano¹², soprattutto nella versione

⁷ Cfr. ONU, OSCE, OAS, ACHPR, *Joint Declaration on Freedom of Expression and “Fake News”, Disinformation and Propaganda*, par. 2, lett. a), 3 marzo 2017.

⁸ L'idea che sia opportuno superare vecchie concezioni basate sulla nozione di libertà negativa è chiaramente formulata da G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 28. Più sfumata ma comunque favorevole al superamento della matrice statunitense dei suddetti paradigmi, è la posizione di O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 19 e di C. Pinelli, “*Postverità*”, *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 41 ss., 45-46.

⁹ Secondo Popper, Kant risolse il paradosso platonico della libertà pretendendo che la libertà di ogni uomo dovesse essere limitata, ma non oltre ciò che è necessario per salvaguardare la libertà di tutti. Cfr. K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, vol. II, *The high tide of prophecy: Hegel, Marx, and the aftermath*, London, 1945, 42. Il riferimento è al volume precedente, tutto dedicato alla critica del filosofo greco, in cui Popper descrive e contesta i paradossi sostenuti da Platone: il paradosso della libertà (per cui il desiderio di libertà sfocia nell'insofferenza a qualsiasi regola, e dunque nell'origine di ogni forma di tirannia dei più forti sui più deboli) e della democrazia (quello in forza del quale dalla volontà popolare può derivare anche la scelta a favore della tirannia, paradosso che Popper considera immanente a tutte le forme platoniche di governo). Vedi K.R. Popper, *op. cit.*, vol. I, *The Spell of Plato*, 109-110 e 225-6 nota 4 al cap. 7.

¹⁰ Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (revised ed.), 1999, 313 (sulle condizioni presupposte all'applicazione del principio di maggioranza) e 417, 462-3 (sul radicamento della sua teoria di giustizia nel pensiero di Kant).

¹¹ In forza del quale, come è noto, «lo Stato liberale vive di presupposti che non può garantire», v. E.W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), trad. it. in M. Nicoletti (a cura di), Brescia, 2006, 68. Il teorema in questione è posto al principio delle riflessioni di O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, questa *Rivista*, 1, 2018, 1.

¹² Come è noto, Popper ritiene superabili entrambi i paradossi platonici grazie a un regime fondato sull'eguaglianza, sul controllo dei pubblici poteri, sulla protezione dei diritti dei cittadini e sulla «tolleranza nei confronti di chi è in grado di ricambiarla», poiché «*Unlimited tolerance must lead to the*

fornitane da Rawls¹³, l'accostamento del modello della democrazia protetta o militante alla pretesa di prescrivere la verità oggettiva delle notizie implicherebbe una ulteriore e gigantesca dilatazione della nozione di pericolo concreto, talmente arbitraria da risultare estranea a qualsiasi teorizzazione democratica.

Invece, è il teorema di Böckenförde (o meglio, una determinata lettura di quel teorema) che può condurre direttamente sul terreno dell'etica della verità¹⁴, la quale è fiorita – sia pur seguendo percorsi diversi¹⁵ – all'interno di teorie dello Stato costituzionale tributarie della dottrina dell'integrazione, come quelle proposte da Häberle¹⁶ e Habermas¹⁷.

Da questo punto di vista il tema delle *fake news* si ricollega all'incremento della tutela del sentimento religioso, ma anche alla repressione del negazionismo e dell'*hate speech*, portando al centro dell'indagine l'interrogativo presupposto ad ogni occasione di attrito tra realismo e formalismo giuridico: quale è il terreno su cui si gioca la partita? Entro

disappearance of tolerance. If we are not prepared to defend a tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them... We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerant». Cfr. K.R. Popper, op. cit., vol. I, 226, nota 4 al cap. 7. Anche se in altre parti della sua opera Popper sembra a tratti condizionare l'intolleranza degli intolleranti all'uso della forza (K.R. Popper, op. cit., vol. I, 97; vol. II, op. cit., 116, 225), nella parte dedicata alla più organica spiegazione del suo «paradosso della tolleranza», l'Autore rivendica la necessità di qualificare come illeciti («outside the law») i movimenti che predicano l'intolleranza e di perseguire penalmente l'incitamento all'intolleranza e alla persecuzione, alla stessa stregua dell'incitamento all'omicidio e al rapimento o dell'incitamento alla restaurazione della tratta degli schiavi: cfr. K.R. Popper, op. cit., vol. I, 226, nota 4 al cap.7. In questo senso, la condizione posta da Popper per reprimere giuridicamente gli intolleranti non è il mero abbandono del «piano argomentativo razionale» con la conseguente denuncia di ogni argomento e l'uso della forza da parte loro, poiché questa evenienza dovrebbe giustificare addirittura il «diritto di sopprimerli».

¹³ J. Rawls, *op. cit.*, 191-193, che (oltre ad escludere «*the right to suppress them*») sembra condizionare la repressione giuridica degli intolleranti ad una clausola più vicina alla nozione di pericolo concreto, dove sostiene che la libertà di questi ultimi potrebbe essere ristretta solo quando i tolleranti ritengano «*sincerely and with reason [...] that their own security and that of the institutions of liberty are in danger*» e che all'uopo «*a [...] stringent condition is required: there must be some considerable risks to our own legitimate interests*».

¹⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008, 23 e 36-7 in cui si nota come l'uso che si è fatto del noto teorema è andato ben al di là delle intenzioni di Böckenförde, il quale negli anni recenti «forse per evitare strumentalizzazioni clericali del suo pensiero» aveva insistito sulla insostenibilità giuridica di uno Stato liberale che rinunciasse alla libertà, alla laicità, alla tolleranza, all'eguaglianza e al pluralismo.

¹⁵ Per quanto riguarda Habermas, è stato notato come l'Autore, pur partendo dal principio primo dello Stato costituzionale (ossia che «nessuno possiede a priori una verità unilaterale che possa diventare, di per sé, cioè fuori dal confronto nel dibattito pubblico, una verità per tutti»), finisca poi per indicare una prospettiva normativa per la convivenza tra fede e ragione fondata sull'assunzione di alcune verità basilari del pensiero religioso che si risolvono nella prevaricazione della libertà e nella rinuncia ai presupposti del pensiero razionale. In questo senso, G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 24-26 a proposito di J. Habermas – J. Ratzinger, *Etica, religione e Stato liberale*, in *Humanitas*, 2004, 232-60. Sul diverso percorso intrapreso da Häberle quanto «all'integrazione nello stato costituzionale dei problemi di verità», vedi *infra*, § 7.

¹⁶ Per l'influsso esercitato dalla dottrina dell'integrazione sul pensiero di Häberle, v. P. Ridola, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, 143 ss., spec. 145-147 e lo stesso Peter Häberle, ricordando Konrad Hesse, suo maestro e maggiore allievo di Smend, in P. Häberle, *Dalla Staatsrechtslehre alla società aperta del diritto costituzionale comparato ed europeo*, in *Nomos*, 2, 2016, 2.

¹⁷ Sui legami tra il pensiero di Habermas e quello di Smend, posto all'origine delle riflessioni sulla sfera pubblica, vedi P. Ridola, *op. cit.*, 130 ss.

quale scenario socio-politico e giuridico dovremmo testare il teorema di Böckenförde? Sarà pertanto necessario analizzare il contesto storico generale che ha dato i natali alla policy *anti-fake news*, con particolare riferimento al mondo dell'informazione. Solo così potremmo tentare di capire a quale idea di Stato e di società corrispondano questi indirizzi politici.

2. Le politiche *anti-fake news* in Francia, Germania, Italia e UE

In questi giorni si discute nel Parlamento francese la proposta di legge sulla lotta alle false informazioni durante il periodo elettorale¹⁸, che prevede sia l'introduzione di un potere di censura amministrativa sul mezzo televisivo nei confronti di contenuti riconducibili alla propaganda di Paesi stranieri¹⁹, sia il sequestro giurisdizionale d'urgenza nei confronti di notizie online asseritamente false.

La proposta è stata aspramente criticata dalla principale organizzazione rappresentativa dei giornalisti d'oltralpe, anche per la parte relativa alla rimozione delle *fake news* sul web. Come si legge nel comunicato stampa diramato dal SNJ (Sindacato Nazionale dei Giornalisti) il 10 marzo 2018, attribuire ad un giudice il potere di rimuovere una notizia entro 48 ore dal ricorso significa conferirgli il potere di «decidere sulla veridicità di notizie la cui attendibilità richiede talvolta indagini di diversi mesi». Allo stesso tempo questo sistema oltre ad «indebolire la protezione delle fonti giornalistiche», metterebbe in pericolo «l'intera catena dell'informazione». In definitiva, «con il pretesto di combattere la diffusione di notizie false, questo testo minaccia la libertà di espressione e la libertà di informare»²⁰.

In effetti, l'introduzione di questo potere del giudice civile, pur tecnicamente riconducibile al sequestro – in quanto operante dopo la pubblicazione e la contemporanea diffusione in rete delle notizie – può rappresentare nella sostanza una forma di censura irreparabile: infatti il sequestro sarebbe destinato ad intervenire indipendentemente da ogni dubbio relativo alla commissione di un illecito²¹, per giunta sulla scorta di un

¹⁸ Si tratta in realtà di due progetti di legge “gemelli” nel contenuto, ma non nella forma: uno è un progetto di legge ordinaria per le elezioni parlamentari (“Proposta di legge sulla lotta alle false informazioni”, n. 799 del 21 marzo 2018); l'altro è un progetto di legge organica per le elezioni presidenziali (“Proposta di legge organica sulla lotta alle false informazioni”, n. 772 presentata il 16 marzo 2018). Entrambe sono reperibili su <http://www.assemblee-nationale.fr>.

¹⁹ L'art. 5 della proposta n. 799 del 21 marzo 2018 (che aggiungerebbe l'art 33-1-1 alla legge 30 settembre 1986 sulla libertà di comunicazione) prevede che durante il periodo elettorale il *Conseil Supérieur de l'Audiotvisuel* potrà «impedire, prevenire, sospendere o porre fine alla diffusione di servizi televisivi controllati da uno Stato straniero o sotto l'influenza di questo Stato qualora essi ledano gli interessi fondamentali della Nazione o prendano parte ad attività destabilizzanti per le sue istituzioni, in particolare attraverso la diffusione di notizie false, volte ad alterare la sincerità del voto».

²⁰ Cfr. [Comunicato stampa 10 marzo 2018 del Sindacato Nazionale dei Giornalisti francesi](#).

Dello stesso tenore le critiche rivolte ai due progetti di legge da J. Cagé, «*Loi de fiabilité et de confiance de l'information: de la transparence, oui, mais à tous les niveaux*», in <https://blogs.mediapart.fr>, 19 febbraio 2018.

²¹ Per l'idea in forza della quale il sequestro giurisdizionale degli stampati, pur non impedendone la stampa e la pubblicazione (a differenza, rispettivamente, delle autorizzazioni e della censura) ne impedisce comunque la “diffusione” o “l'ulteriore diffusione” e dunque può rappresentare nella

parametro assolutamente indeterminato (perché il testo parla solo di «informazioni false in grado di influire sulla sincerità del voto»²²).

Ad analoghi esiti, ma con l'aggravante dell'assenza di un giudice, conduce la legge tedesca del 30 giugno 2017, c.d. *NetzDG*. Qui la censura viene esercitata per interposta persona, imponendo ai *social network* di rimuovere (entro sette giorni) contenuti «non manifestamente illeciti» ma fatti oggetto da parte degli utenti di un certo numero di segnalazioni a causa della asserita «falsità del loro contenuto»²³. In sostanza, le *fake news*, vere o presunte, vengono trattate alla stessa stregua della pedopornografia, della istigazione alla violenza o al terrorismo con una lieve differenza quantitativa circa i tempi di rimozione (da operarsi, per queste ultime fattispecie, entro 24 ore). Inoltre è prevista l'istituzione di una autorità di autoregolamentazione, riconosciuta da un organo del Ministro della Giustizia, il quale d'intesa con il Ministro dell'Interno e il Ministro dell'Economia adotta anche i principi amministrativi generali volti a regolare l'esercizio della discrezionalità da parte dell'autorità in questione²⁴.

A questo provvedimento si ispirava quasi pedissequamente il disegno di legge Zanda sulle *fake news* che era stato presentato al Senato il 14 dicembre 2017, durante la XVII Legislatura. In base al disegno di legge italiano – così come per la legge tedesca – il termine di sette giorni per la rimozione di contenuti non manifestamente illeciti era superabile solo in due diverse ipotesi: o nel caso in cui la decisione sull'illiceità del contenuto fosse dipesa da false affermazioni o dalla necessaria verifica di altre circostanze fattuali, perché allora si sarebbe dovuto consentire all'utente di rispondere al reclamo prima della pronuncia della decisione; oppure nel caso in cui, entro sette giorni dalla ricezione del reclamo, il *social network* avesse deciso di delegare la decisione in materia a un'istituzione di autoregolamentazione²⁵ riconosciuta con apposito decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della Giustizia, sentito il Garante per la protezione dei dati personali²⁶.

Sempre in Italia, mentre in questi primi mesi della XVIII Legislatura si è assistito ad una attenuazione dei toni e della pressione sul tema²⁷, per quanto riguarda la Legisla-

sostanza una forma irreparabile di censura, qualora venga disposto prima dell'accertamento dell'illecito da parte del giudice, v. C. Chiola, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Napoli, 1984, 67 e adesivamente M. Manetti, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, 774.

²² In base all'art. 1 c. 2 della Proposta di legge sulla lotta alle false informazioni, n. 799 del 21 marzo 2018 (che reca modifiche all'art. L-163-2 del *Code Electoral*), l'ordine di sequestro giurisdizionale scatta per i fatti consistenti in «informazioni false che possono influire sulla sincerità del voto» e che «vengono diffusi artificialmente e in modo massiccio attraverso un servizio di comunicazione pubblica online».

²³ Cfr. art. 1, sez. 3, par. 2, punto 3, lett. a) del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG* (titolo lungo: *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*) ossia della legge 30 giugno 2017 “per migliorare l'applicazione del diritto sui social network”, reperibile in lingua inglese online.

²⁴ Cfr. art. 1, sez. 4, par. 4 e sez. 3, par. 7 del *NetzDG*, cit.

²⁵ Cfr. art. 2, par. 2, lett c), punti 1 e 2 del disegno di legge AS 3001, Zanda e Filippin, “Norme generali in materia di social network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle *fake news*”.

²⁶ Cfr. art. 3, par. 3 del progetto di legge AS 3001, cit.

²⁷ Almeno da quel che si può dedurre dal tenore della proposta di legge, AC 1056, Fiano e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 3 agosto 2018, la quale tenendo conto dei rilievi avanzati dalla dottrina a proposito dei progetti presentati nella scorsa Legislatura (in particolare di quelli formulati

tura terminata nel marzo 2018, oltre al disegno Zanda, occorre menzionare anche la proposta di legge volta a reprimere penalmente le *fake news*, sulla falsariga della legge approvata in Malaysia il 2 aprile 2018 (ma abrogata dopo appena sei mesi di vigenza), del disegno di legge presentato dal Governo filippino nel giugno 2017 e dell'analogo disegno di legge governativo che era stato presentato in India nell'aprile 2018, salvo poi essere ritirato in seguito alla mobilitazione di ampi settori dell'opinione pubblica²⁸. Il riferimento è al disegno di legge Gambaro (presentato al Senato il 7 febbraio 2017) il quale intendeva rinverdire quelle fattispecie di reato che nel Codice Rocco rappresentano il legato più tipico del ventennio: con l'introduzione degli artt. 265-*bis* e 265-*ter*, il progetto si proponeva in sostanza di estendere al tempo di pace la punizione del «disfattismo politico» (reato attualmente previsto solo per il tempo di guerra dall'art. 265 c.p.); con l'art. 656-*bis* invece si sarebbe creato un altro reato di pubblicazione o diffusione di «notizie false, esagerate o tendenziose» (già previsto dall'art. 656 c.p.) per estenderlo al web – ad eccezione delle testate giornalistiche online – senza peraltro inserire nel testo del nuovo articolo la condizione di punibilità (la turbativa dell'ordine pubblico) che ha preservato l'art. 656 del c.p. da una dichiarazione di incostituzionalità²⁹. Almeno fino all'ultima volta in cui il giudice delle leggi è stato interrogato sul punto (era il 1976).

Unanime il coro dei giuristi sul citato disegno di legge: violazione dei principi di determinatezza, tassatività e offensività delle fattispecie di reato, connessa alla patente violazione della libertà di manifestazione del pensiero in nome di un sinistro richiamo allo Stato Etico di matrice totalitaria, se non al suo antesignano medievale fondato sulla negazione del diritto di eresia³⁰.

da G.E. Vigevani e da C. Melzi d'Eril, come si legge nella relazione introduttiva), ha optato per un approccio meno invasivo dei pubblici poteri, puntando sulla «istituzione di una Commissione di inchiesta sulla diffusione intenzionale e massiva di informazioni false attraverso la rete internet e sul diritto all'informazione e alla libera formazione dell'opinione pubblica». Attualmente però non sono ancora stati pubblicati i testi delle altre due proposte di legge presentate il 31 ottobre 2018 alla Camera dei Deputati: AC 1325, Minardo, «Norme per regolamentare il funzionamento delle piattaforme di comunicazione e delle comunità virtuali nella rete internet»; AC 1328, Pastorino, «Istituzione dell'Osservatorio nazionale per il monitoraggio della rete internet».

²⁸ Sulle alterne vicende della legislazione *anti-fake news* nel sud-Est asiatico, oltre a D. Funke, *A guide to anti-misinformation*, *op. cit.*, si vedano anche i due articoli apparsi su <https://www.theguardian.com/world/>, rispettivamente il 17 agosto e il 3 aprile 2018 (*Malaysiascraps 'fake news' law used to stifle free speech*; *India backs down over plan to banjournalists for 'fake news'*) e quello apparso su <https://theaseanpost.com/article/combating-fake-news-balancing-act> il 21 agosto 2018 (*Combatingfake news: A balancingact*) che dà conto dello stato delle normative proposte o già vigenti negli altri paesi dell'area.

²⁹ Si veda C. Cost., 16 marzo 1962, n. 19, punto 4, in cui la Corte dichiara non fondata la q.l.c. sollevata in relazione all'art. 656 c.p. ritenendo che esso punisca le notizie esagerate, false o tendenziose «solo in quanto idonee a turbare l'ordine pubblico». Qui si accoglie una nozione di ordine pubblico inteso come «preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni attentato a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza», salvo poi dilatare la nozione di pericolo concreto ed effettivo includendo l'art. 656 c.p. tra le disposizioni legislative che «in modo proporzionato» sono «volte a prevenire e reprimere siffatti turbamenti». Questa posizione fu ribadita durante gli anni di piombo (C. Cost., 29 dicembre 1972, n. 199 e C. Cost., 3 agosto 1976, n. 210) e il referendum relativo all'abrogazione dell'art. 656 c.p. fu dichiarato inammissibile a causa della eterogeneità del quesito (C. Cost., 7 febbraio 1978, n. 16). Da allora l'art. 656 c.p. non è più giunto all'attenzione della Corte.

³⁰ Vedi, tra gli altri, M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in questa *Rivista*, 1, 2018,

Non meno inquietudine destano gli interventi pubblici apparentemente più morbidi ma tesi comunque a delegittimare e a privare delle necessarie risorse finanziarie l'espressione di opinioni sgradite, sempre facendo leva sul carattere inevitabilmente indeterminato della nozione di falso informativo.

Ciò è reso palese dal recente scandalo suscitato dall'operato della piattaforma online europea EUvsDisinfo, creata dall'UE per difendersi dalle campagne di propaganda attribuite al Cremlino³¹.

Nel gennaio 2018 la piattaforma ha etichettato come falsi informativi tre contenuti relativi all'Ucraina apparsi tra il 2015 e il 2016 su un blog e su due testate olandesi online³². In particolare, l'articolo pubblicato dal giornale *The Post Online* il 19 novembre 2015 riportava le opinioni di Stefan Huijboomun, giornalista olandese che vive in Ucraina e che descrive il Paese come uno Stato oligarchico e senza media indipendenti, onde poi segnalare la crescita dei movimenti fascisti e l'alta considerazione di cui gode l'esercito di resistenza, accusato di aver ucciso migliaia di ebrei durante la II Guerra mondiale³³. I responsabili della piattaforma – che avevano agito su istanza di un'associazione denominata “*Promote Ukraine*” – si sono trincerati dietro un «errore di traduzione»³⁴, come se delegittimare apoditticamente una opinione (ossia la frase frutto dell'errore: «L'Ucraina è uno Stato fascista»³⁵) etichettandola istituzionalmente come “notizia falsa”, possa rappresentare un fatto meno grave.

La questione ha scandalizzato la stampa d'oltreoceano. Emblematico l'articolo a firma di Michael Birnbaum, apparso sul *Washington Post* del 25 aprile 2018, dal titolo: «L'Europa vuole reprimere le notizie false. Ma ciò che per qualcuno è una notizia falsa, per

3, 6-7 e C. Melzi d'Eril, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 60 ss, 62-64, 67; M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 26 ss, 31. Da una diversa angolazione, il disegno di legge Gambaro AS 2688 è stato criticato anche da chi ritiene che la scelta imboccata dal legislatore tedesco, pur esponendosi al rischio di censure, sia più in linea con le tendenze in atto poste in essere per affrontare il problema della disinformazione on-line, v. F. Pizzetti, *op. cit.*, 48 ss. e 56.

³¹ L'iniziativa fa parte della *East Strategic Communication Task Force*, varata nell'ambito della PESC (artt. 23 ss. TUE) dando seguito alle Conclusioni del Consiglio Europeo del 19-20 marzo 2015.

³² Uno era apparso sul blog di estrema destra *Geen Stijl* con il titolo “*Live! Geen Peillecture by Poroshenko to Uni Leiden*” in data 27 novembre 2015, a proposito della conferenza del Presidente Ucraino Poroshenko nell'Università di Leiden. Il secondo, dal titolo “*Buk manufacturer rejects conclusions MH17*” era stato pubblicato sul giornale on-line regionale *De Gelderlander* il 28 settembre 2016, e riproduceva parte del comunicato stampa di Almaz-Antey – un trafficante di armi russo – sul tema dell'abbattimento dell'aereo della Malaysia Airlines. Il terzo era stato pubblicato sul quotidiano *The Post Online* il 19 novembre 2015, su cui v. *infra*, nt. 31. Si veda il ricorso giurisdizionale presentato dai tre siti contro la piattaforma EUvsDisinfo innanzi al Tribunale di prima istanza di Amsterdam.

³³ Si tratta dell'articolo di Chris Aalberts, *#Bruslog: ThierryBaudetis the Netherlands' foremostexpert on Ukraine*, 19 novembre 2015, che trattava della relazione tenuta da Stefan Huijboom al congresso del partito conservatore *Forum voor Democratie* (FvD) ironizzando sull'atteggiamento ostruzionistico posto in essere dal presidente del FvD, Thierry Baudet, nei confronti del relatore.

³⁴ Come si legge nel comunicato della task force EUvsDisinfo dell'8 marzo 2018, relativo alla rimozione dei tre articoli olandesi.

³⁵ Frase peraltro attribuita all'articolo del blog *Geen Stijl* dal titolo “*Live! Geen Peillecture by Poroshenko to Uni Leiden*”, cit. In realtà nell'articolo si suggeriva di chiedere numi al Presidente Poroshenko riguardo alla «politica fascista latente sottotraccia nel suo paese»: la locuzione conteneva un link ad un articolo apparso sul *Guardian* in cui il sociologo ucraino Volodymyr Ischenko parlava di questo fenomeno.

qualcun'altro è dissenso democratico»³⁶.

Ciò nonostante, il 26 aprile 2018 la Commissione Europea ha annunciato di voler esportare il modello di EUvsDisinfo alla sua politica di contrasto della disinformazione online.

Innanzitutto le piattaforme saranno tenute ad adottare un codice comune di buone pratiche teso, tra le altre cose, «a restringere il numero di possibili bersagli di propaganda politica e ridurre il profitto dei vettori di disinformazione». Inoltre, un gruppo di “esperti” reclutati da un centro di ricerca privato (l'*International Fact Checking Network* - IFCN, ramo del *Poynter Institute*), qualificati alla stregua di «verificatori di fatti» agiranno su una apposita piattaforma online gestita dall'UE, con la pretesa di insegnare il mestiere ai giornalisti, etichettando come vere o false le informazioni circolanti online³⁷. Per avere un'ulteriore riprova di come tali sistemi finiscano in realtà per colpire le opinioni più che i falsi digitali, è sufficiente controllare i due siti italiani di “verificatori di fatti” già accreditati presso l'IFCN (Pagella Politica e Lavoce.info) all'interno dei quali attori certamente non estranei al dibattito politico etichettano non solo dichiarazioni relative a dati verificabili, ma anche analisi di carattere generale aventi ad oggetto lo stato della società e dell'economia italiana. Esempio tipico: l'Italia si sta impoverendo negli ultimi anni? Bufala! Perché esiste una statistica sulla “povertà assoluta” nel biennio tal dei tali che la considera stabile.

Come dice Margaret Sullivan sul *Washington Post* (8 gennaio 2017) è l'espressione “*fake news*” ad essere fuorviante e pericolosa, e sarebbe ora di metterla in soffitta³⁸.

Così mentre la stampa statunitense fa retro marcia, sia pur tardivamente (cioè, da quando il Presidente Trump ha utilizzato l'ideologia delle *fake news* a suo uso e consumo), da quest'altra parte dell'Atlantico l'UE pensa di imporre a tutte le piattaforme un procedimento direttamente ispirato ai costosi “sistemi di assicurazione della qualità delle notizie” che Google e Facebook³⁹ hanno già spontaneamente adottato nel 2017 per consolidare, assieme al loro «capitale reputazionale»⁴⁰, il sostanziale duopolio nel mercato dei servizi online, e quindi il dominio nella selezione delle notizie accessibili e “sponsorizzabili” sul (clear) web.

Il sistema è basato sui reclami del consumatore-utente (ossia del soggetto paternalisticamente indicato come vittima predestinata delle *fake news*) e soprattutto sul referraggio di “esperti” (Facebook si è affidato proprio alla rete di verificatori che fa capo all'IFCN) che per ora sfocia nella qualificazione di una notizia come “contestata”. La conseguenza di norma non è la rimozione, anche se il 18 aprile 2018 Facebook ha bloccato alcuni siti filippini ritenendoli latori di *fake news*. Tuttavia, per la notizia con-

³⁶ Così M. Birnbaum, *Europe wants to crack down on fake news. But one person's fake news is another's democratic dissent*, in <https://www.washingtonpost.com>, 25 aprile 2018, parafrasando chiaramente la famosa frase del giudice Harlan nel caso *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), su cui v. *infra* §. 7.

³⁷ Commissione europea - Comunicato stampa del 26 aprile 2018, “Lotta alla disinformazione online: proposta della Commissione di un codice di buone pratiche dell'UE”.

³⁸ M. Sullivan, *It's time to retire the tainted term 'fake news'*, in *Washington Post*, 8 gennaio 2017.

³⁹ Su questo sistema, v. le considerazioni critiche di M. Monti, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 79 ss., 88 che condivide le preoccupazioni del mondo giornalistico circa la possibilità di scelte politicamente orientate dei *fact-checkers* da parte di Facebook.

⁴⁰ M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 26 ss., 34.

testata scatta il divieto di sponsorizzazione.

Ed è questa, ancor più dei sequestri, delle censure e delle repressioni penali, l'arma in assoluto più potente per far sparire le notizie urticanti o sgradite che, per definizione, sono narrazioni "contestate".

3. La policy *anti-fake news* della Commissione UE come manifestazione dell'indirizzo politico impresso al mercato unico digitale: cenni alla riforma della privacy e del diritto d'autore

Da tale angolo visuale, la campagna euro-unitaria contro le *fake news* sembra accordarsi perfettamente con le linee espresse in altri settori della policy del mercato unico digitale, con particolare riferimento alla nuova disciplina sui dati personali e alla proposta di direttiva per la riforma del diritto di autore.

Le critiche mosse dalla dottrina alla sentenza CGUE *Google Spain*⁴¹ in materia di diritto all'oblio, che affida alle piattaforme online il delicato bilanciamento tra quest'ultimo e la libertà di espressione e di informazione⁴², possono agevolmente traspirarsi all'art. 17 del GDPR⁴³ che ha incorporato i dettami di quella decisione⁴⁴.

Così come, guardando al complesso della nuova disciplina sulla tutela dei dati personali, il timore che tali previsioni finiscano per rafforzare il duopolio di Google e Facebook in materia di raccolta pubblicitaria online, sembra confermato dalla crescita di

⁴¹ Vedi in particolare O. Pollicino, *Google rischia di rivestire un ruolo paracostituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 maggio 2014, e G.E. Vigevari – M. Bassini, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 11 ss., 20 che a proposito di CGUE, C-131/12, *Google Spain v. Agenzia Spagnola dei Protezione dei Dati* (2014), sul diritto di deindicizzazione dei dati personali dai motori di ricerca, osservano come l'attuazione di questa decisione avrebbe trasformato gli operatori di Internet in attori para-costituzionali, affidando loro un «tendenziale arbitrio nella definizione dei criteri per la selezione delle notizie».

⁴² Si veda il punto 4 della cit. sentenza CGUE *Google Spain*: «l'obbligo di cancellazione dei link dall'elenco dei risultati di ricerca ricade su quelle pagine web che contengano dati che pur essendo esatti siano inadeguati, non pertinenti o eccessivi in rapporto alle finalità del trattamento, che non siano aggiornati, oppure che siano conservati per un arco di tempo superiore a quello necessario, a meno che la loro conservazione non si imponga per motivi storici, statistici o scientifici»; il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali (artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) «prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi».

⁴³ Regolamento UE 2016/679, del 27 aprile 2016, "Regolamento generale sulla protezione dei dati", d'ora in poi GDPR, il cui testo, aggiornato con le rettifiche pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 127 del 23 maggio 2018.

⁴⁴ Vedi l'art. 17 del GDPR, rubricato "Diritto alla cancellazione" («diritto all'oblio»), che ha previsto il diritto di cancellazione sia dei dati personali ritenuti non più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati (par. 1 lett. a), sia di qualsiasi link, copia o riproduzione degli stessi (par. 2), fornendo poi un elenco delle deroghe a questo principio generale tra le quali compaiono generici riferimenti «all'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione» e alla «ricerca scientifica o storica» (par. 3 lett. a e d).

entrambi i colossi della rete negli utili e nel fatturato pubblicitario del primo trimestre 2018⁴⁵.

Non è solo una questione di oneri finanziari e organizzativi che, a differenza di Google e Facebook, sono difficilmente sostenibili dalle piccole imprese del web. Si tratta della enorme disparità tra queste ultime e i due giganti della rete, sia in termini di reputazione e quindi di facilità nella raccolta dei consensi al trattamento dei dati, sia in termini di potere contrattuale derivante dal possesso dei c.d. big data, grazie al quale solo Facebook e Google potranno sopravvivere anche senza il preventivo assenso di una parte dei loro utenti al trattamento dei dati.

Difficile peraltro ignorare il paradosso di una disciplina che si affida agli *Over The Top* per la tutela della privacy e della libertà di informazione quando Google resta libera di mettere a disposizione del pubblico il software necessario a confezionare la più recente e subdola forma di falso digitale, il c.d. *deepfake*.

Allo stesso modo, la proposta di direttiva UE sul diritto d'autore (COM/2016/0593 final) ha suscitato un intenso dibattito mediatico e politico avente ad oggetto il futuro della libertà di manifestazione del pensiero, della cultura e della democrazia a causa di due previsioni.

La prima è inserita nell'art. 11, che impone la previa autorizzazione e il pagamento dei diritti di copyright agli editori per i c.d. *snippet*, ossia le anteprime degli articoli create automaticamente dai social network e dagli aggregatori di notizie nel momento della pubblicazione del link, anche se nella versione attuale (derivata dagli emendamenti approvati dal PE il 12 settembre 2018) ciò non vale per i «semplici collegamenti ipertestuali accompagnati da singole parole»⁴⁶.

La seconda delle due previsioni in questione è formulata nell'art. 13, in virtù del quale i soggetti che consentono la pubblicazione online di contenuti prodotti dai propri utenti hanno bisogno di una licenza per svolgere tale attività e devono, comunque, dotarsi di specifici filtri automatici capaci di identificare e bloccare la pubblicazione di ogni contenuto coperto da diritto d'autore in mancanza di un'adeguata licenza.

Nonostante sia unanimemente condivisa l'esigenza di arrestare il processo di cannibalizzazione dei contenuti posto in essere dagli *Over The Top* che lucrano limitandosi a riprodurre notizie frutto del lavoro di giornalisti e di editori (sottraendo a questi ultimi le risorse necessarie a produrre informazione), una parte del mondo della cultura e del giornalismo⁴⁷ ha segnalato l'inadeguatezza di tali misure rispetto allo scopo, nonché i

⁴⁵ Secondo l'analisi di A. Zampaglione, *Privacy, Google e Facebook guadagnano anche lì*, in *Repubblica - Affari e Finanza*, del 30 aprile 2018.

⁴⁶ Cfr. art. 11, par. 2-*bis* della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul "Diritto d'autore nel mercato unico digitale", COM - 2016/0280, come risultante dagli emendamenti apportati dal PE il 12 settembre 2018, visibili nel documento P8_TA-PROV(2018)0337, in www.europarl.europa.eu. Non è chiaro peraltro se l'interpretazione (o le eventuali successive modifiche) della dizione («semplici collegamenti ipertestuali accompagnati da singole parole») sarà in grado di escludere con certezza l'obbligo di pagamento e di licenza per la mera indicizzazione delle notizie, e soprattutto, se i colossi della rete saranno disposti ad indicizzare notizie senza *snippet*.

⁴⁷ Ad esempio, si veda la lettera aperta inviata al Coreper il 26 aprile 2018 (*Open Letter in light of the 27 April 2018 Coreper I Meeting*) sottoscritta da 147 organizzazioni del settore, tra cui, per l'Italia, l'Associazione Nazionale Stampa Online.

Si veda anche il comunicato del 3 luglio 2018 con il quale Wikipedia annunciava l'oscuramento di tutte

rischi che ne derivano per la libertà di informazione e per la stessa attendibilità delle notizie circolanti in rete⁴⁸.

In particolare si è osservato che stando all'esperienza spagnola e tedesca – in cui già vige una normativa sul diritto di autore che impone agli aggregatori di notizie, come Google News, di pagare agli editori un compenso per gli *snippet* – l'art. 11 della proposta di direttiva «potrebbe far sparire dalla rete soltanto le notizie dei giornali europei e, con tutta probabilità, i contenuti realizzati da piccoli editori e blogger»⁴⁹, per i quali le grandi piattaforme potrebbero essere intenzionate a non pagar alcun compenso⁵⁰. Senza contare che se lo scopo è quello di tutelare i veri produttori delle news, l'idea di prevedere la stipula di accordi di licenza tra oligopolisti del web e singoli editori, non tiene conto della gigantesca disparità esistente, in termini di potere contrattuale, tra questi ultimi e «il Google di turno»⁵¹, nonché delle inevitabili differenze di trattamento che gli *Over The Top* opererebbero tra piccoli e grandi editori.

Quanto all'art. 13 della proposta di direttiva, le notizie dei piccoli media indipendenti potrebbero sparire dalla rete a causa della generale responsabilità istituita a carico degli IP per la violazione del diritto di autore (da cui ovviamente deriverebbe una sproporzionata azione di censura privata volta ad abbattere il rischio di impresa). L'eventualità paventata al riguardo è che la Rete si trasformi «in una grande televisione nella quale pochi decidono la dieta mediatica di miliardi di cittadini del mondo»⁵², senza che ne risulti scalfito, ma semmai rafforzato, l'oligopolio dei colossi della rete (gli unici in grado di sostenere il costo proibitivo necessario a sviluppare i filtri imposti dall'art. 13).

Benché attualmente nell'art. 13 della proposta sia stabilito che contro le cancellazioni dei contenuti i «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online istituiscano meccanismi di reclamo e ricorso celeri [...] soggetti a verifica umana»⁵³ (ossia trattati dal personale della piattaforma e non da algoritmi), e nonostante sia esclusa l'applicabilità della nuova direttiva ai prestatori di servizi sulla rete che agiscono a fini non commerciali – quali ad esempio le piattaforme *open source*, le microimprese e le enciclopedie online⁵⁴ – ci vorrà tempo per verificare la fondatezza dei timori suscitati dagli artt. 11

le pagine dell'enciclopedia per protestare contro il testo della proposta di direttiva UE sulla riforma del diritto di autore, in vista del voto che si sarebbe tenuto tre giorni dopo (esitato in una provvisoria bocciatura del testo). Infine vanno menzionati i due [appelli pubblicati il 24 aprile 2018 e il 6 settembre 2018 sul sito dell'Università di Amsterdam](#), firmati da 169 docenti che insegnano diritto della proprietà intellettuale, diritto di internet, diritti umani, e giornalismo nelle università di tutta Europa.

⁴⁸ In entrambi i citati appelli dei 169 docenti universitari europei si nota come la proposta di riforma UE del diritto di autore rischi di agevolare la diffusione delle *fake news*: se agli utenti di piattaforme come Twitter è vietato far circolare i link postati dagli abbonati a notizie on-line di qualità, accessibili pubblicamente, è probabile che tali utenti diffondano informazioni derivate da altre fonti.

⁴⁹ A.F. de Cesco, *La riforma Ue sul copyright online: ecco che cosa prevede e quali sono i dubbi*, in *Corriere.it*, 20 giugno 2018, scheda 7.

⁵⁰ Nello stesso senso C. Rossi, *Copyright, il caso Snippet. Cos'è e perché fa litigare editori e Google*, in *www.startmag.it*, 28 giugno 2018.

⁵¹ A.F. de Cesco, *op. cit.*

⁵² G. Scorza, *Link tax nella riforma Ue, ogni scorciatoia sul diritto d'autore mette a rischio la nostra democrazia*, in *Il Fatto Quotidiano*, 27 giugno 2018.

⁵³ Cfr. art. 13, par. 2-ter della proposta di direttiva COM 2016/0280, cit.

⁵⁴ Cfr. il Considerando 37-bis della proposta di direttiva COM 2016/0280, cit.

e 13 del progetto.

Inoltre, guardando all'impianto complessivo della riforma, la proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale è stata ricondotta ad una tendenza normativa fondata sulla "bulimica" trasposizione al web del modello di "*ius excludendi*" in forza del quale si «impone la trasformazione dei rapporti concernenti opere o altri materiali protetti – oggetto di download o di altre più o meno marcate dematerializzazioni da un supporto fisico – da ordinari contratti di vendita a negozi di licenza o forniture di servizi». In sostanza, il rifiuto di applicare al web il modello di «dominio pubblico pagante» (quello che «le emittenti radiofoniche ed i locali di pubblico intrattenimento avevano invece conquistato fin dalla prima metà del secolo scorso per la trasmissione della musica commerciale senza veti o insostenibili costi di negoziazione») rappresenta un pericolo per la produzione, la fruizione e la diffusione della cultura e dell'informazione. Infatti, aderendo al modello di *ius excludendi* si finisce per erigere «insuperabili barriere di entrata», tenuto anche conto dell'irrompere delle creazioni dell'intelligenza artificiale neurale: «la possibilità della creazione di milioni o miliardi di opere dell'ingegno (solo) oggettivamente originali» e «potenzialmente inaccessibili, a priori, dai terzi» costituisce infatti una ulteriore sfida rispetto alla stessa *ratio* del diritto di proprietà intellettuale, basata sul concetto di «personalità dell'autore»⁵⁵.

Sul piano sostanziale, dunque, gli indirizzi politici euro-unitari nel campo della privacy e del diritto d'autore tendono a rafforzare il vantaggio già acquisito dai colossi della rete, con il rischio che la libertà di informazione venga regolata dalla logica del profitto all'interno di un mercato sempre più chiuso.

È la conseguenza derivante dalla tendenza ad istituire pezzo per pezzo la responsabilità editoriale delle piattaforme, moltiplicando le deroghe al principio generale derivante dall'art. 15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico⁵⁶.

Sul piano procedurale, invece, le discipline euro-unitarie in materia di privacy⁵⁷ e di

⁵⁵ A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2018, 471 ss.

⁵⁶ Il quale prevede che «gli Stati membri non impongono agli Internet Provider (prestatori di servizi internet) né ai fornitori di accesso a Internet un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite». Come nota M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 32, ciò attualmente implica, secondo CGUE, C-70/2010, *Scarlet Extended SA vs Soc. Belga degli Autori* (2011), l'illegittimità rispetto al diritto dell'UE di normative nazionali che impongano ai Provider obblighi di continuo e costante monitoraggio o di filtraggio automatico. Da questo punto di vista, sia il progetto di riforma del diritto d'autore, sia la nuova disciplina sulla privacy costituiscono ampie deroghe al divieto di istituire una responsabilità editoriale per gli IP. Inoltre, benché il principio venga attualmente fatto salvo dalla proposta di direttiva "Codice Europeo Comunicazioni Elettroniche", COM (2016) 590 del 14 settembre 2016, occorrerà verificarne la sopravvivenza alla fine del processo di riforma in atto: sul tema v. G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Torino, 2017, 234 ss.

⁵⁷ In base all'art. 58, par. 2, lett. f) del GDPR le autorità garanti a livello statale hanno il potere di imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento (salvo stabilire la possibilità di attribuire con legge nazionale ulteriori poteri, par. 6). In Italia, benché con il d.lgs. 101/2018 siano stati abrogati gli artt. 145 ss. del d.lgs. 196/2003 (che attribuivano espressamente poteri di natura inibitoria al Garante), lo stesso d. lgs. 196/2003, all'art. 166 (cc. 3 e 4) prevede attualmente che il Garante sia l'organo competente ad adottare i provvedimenti correttivi di cui all'art. 58, par. 2 del GDPR e che tali provvedimenti possano essere emanati anche «nell'ambito dell'esercizio dei poteri istruttori e d'indagine».

diritto di autore tendono ad accrescere i poteri inibitori delle *authorities*.

Si tenga presente che in Italia, proprio sulla scorta delle due più importanti Comunicazioni della Commissione in materia di mercato unico digitale⁵⁸, l'art. 2 della c.d. Legge europea 2017 ha inteso fornire una più completa attuazione delle direttive euro-unitarie già vigenti in materia di diritto d'autore⁵⁹, attribuendo all'Agcom un peculiare potere inibitorio. Si tratta del «potere di ordinare in via cautelare ai prestatori di servizi della società dell'informazione di porre fine immediatamente alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, qualora le violazioni medesime risultino manifeste sulla base di un sommario apprezzamento dei fatti e sussista la minaccia di un pregiudizio imminente, e irreparabile per i titolari dei diritti»⁶⁰. Stando alla bozza delle norme attuative (che in base all'art. 2 della citata legge spetta all'Agcom adottare) l'ordine cautelare è adottato in assenza di contraddittorio entro 3 giorni dalla ricezione dell'istanza⁶¹.

La policy europea sulle *fake news*, come si è visto, finisce per funzionare allo stesso modo: affida al mercato o (in futuro) ad uno dei suoi garanti (una *authority*) un potere che negli ordinamenti liberali non potrebbe spettare neanche ad un giudice: la potestà di imperio sulla verità.

Il risultato, come si è visto, è quello di colpire le opinioni, più che la diffusione di dati falsi⁶².

4. Essenza della democrazia pluralista e paradigmi costituzionali in materia di informazione

Da questa consapevolezza, del resto, muove la riflessione del costituzionalismo italiano in questa materia: «Le classiche ragioni sempre addotte contro le misure preventive, la censura, l'impedimento al libero uso dei mezzi, valgono anche contro l'ammissibilità di poteri del legislatore sul contenuto delle manifestazioni del pensiero», e tra queste ragioni «accanto alla fallibilità dei censori, la inutilità delle censure, la non pericolosità della manifestazione di opinioni» c'è pure «la incertezza della distinzione tra vero e falso»⁶³. Anche chi ha rivendicato la possibilità di tracciare un confine tra fatti reali –

⁵⁸ Si tratta delle seguenti comunicazioni: “Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa” – COM (2016) 288 *final* del 25 maggio 2016; “Lotta ai contenuti illeciti online - Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme *online*” - COM (2017) 555 *final* del 28 settembre 2017. Entrambe le comunicazioni della Commissione sono rivolte al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni.

⁵⁹ Direttive 2001/29/CE e 2004/48/CE.

⁶⁰ V. l'art. 2 della l. 167/2017, recante “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017”.

⁶¹ Il progetto dell'Agcom per attuare l'art. 2 della Legge europea 2017 consiste in una proposta di modifiche al *Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* (di cui alla delibera 680/13/CONS del 12 dicembre 2013), riportata nella delibera 8/18/CONS del 18 gennaio 2018.

⁶² Vedi in proposito, criticando la citata legge tedesca, la policy euro-unitaria sulle *fake news* e la proposta del Presidente dell'Antitrust italiano sulla istituzione di una apposita authority, E. MOROZOV, *Moral panic over fake news hides the real enemy – the digital giants*, in *The Guardian*, 8 gennaio 2017.

⁶³ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 20.

oggetto di pura e semplice notizia – e opinioni, a condizione però che la verità dei primi fosse «almeno virtualmente, da chiunque verificabile»⁶⁴, ha ricondotto la libertà di informare, quanto a struttura e portata, al diritto sancito nell'art. 21 Cost.⁶⁵. Le notizie dunque sono: «affermazioni dell'esistenza dei fatti»⁶⁶, «affermazioni e relazioni di fatti aventi carattere di attualità»⁶⁷, le quali debbono considerarsi “pensiero” e, in quanto tali, coperte dalle garanzie discendenti dall'art. 21 Cost., come risulta da una giurisprudenza costituzionale risalente a C. Cost., 13 luglio 1960, n. 59.

Ecco perché dalla garanzia dell'art. 21 Cost. resta escluso il «subiettivamente falso, quindi la menzogna, il dolo, l'inganno, il raggirio, o la frode ma non invece l'obiettivamente erroneo»⁶⁸.

Ciò significa anche che la libertà del legislatore di vietare il pensiero subiettivamente falso sussiste solo quando sia raggiunta la prova della divergenza dell'espressione dal pensiero interiore e a condizione che tale divergenza possa danneggiare la pubblica fede ovvero pregiudicare interessi giuridicamente protetti dei singoli o della collettività⁶⁹.

Come è stato più volte ricordato da chi si è occupato di *fake news*, la dottrina ha sempre concordato nel ritenere che la diffusione di notizie false non possa essere ritenuta in sé e per sé illecita⁷⁰.

Chiara è l'adesione all'idea kelseniana del rapporto tra verità e democrazia, che presuppone, con il rifiuto di tutte le concezioni metafisico-assolutistiche, «la parità di ogni valore e di ogni verità al pari dell'individuo che li trova»⁷¹.

Se ne ricava una idea di democrazia, quella pluralistica, fondata sulla centralità dell'individuo e quindi sul concetto di autodeterminazione individuale e collettiva⁷².

Di qui il rigetto di ogni concezione funzionalistica della libertà di manifestazione del pensiero: «Rispetto allo Stato, allo svolgimento della vita dello Stato, il diritto così riconosciuto a volte apporgerà dunque bene, a volte male, a volte rafforzerà un regime, a volte ne corroderà le basi e ne preparerà la fine»⁷³; «Non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicché possa determinarne la funzione e i limiti [...]. Le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè il valore della persona umana) porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione

⁶⁴ V. Crisafulli, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il politico*, 1964, 285 ss., 288.

⁶⁵ *Ibid.*, 287 e 302.

⁶⁶ C. Esposito, *op. cit.*, 39-40.

⁶⁷ V. Crisafulli, *op. cit.*, 287, 296.

⁶⁸ C. Esposito, *op. cit.*, 36-37 e nota 83. V. pure A. Pace, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, 89-90 e M. Manetti, *ivi*, 789, nota 28.

⁶⁹ A. Pace, *Art. 21*, cit., 89-90.

⁷⁰ Così, pur partendo da una prospettiva molto diversa da quella di Esposito, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229.

⁷¹ H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo* (1933), trad. it. in C. Geraci (a cura di), *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 37 ss., 56.

⁷² Cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 6 (sulla scorta, tra gli altri, di Dworkin e Dahl).

⁷³ C. Esposito, *op. cit.*, 9-10.

dello Stato democratico»⁷⁴.

La concezione che è alla base del rapporto tra democrazia e diritti individuali, tra i quali è incluso anche quello derivante dall'art. 41 Cost., ha condotto alla distinzione tra contenuti e mezzi di manifestazione del pensiero, accolta dalla Corte costituzionale con la sua giurisprudenza sul pluralismo informativo.

Questo principio, in entrambe le sue accezioni, è stato lo strumento per coniugare la suddetta impostazione in materia di libertà di manifestazione del pensiero con le altre norme costituzionali sulla forma di Stato: il pluralismo delle voci e delle tendenze ideali esistenti nella società, se da un lato funge da rappresentazione delle narrazioni sformite di mezzi, dall'altro realizza il "diritto all'informazione", come pluralità costituzionalmente garantita di voci concorrenti⁷⁵ e fonti informative⁷⁶.

Nella giurisprudenza costituzionale relativa alla peculiare declinazione del principio di concessione rispetto all'emittenza radiotelevisiva privata, il diritto all'informazione «è qualificato e caratterizzato dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie, cosicché il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali e politici contrastanti». Solo in questa ottica si sostiene che il "diritto all'informazione" deriva dai «principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»⁷⁷.

Dunque, ferma restando l'esistenza nel nostro ordinamento di singoli e circoscritti diritti a prestazioni informative, deducibili da specifiche disposizioni costituzionali⁷⁸, il diritto all'informazione non coincide con una situazione giuridica soggettiva – in quanto tale azionabile – rispetto ad una informazione completa, corretta, imparziale ed obiettiva.

Né la giurisprudenza costituzionale ha fornito alcun seguito – sempre in relazione all'emittenza radiotelevisiva privata – all'enfatica inclusione nel "diritto all'informazione" di obblighi relativi, non solo alla continuità (che è obbligo modale) ma anche alla «completezza e alla correttezza dell'attività di informazione erogata», nonché al «rispetto della dignità umana» e «dell'ordine pubblico»⁷⁹.

Infatti, persino nell'ambito della comunicazione politica, il perseguimento delle finalità di cui agli artt. 1, 48 e 49 Cost. non consente di andare oltre l'imposizione alle emittenti radiotelevisive private di obblighi puntuali per periodi determinati di tempo (il periodo di campagna elettorale e referendaria) volti ad assicurare «la parità di accesso delle forze politiche e dei rispettivi candidati», senza mai giungere alla funzionalizzazione della

⁷⁴ C. Esposito, *op. cit.*, 12.

⁷⁵ C. Cost., 14 luglio 1988, n. 826, punto 19, e C. Cost., 26 marzo 1993, n. 112, p. 7.

⁷⁶ C. Cost., 14 luglio 1988, n. 826, cit., p. 11. Sulla giurisprudenza costituzionale di questo periodo, vedi P. Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, 330 ss.

⁷⁷ C. Cost., 26 marzo 1993, n. 112, p. 7.

⁷⁸ A. Pace, *Libertà di informare e diritto ad essere informati*, in *Diritto Pubblico*, 2007, 459 ss., 465.

⁷⁹ C. Cost., 26 marzo 1993, n. 112, p. 7, in cui, come è stato rilevato, compare una somma di valori non tutti esplicitamente deducibili dal nostro ordinamento costituzionale: cfr. A. Pace, *Art. 21*, cit., 353.

libertà di manifestazione del pensiero⁸⁰.

Allo stesso modo, gli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo rispetto «ad una informazione, completa, obiettiva, imparziale ed equilibrata» non implicano, nemmeno durante le campagne referendarie, che si possa pretendere da singoli soggetti «una comunicazione imparziale ed esauriente» la quale può derivare solo da «una informazione equilibrata che si sviluppi nel contraddittorio tra i diversi soggetti interessati»⁸¹.

Si torna al punto di partenza: l'obiettività, l'imparzialità e la correttezza non possono essere «prescritte» in relazione alla singola notizia, ma al complesso del panorama informativo.

Non esiste alternativa, perché ogni tentativo di definire la nozione di falso informativo è fallace: la difficoltà nel definire la fattispecie, oltretutto sul piano della legislazione, è emersa sul piano teorico⁸² e ancor prima su quello linguistico⁸³. Illuminante al riguardo l'ironica notazione dei compilatori del *Merriam Webster* che si dicono pronti a srotolare il tappeto rosso all'espressione *fake news* quando quest'ultima sarà in grado – alla stessa maniera del termine *red-carpet* – di ricoprire un significato a sé stante: attualmente però si reputa improbabile che la voce *fake news* possa trovare presto una collocazione nel

⁸⁰ Come si legge in C. Cost., 7 maggio 2002, n. 155, punto 2.2, a proposito dell'imposizione alle emittenti radiotelevisive private di obblighi puntuali limitati a periodi determinati di tempo (le campagne elettorali e referendarie) in materia di propaganda politica in nome della parità di accesso delle forze politiche e dei rispettivi candidati. Sul tema si veda R. Borrello, *La Corte costituzionale e i regolamenti in materia di campagne referendarie della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012, vol. I, 431 ss., spec. 432-34, 447-8.

⁸¹ C. Cost., 12 marzo 1998, n. 49, punto 4 e C. Cost., 17 novembre 2000, n. 502, punto 3, ricordata a questo proposito da N. Zanon, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un' "Autorità Pubblica della Verità"?*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 5.

⁸² Anche il più rigoroso tra i tentativi posti in essere per delimitare il concetto di *fake news*, infatti, ha dovuto scontare ampi margini di ambiguità. Ad esempio, si parte dal presupposto di escludere dal concetto di *fake news* gli errori non intenzionali, i pettegolezzi del web che non originano da un particolare articolo; le teorie cospiratorie «che per definizione mal si prestano ad essere verificate come vere o false»; la satira; le affermazioni dei politici; i reports che possono ingannare ma che non sono chiaramente falsi (G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., 13-14), salvo poi proporre l'intervento di una autorità indipendente per ordinare la rimozione dal web dei contenuti informativi sulla cui attendibilità «esiste un conflitto tra parti che sostengono tesi diverse» (*Ibid.*, 27). Analoghe ambiguità emergono dal «Rapporto su *fake news* e disinformazione online» redatto dal gruppo di esperti istituito dalla Commissione europea: per un verso si riconosce che «il termine *fake news* è fuorviante perché di esso si sono appropriati i politici e i loro sostenitori per liquidare *reportage* sgraditi e [...] il termine è diventato un'arma con la quale gli attori più importanti possono interferire nella circolazione delle informazioni, attaccando o minando la credibilità dei media indipendenti»; dall'altro, si propone il diverso termine di «disinformazione» riferendolo sia a pratiche «in nessun modo riconducibili al concetto di notizie» (come gli account automatizzati, i software robot, i network fasulli, gli articoli clonati, le campagne di *astroturfing*, i *visual memes*, le manipolazioni audiovisive, il *trolling* organizzato, etc.), sia a «contenuti che non sono effettivamente o completamente falsi». Cfr. European Commission, *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, 12 marzo 2018, 10. Il Rapporto è stato redatto sulle seguenti basi: la citata Comunicazione COM (2016) 288, come modificata il 31 marzo 2017; la «Lettera di incarico» inviata da Juncker il 16 marzo 2017 alla nuova Commissaria per l'economia e la società digitale (Mariya Gabriel); la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su «le piattaforme online e il mercato unico digitale»; la Comunicazione COM (2017) 555 del 28 settembre 2017.

⁸³ Ad esempio, si possono porre a confronto le definizioni tratte rispettivamente dai dizionari Cambridge, Collins e Oxford: «*False stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke*»; «*false, often sensational, information disseminated under the guise of news reporting*»; «*false reports of events, written and read on websites*».

dizionario, visto che si tratta di «una coppia auto-esplicativa», la quale nulla aggiunge al significato assunto dai due termini singolarmente presi⁸⁴.

Non a torto in dottrina e nella giurisprudenza della Corte Suprema USA (caso *Alvarez* del 2012)⁸⁵ il tema della verità prescrittiva è associata a scenari Orwelliani⁸⁶: la stessa forzatura linguistica derivante dal conio del lemma “*fake news*” evoca immediatamente la funzione conformatrice del pensiero svolta dalla neolingua⁸⁷ nell’ordinamento immaginario di Oceania.

In questo senso, la bufala nascosta dietro alla parola *fake news*⁸⁸ si coglie perfettamente applicando a questo (comodo) neologismo inglese la nozione di notizia falsa esagerata e tendenziosa, derivante dalla già citata fattispecie penale di epoca fascista.

Secondo la Corte costituzionale, fermo restando che l’espressione “notizie false”, esagerate e tendenziose è una endiadi, «per notizie tendenziose [...] bisogna intendere quelle che pur riferendo cose vere, le presentino tuttavia (non importa se intenzionalmente o meno) in modo che chi le apprende possa avere una rappresentazione alterata della realtà. Il che può avvenire per il fatto che vengono riferiti o posti in evidenza soltanto parte degli accadimenti (eventualmente quelli marginali e meno importanti), sottacendone o minimizzandone altri (eventualmente di pari o di maggiore importanza [...])⁸⁹».

In definitiva, l’omissione è il dispositivo cardine della disinformazione: l’informazione si costruisce solo a partire da altre informazioni.

⁸⁴ Cfr. su <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/political-scandal-words/fake-news>.

⁸⁵ La decisione è già stata menzionata in dottrina, ad es.: O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 74 e C. Melzi d’Eril, *op. cit.*, 64. Si tratta di *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012). Il Sig. Alvarez era stato condannato sulla base di una legge, lo *Stolen Valor Act* del 2005, che puniva in sé e per sé le false dichiarazioni relative al fatto di essere stati insigniti con medaglie al valore militare. La Corte Suprema l’ha dichiarata incostituzionale per violazione del I Emendamento. Per l’individuazione della sentenza come *leading case* in materia di *fake news*, v. J. Stone-Erdman, *Just the (alternative) facts, Ma’am: the Status of Fake News Under The First Amendment*, in *First Amendment Law Review*, 2017, vol. 16, *issue* 410, 6.

⁸⁶ N. Zanon, *op. cit.*, 5. Quanto a *United States v. Alvarez*, cit., si veda la III parte dell’*opinion* del giudice Kennedy (a pag. 11 del pdf) che è stata recepita in motivazione dal *plenum*. «Permettere allo Stato di decretare che queste false dichiarazioni siano un reato, sia che vengano gridate dai tetti o espresse in un sussurro appena udibile, avallerebbe l’autorità pubblica a compilare una lista di argomenti in relazione ai quali sia punibile la falsità in sé e per sé. Si tratterebbe di attribuire allo Stato un potere in assenza di un principio che possa limitarne in modo chiaro l’esercizio. La nostra tradizione costituzionale si oppone all’idea che si abbia bisogno del Ministero della Verità di Oceania, quello immaginato da Orwell nel suo romanzo *1984*».

⁸⁷ G. Orwell, *1984*, 1949, ed. it. di A. Chiaruttini (a cura di), Milano, 1983, 25: «Non ti accorgi che il principale intento della neolingua consiste proprio nel semplificare al massimo le possibilità del pensiero? Giunti che saremo alla fine, renderemo il delitto di pensiero, ovvero lo psicoreato, del tutto impossibile perché non ci saranno più parole per esprimerlo. Ognuna delle idee che sarà necessaria verrà espressa esattamente da una “unica” parola, il cui significato sarà rigorosamente definito, mentre tutti gli altri significati sussidiati verranno aboliti e dimenticati».

⁸⁸ V. Zeno-Zencovich, *La “bufala” delle Fake news*, intervento al Convegno “L’informazione nelle democrazie digitali: fra servizio pubblico e *fake news*”, Roma 26-28 ottobre 2017.

⁸⁹ C. Cost., 16 marzo 1962, n. 19, cit., punto 1.

5. L'insostenibile contraddizione tra la pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo e il contesto storico di riferimento: post-democrazia, mercato e società dell'informazione

È il momento di riflettere sulla pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo senza previamente definire né l'oggetto della falsità, né tantomeno il parametro per affermarla, sul presupposto che sia sempre possibile verificare la rispondenza al vero obiettivo di qualsivoglia dato o notizia.

Una pretesa questa che appare viepiù sospetta in un'epoca molto lontana da quella che Häberle – a pochi anni dal crollo del muro di Berlino – prefigurando una graduale costituzionalizzazione della «comunità dei popoli», considerava pronta «ad integrare i problemi di verità» nello Stato costituzionale⁹⁰.

Quella attuale, invece, è un'epoca dove ancora si impara «dolorosamente che la verità è la prima vittima delle guerre»⁹¹, un'epoca entro la quale prosperano i peggiori nemici dell'informazione: gli eventi bellici e terroristici a livello globale e le attività di associazioni criminali operanti a livello transnazionale.

In termini prettamente materiali tali fenomeni hanno reso più difficile il reperimento di dati o notizie sul campo, favorendo al contempo una vera e propria *escalation* della violenza a danno dei giornalisti⁹², mentre il conseguente stato di emergenza perenne per la sicurezza interna ed esterna dello Stato ha alimentato anche negli ordinamenti simili al nostro il fiorire di legislazioni sempre più restrittive del diritto di cronaca, a fronte di un panorama mondiale ancora caratterizzato dalla prevalenza di regimi non democratici entro i quali si inasprisce la repressione della libertà di stampa⁹³.

La considerevole omissione informativa che ne deriva è poi ulteriormente accentuata dalla crisi sistemica dei media che sta minando in radice l'aspirazione ad una informazione indipendente, completa ed obiettiva.

Si può accennare alla chiusura delle redazioni estere, al licenziamento di corrispondenti e inviati, alla generale contrazione delle risorse per l'informazione, nonché alla cieca credenza nell'illusione pubblicitaria digitale (i cui ricavi finiscono prevalentemente alle piattaforme che ospitano i contenuti più che a coloro che li producono) che ha portato gran parte delle testate a licenziare molti giornalisti abituati ad operare sul campo per far posto agli informatici e ai giornalisti delle edizioni digitali che sono costretti a lavorare senza abbandonare mai lo schermo⁹⁴.

Il risultato complessivo di questa crisi è noto: la diminuzione del numero degli individui che producono le notizie, rispetto a chi si limita a ri-produrle (*in primis*, i giganti

⁹⁰ P. Häberle, *Diritto e verità* (1995), trad. it. di F. Fiore, Torino, 2000, 36, ed anche – sempre a proposito delle premesse storico-politiche poste alla base di quelle riflessioni – XVII, 6-7.

⁹¹ *Ibid.*, nota 52.

⁹² Solo in Europa sono sette i giornalisti uccisi dall'inizio del 2017: Daphne Caruana Galizia, Jan Kuciak, Kim Wall, Nikolai Adruschenko, Dmitry Popkov, Saaed Karimian e Victoria Marinova. V. anche la classifica stilata da *Reporters Sans Frontieres* per il 2018 in <https://rsf.org/en/ranking>; e il Rapporto Unesco, *World Trends in Freedom of Expression*, cit., 133 ss.

⁹³ Vedi Rapporto Unesco, *World Trends in Freedom of Expression*, cit., 38.

⁹⁴ Sul tema v. J. Cagé, *Salvare i Media* (2015), trad. it. di S. Arecco, Milano, 2016, 42 ss. (e v. infra §.6).

della rete), e soprattutto, la precarizzazione delle condizioni di lavoro dei primi – sul piano contrattuale e retributivo – con evidenti ricadute sulla possibilità di esercitare sul campo la professione e anche di resistere alle tradizionali pressioni cui è soggetta l'attività del giornalista.

Come è possibile, in questo quadro, concepire politiche pubbliche volte a definire e a censurare il falso informativo?

Non perché si ignori l'esistenza delle tecniche di falsificazione digitale, o il loro nesso con le nuove forme di propaganda occulta poste in essere da gruppi di potere pubblici o privati, o, ancora, i connessi problemi di trasparenza posti dall'anonimato in rete, in relazione alla produzione, alla diffusione e al finanziamento di contenuti informativi sui *social network* o comunque su spazi non riconducibili a prodotti editoriali.

Né si è inteso sminuire il problema posto dall'inedita velocità e quantità delle informazioni oggi disponibili in rapporto alla (invariata, o meglio, diminuita) quantità di tempo a disposizione per analizzarle o anche solo per recepirle⁹⁵.

Anzi. La gran parte dei giuristi dediti al diritto dell'informazione ha preso molto sul serio il tema delle *fake news*: pur non concordando con le soluzioni proposte da chi ha avuto il merito di porre l'accento su questo problema⁹⁶, si è riconosciuta la necessità di interventi pubblici volti a garantire una maggior trasparenza del web, anche in termini di fonti di finanziamento alle piattaforme e, più in generale, un insieme di regole atto non solo a contrastare i fenomeni di concentrazione nel mercato degli IP, ma anche a realizzare la concreta possibilità di scelta, per tutti i cittadini, tra una molteplicità di fonti informative⁹⁷.

Inoltre – come è stato rilevato – il plebiscitarismo, la sfiducia nei corpi intermedi, la riduzione del cittadino a consumatore, del partito ad impresa e della politica a prodotto sono da almeno quindici anni al centro del dibattito scientifico: ed il timore «che le tecnologie digitali più che rivitalizzare le libertà democratiche costituzionalmente garantite possano finire con il contribuire al loro sostanziale svuotamento»⁹⁸ nasce proprio dalla consapevolezza circa i rischi derivanti dalla trasposizione al web dello stesso tipo di economia di mercato che ha consentito un uso non trasparente, pervasivo e spregiudicato dei vecchi media.

⁹⁵ Si tratta di una osservazione comune in dottrina, ma v. già M. Pedrazza Gorlero, *La libertà di stampa nella post-modernità*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Milano, 1999, 1191 ss., 1212.

⁹⁶ G. Pitruzzella – O. Pollicino – S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, *passim*. V. anche G. Pitruzzella, *Italy's Antitrust Chief: The Case For Regulating Fake News Online*, in *New Perspectives Quarterly*, 2017, 34(4), 32 ss.

⁹⁷ Per quanto riguarda il pluralismo esterno, sulla possibilità di applicare alle piattaforme on-line e ai social network le soglie anticoncentrazione previste in Italia per i media audiovisivi e radiofonici (grazie alle modifiche recate dalla l. 103/2012 all'art. 43, c. 10, del Tusmar) vedi R. Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca ed il pluralismo informativo*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 68 ss. In tema di *fake news*, a suggerire rimedi basati invece sui dettami complessivi discendenti dal pluralismo informativo – come ad esempio il rafforzamento del diritto di rettifica – sono in particolare G. E. Vigevani – M. Bassini, *Primi appunti su fake news*, cit., 21 e M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 39 che riflette sulla necessità di ripensare un pluralismo basato anche sull'investimento nella preparazione dell'utente onde fornire gli strumenti tecnici e culturali adeguati per verificare l'attendibilità di una notizia.

⁹⁸ M. Cuniberti, *Le libertà politiche nell'era digitale*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Verona, 2014, 153, ss. 171.

Allo stesso modo, si è notato quanto la frammentazione della c.d. opinione pubblica in comunità chiuse ed autoreferenziali entro le quali gli individui finiscono per ricevere, in modo talvolta inconsapevole (in virtù dei processi di proflazione), solo notizie selezionate a loro immagine e somiglianza – perché atte a confermare i propri precedenti orientamenti⁹⁹ – rappresenti un fenomeno ben noto nei momenti di grande polarizzazione sociale e geo-politica, come insegna l'esperienza della guerra fredda¹⁰⁰.

La differenza fondamentale rispetto a quella esperienza, più che nei *social network*, va rinvenuta nella liquidità delle società contemporanee. O meglio, l'attuale frammentazione dell'opinione pubblica è solo un pallido riflesso della destrutturazione dei rapporti economico-sociali tipica della globalizzazione.

Ben prima dell'irruzione dei *social network*, una parte della dottrina metteva in guardia dal processo di «complessiva polarizzazione della comunicazione» – che altri celebravano invece come salutare sintomo del passaggio alla c.d. democrazia immediata – individuandone nitidamente le cause. Non la tecnologia, ma piuttosto le trasformazioni giuridiche tipiche della post-democrazia ed i conseguenti cambiamenti socio-economici: «La singolarità, che a partire dal manifesto cartesiano ha costituito il supporto della ragione [...] viene a negarsi [...] a frantumarsi [...]» per far posto a «un sistema complesso di “isole” individuali e sociali, nel quale la sopravvivenza della razionalità viene affidata alla garanzia di esistenza e di comunicazione fra le isole [...]. Alla razionalità singolare succede l'identità; alla comunicazione come scambio fra individui la comunicazione come rete che sorregge e – liminarmente – costituisce le identità singolari e collettive»¹⁰¹.

L'idea che nell'era dei *social media* questo fenomeno assuma connotati inediti (o comunque tali da dover rimettere in discussione l'essenza della libertà di manifestazione del pensiero) cozza anche con un altro ragionamento, che quindici anni or sono fu utilizzato per ridimensionare, almeno parzialmente, il peso specifico della tecnologia televisiva sulle trasformazioni del circuito democratico.

Pur tenendo conto delle riflessioni di Mc Luhan, infatti, c'era chi notava «sulla scorta di Habermas» che «la crisi della discorsività razionale nella sfera pubblica coincide con l'avvento della democrazia di massa, che ha nel suffragio universale il suo punto di emersione sul piano giuridico, e risale dunque a ben prima dell'irruzione nell'universo democratico del tubo catodico», atteso che «l'avvento della democrazia e dei partiti (anche antisistema) di massa, gli strumenti tradizionali di raccolta del consenso e di costruzione dell'identità politica (comizi, cortei, volantini...) sono già ben al di là dell'idealtipo habermasiano di una sfera pubblica razionalmente attivata intorno alla politica»¹⁰².

⁹⁹ Secondo il noto effetto di polarizzazione individuato da C.R. Sunstein, *Republic.com* (2002), trad. it. di A. Diez – D. Donati, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazione?*, Bologna, 2003, e ulteriormente sviluppato in Id., *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, spec. 52 ss.

¹⁰⁰ M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 32-33.

¹⁰¹ M. Pedrazza Gorlero, *op. cit.*, 1201 e 1194.

¹⁰² Cfr. A. Di Giovine, *Libertà di informazione. O potere?*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà*, Roma-Bari, 2004, 121 ss., 134-135. Il senso di questo rilievo si ritrova anche in M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 29, che ripropone le fondamentali riflessioni di Habermas sulle trasformazioni

Dati i presupposti teorici e positivi della democrazia pluralistica, il nodo dell'effettività della democrazia nell'epoca dei mass-media è sempre stato affrontato sul terreno del pluralismo informativo, a prescindere dalle teorizzazioni sociologiche che associano la stampa di opinione alla democrazia dei partiti, la televisione alla democrazia del pubblico e l'era di Internet alla c.d. democrazia delle bolle informative¹⁰³.

Non che sia stato basso il prezzo da pagare. Perché la formale equivalenza tra il diritto di manifestazione del pensiero del *quisque de populo* e di una impresa multinazionale dell'editoria dissimula totalmente una situazione di potere, come è stato messo in luce da chi, sul piano della teoria generale, ha visto nella mancata codificazione costituzionale di uno statuto dell'informazione (autonomo dalla disciplina della libertà di manifestazione del pensiero) la radice dalla sistematica violazione dell'art. 21 Cost. In assenza di quello statuto, infatti, l'inevitabile discesa in campo dell'art. 41 Cost. e il combinato disposto che ne deriva con l'art. 21 Cost. «dà luogo ad una sinergia fatalmente restrittiva del diritto di tutti [alla libertà di manifestazione del pensiero, ndr] e straordinariamente favorevole ai pochissimi che possono di fatto accedere al mercato dell'informazione»¹⁰⁴.

Ma anche da questa prospettiva sono parse «pressoché insuperabili» le «obiezioni di carattere giuridico» rispetto alla configurabilità di un «diritto alla completa e obiettiva informazione del cittadino»¹⁰⁵.

Allo stesso modo, altre ricostruzioni volte a mettere in luce l'ambiguità della concezione puramente individualistica della libertà di informare rispetto al significato della nostra forma di Stato non si sono mai spinte fino al punto di auspicare l'introduzione di una qualificazione giuridica del falso oggettivo¹⁰⁶.

In realtà, tutti i problemi derivanti dall'asimmetria del processo comunicativo – dalle cascate informative al suo perfetto pendant (l'omissione) – erano stati affrontati a partire dalla mancata attuazione del pluralismo informativo nei media tradizionali.

Un esito questo che è stato attribuito alle politiche degli ultimi trent'anni: con l'assoggettamento dell'informazione alle leggi di mercato si è rinunciato agli strumenti «che al di qua e al di là dell'Oceano» avevano il compito di mantenere la «finalizzazione originaria del dibattito pubblico»¹⁰⁷ alla luce delle incisive trasformazioni della sfera

dell'opinione pubblica (J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), trad. it. di A. Illuminati – F. Masini – W. Perretta, Roma-Bari, 2005) per rilevare come se da un lato più che una sfera pubblica è sempre esistita una pluralità di sfere pubbliche in costante tensione e influenza reciproca «d'altro canto ogni trasformazione della struttura economica, giuridica e tecnologica della società, intervenuta dall'avvento della società industriale sino ad oggi, ha di volta in volta messo in crisi l'idea e l'immagine dominante della "opinione pubblica", imprimendo ad essa radicali trasformazioni».

¹⁰³ Sull'origine di queste categorie v. M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 28, nota 3; sull'impatto delle tecnologie digitali in ordine alla tenuta dei diversi concetti di democrazia partecipativa, democrazia deliberativa e democrazia continua, Id., *Le libertà politiche*, cit., 169-170 e nota 54.

¹⁰⁴ A. Di Giovine, *op. cit.*, 131-132.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 127.

¹⁰⁶ V. ad es. M. Pedrazza Gorlero, *op. cit.*, 1207; C. Chiola, *op. cit.*, 8 ss.; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2004, 23; R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione*, Padova, 2007, 44 ss.

¹⁰⁷ M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, 2 in riferimento alla *Fairness Doctrine* negli Stati Uniti e al ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo in Europa prima dell'abolizione dell'una e della progressiva erosione dell'altro, a partire dalla fine degli anni Ottanta del

pubblica individuate da Habermas.

Alla base di queste considerazioni, poi, è generalmente condivisa la consapevolezza circa la pressione scaricata sulle democrazie pluralistiche in tempi di massivo analfabetismo di ritorno, tanto per menzionare gli altri risultati di quelle politiche, che lungi dal compensare gli effetti negativi dei nuovi media sui processi cognitivi, hanno finito per accentuarli, privando di risorse e delegittimando le istituzioni culturali. Alla frammentazione del lavoro, dell'economia, e della società, è dunque seguita – inesorabilmente – la scomparsa di qualsiasi forma di aggregazione politica dei cittadini diversa da quelle leggere ed effimere tipiche delle democrazie identitarie.

Ciò nonostante, persino dopo la scoperta di quella che è stata definita la madre di tutte le *fake news* (le armi di distruzione di massa di Saddam Hussein)¹⁰⁸ – diffusa a livello planetario dai più autorevoli organi di stampa e in grado di far impallidire tutte le bufale del passato¹⁰⁹ – nessuno si è mai sentito di poter sostenere che fosse ora di travolgere anche sul piano formale il riconoscimento del diritto di tutti a manifestare liberamente il proprio pensiero.

Ecco perché, come si diceva, molti di coloro che si sono dedicati al tema, pur non ignorando le nuove forme della disinformazione, hanno comunque trovato paradossale che proprio adesso si invocasse l'abbandono dei paradigmi costituzionali in materia di libertà di manifestazione del pensiero, sulla quale poggia non solo la democrazia statunitense, ma anche la gran parte di quelle europee del secondo dopoguerra, compresa la nostra.

Il punto non è certo che con Internet il *quisque de populo* abbia finalmente trovato un “muro” su cui pubblicare (non solo legittimamente, ma) con una visibilità virtualmente illimitata, il proprio pensiero: come è stato rilevato, il *cyber*-chiacchericcio non è molto diverso da quello tipico da “bar dello sport” che mai è stato in grado di inquietare alcuno¹¹⁰.

Piuttosto, non è sfuggito il carattere ideologico di questa posizione che è emersa solo a partire dal 2016 – dopo ben dieci anni di attività dei *social network* – a ridosso della elezione di Trump, della Brexit e di altri esiti elettorali avversati quanto impreveduti dai più accreditati mezzi di informazione¹¹¹.

Difficile negare che sia in atto «una guerra tra vecchi e nuovi media – e vecchi e nuovi centri di potere – per il controllo dell'opinione pubblica»¹¹², o che «l'immatùrità, esibita

XX Secolo.

¹⁰⁸ Da M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 28, nota 4.

¹⁰⁹ Sulle *fake news* del passato, vedi anche: G.E. Vigevani – M. Bassini, *Primi appunti su fake news*, cit., 15, 21; A. Di Giovine, *op. cit.*, 125; J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 9; M. D'Eramo, *Invenzione, ascesa e declino del giornale*, in *Micromega*, 3, 2018, 7 ss., 13 che cita all'uopo la tradizione negativa dello *yellow journalism*. Si va dal caso della esplosione della corazzata statunitense *Uss Maine* del 15 febbraio 1898 (causata da un incendio ma attribuita da alcuni giornali ad un bombardamento, così da fornire il pretesto per l'invasione di Cuba), alla corruzione di alcuni giornalisti francesi emersa in occasione dello scandalo di Panama ai tempi della Terza Repubblica, fino al “massacro” di Timisoara, etc.

¹¹⁰ G.E. Vigevani – M. Bassini, *Primi appunti su fake news*, cit., 16.

¹¹¹ Ad es. J. Cagé, «*Loi de fiabilité et de confiance de l'information*», cit.; E. Morozov, *op. cit.*; V. Zeno-Zencovich, *La bufala delle fake news*, cit., 1; M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 28.

¹¹² E. Morozov, *op. cit.*

quasi quotidianamente dalle élite, si manifesta in due tipi di diniego: la negazione delle origini economiche della maggior parte dei problemi odierni; e la negazione della profonda corruzione delle competenze professionali¹¹³.

Tuttavia, il montare delle legislazioni *anti-fake news* smette di apparire paradossale guardando alla questione da un diverso punto di vista¹¹⁴.

6. *Segue. Un paradosso solo apparente: il verso del rapporto tra le attuali tendenze normative in materia di fake news e la crisi dell'informazione*

La prospettiva entro la quale valutare le finalità delle attuali politiche *anti-fake news* è quella che porta allo scoperto le radici più profonde dell'attuale crisi sistemica dell'informazione.

Alla crisi di lungo periodo del giornalismo cartaceo, legata all'irrompere della radio e della televisione, si è aggiunto un fattore che ha spostato definitivamente sui contenuti editoriali più che sul supporto (carta, radio, tv, internet etc.) i mali di un sistema informativo basato solo sul pluralismo dei poteri economici.

Già una decina di anni fa la concorrenza tra media nel reperimento delle risorse pubblicitarie aveva condotto alla contaminazione tra informazione e intrattenimento e alla «progressiva scomparsa dell'impegno editoriale nella ricerca e nella presentazione delle notizie»¹¹⁵. Si erano visti gli effetti della contrazione di risorse dedicate all'informazione: «Il giornalismo investigativo è quasi scomparso; le notizie si riducono spesso alla lettura, senza alcuna elaborazione, dei comunicati ufficiali; le riprese in diretta sono volentieri sostituite da video girati spontaneamente dai passanti»¹¹⁶.

Ben prima dell'era dei *social network* la qualità nell'informazione e nella produzione culturale audiovisiva si era rifugiata nella tv a pagamento che «non si limita a marginalizzare i ceti più poveri, come già faceva la tv commerciale in chiaro, ma determina la frammentazione del pubblico, ovvero la scomparsa di una platea composta da tutti i cittadini, all'interno della quale le idee e le opinioni possano circolare ed essere commentate in forma generale e inclusiva»¹¹⁷.

In sostanza, si stava già delineando un esito «insopportabile» per la tenuta di qualsiasi declinazione del concetto di sfera pubblica democratica: «La divisione dei cittadini in due categorie, l'una capace di informarsi con i propri mezzi, l'altra condannata alla ricezione di notizie standardizzate e anodine»¹¹⁸.

Poi sono venuti a maturazione altri due processi incidenti sulla tenuta dell'informazio-

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Concorde sul carattere solo apparente del paradosso di cui sopra, ma per motivi diversi, A. Mazziotti di Celso, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in questa *Rivista*, 3, 2018, spec. 1 e 17 ss.

¹¹⁵ M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione*, cit., 5.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*, 3.

ne mass-mediatica.

Il primo è la imponente contrazione della classe media dovuta alla sostituzione della società del benessere con la società diseguale e polarizzata dei nostri giorni, che tende ad una progressiva concentrazione della ricchezza in mano ad un numero sempre più esiguo di persone.

Il secondo è l'estensione all'informazione digitale di una regolazione basata esclusivamente sugli imperativi del mercato che ha contribuito a realizzare la paventata divisione tra cittadini, declinabile ormai solo in una conformazione spiccatamente oligarchica della società dell'informazione.

L'attuale regolazione dell'informazione digitale, infatti, sta travolgendo il tradizionale sistema di finanziamento dei mass media: nonostante sia rimasto invariato il peso degli inserzionisti sull'indipendenza e sulla qualità dell'informazione – come mostrano vicende recenti¹¹⁹ – con l'avvento di Internet la pubblicità non è più in grado di sostenere il giornalismo, come invece era avvenuto fino a tutto il Novecento.

Il fatturato della pubblicità digitale delle versioni online dei quotidiani è in costante calo: proprio perché «spalmato su ogni istante della nostra esistenza» e perché rivolto al distratto fruitore di Internet, il singolo annuncio è venduto a un prezzo bassissimo e a ricavare dalla pubblicità non sono tanto i produttori di contenuti che vengono offerti al pubblico ma le piattaforme che li supportano¹²⁰.

L'attuale crisi dei media è dunque frutto degli effetti perversi imputati all'illusione della concorrenza e alla chimera di una pubblicità inesauribile¹²¹.

L'informazione di qualità è praticabile solo dalle testate che hanno un enorme numero di abbonati digitali o che possono praticare tariffe alte di abbonamento: dunque pochissimi giornali per pochi abbonati, oltre ad un panorama caratterizzato dal massiccio ritorno del mecenatismo nell'informazione con tutti i pericoli che ne derivano per la democrazia¹²².

Si tratta di un trend oligarchico che è stato associato a quello che sta interessando le Università (a partire da quelle statunitensi)¹²³, e dunque la conoscenza.

Chi ritiene che la collettività necessiti di un vasto strato di cittadini colti e informati aderisce all'ideale democratico pluralista. Da qui occorre partire per combattere la disinformazione, proponendo riforme nella struttura e nel finanziamento dei soggetti editoriali o nell'approccio complessivo al pluralismo informativo.

Ad esempio, guardando all'assetto proprietario dei media (raggruppati in grandi gruppi industriali all'interno dei quali l'informazione non costituisce la prevalente ragione sociale), una giovane economista ha proposto di sostituire il loro attuale statuto di società commerciale (che espone i media alla logica del profitto, del mercato e al potere degli

¹¹⁹ Vedi ad es, J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 41 sulla vicenda di Peter Osborne, il quale all'inizio del 2015 si dimise dal *Daily Telegraph* per protestare contro la scarsa visibilità dedicata dal quotidiano – tra i cui principali inserzionisti figurava L'HSBC – allo scandalo Swiss Leaks.

¹²⁰ M. D'Eramo, *op. cit.*, 20.

¹²¹ J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 49-59 (in relazione all'illusione della concorrenza nell'industria informativa) e 42-49 (in ordine all'illusione pubblicitaria).

¹²² M. D'Eramo, *op. cit.*, 21-22 e J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 11 e 73-75.

¹²³ M. D'Eramo, *op. cit.*, 22-23.

azionisti) con un nuovo modello associativo, ossia con uno statuto di associazione *no profit* a metà strada tra lo statuto delle fondazioni e quello delle società per azioni¹²⁴.

Oppure, si è posto l'accento sulla necessità di istituire un servizio pubblico anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, dato il fallimento (e l'attuale obsolescenza, a causa delle nuove tecnologie) di discipline basate solo sul pluralismo esterno¹²⁵. Come è stato rilevato, un servizio pubblico sulla rete – a differenza di strumenti basati esclusivamente sulla fissazione di soglie anticoncentrazione – sarebbe in grado di garantire «uno spazio di libertà rispetto al predominio delle logiche del mercato», oltre ad attuare gli imperativi discendenti dall'art. 9 Cost.¹²⁶

Abbiamo visto però come nelle proposte normative di alcuni paesi europei e nel pacchetto di iniziative della Commissione dell'UE in materia di mercato unico digitale emerga un orientamento del tutto opposto: affidare in modo più o meno diretto agli oligopolisti del mercato (dell'informazione e non solo) o al sistema delle *authorities* il potere di selezionare i contenuti informativi visibili sul web, e di conseguenza – in virtù degli odierni caratteri della catena informativa – anche il potere di selezionare una parte consistente delle notizie visibili su altri media.

Ma è questo il punto: l'attuale tendenza normativa in materia di *fake news* aderisce ad una torsione dell'ideale democratico che ha molto a che fare con l'influenza del denaro sull'informazione e sul potere politico, o meglio, ha a che fare con la pretesa di rendere prescrittiva tale influenza.

7. L'idea di Stato e di società presupposta al contrasto autoritativo della disinformazione: etica della verità, neoliberalismo e “contenuti minimi” della democrazia

Vista da questa prospettiva, la caccia alle streghe scatenata contro le *fake news* smette di apparire paradossale, rappresentando invece l'acme di un processo da tempo segnalato rispetto agli ordinamenti dell'*ex* Europa occidentale: l'inversione di tendenza rispetto alla piena affermazione di quella nozione di libertà di espressione che è immanente alla forma di stato democratico-pluralistica e che si distingue nettamente dalle concezioni di libertà di opinione e di stampa tipiche dello Stato liberale e censitario.

All'origine di questa inversione di tendenza sono stati indicati principalmente tre fattori: la rinascita della religiosità, la rinascita di contestazioni radicali della democrazia occidentale, l'assoggettamento di Internet alla logica del mercato¹²⁷.

Una prosaica ma immediata conferma di tale assunto appare cliccando sul menù a tendina che Facebook ha collocato sui singoli *post* in seguito alla spontanea adozione del suo sistema di assicurazione della qualità delle notizie: assieme a domande sulla presenza di contenuti pedopornografici o violenti, all'utente si chiede di riferire non solo se il *post* contenga una notizia falsa ma anche se quest'ultimo rechi opinioni sgradite o

¹²⁴ È l'idea di fondo del libro di J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 81 ss., spec. 90 e 103 ss.

¹²⁵ M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione*, cit., 2-3.

¹²⁶ G.E. Vigevari, *I media di servizio pubblico nell'età della rete*, Torino, 2018, 28.

¹²⁷ M. Manetti, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 5.

contrarie alla propria religione.

Tornando al piano teorico, già in Häberle l'idea del «primato della libertà religiosa» (a pari merito con la libertà artistica e scientifica) come «substrato di tutte le libertà fondamentali» in quanto strumentali alla «eterna ricerca della verità»¹²⁸, si accompagnava alla prospettiva di rendere prescrittive alcune verità storiche e di porre in essere una «funzionalizzazione della libertà di stampa a una cronaca che informi nel rispetto della verità»¹²⁹. Tuttavia non è casuale che nel pensiero di questo Autore la proclamata funzionalizzazione finisse in realtà per risolversi nella proposta di discipline volte alla tutela di alcuni diritti individuali, non dissimili dal noto decalogo della nostra Corte di Cassazione¹³⁰, o alla attuazione dei principi di pluralismo interno ed esterno¹³¹.

Infatti quelle riflessioni, come abbiamo visto, nascevano dalla speranza che fosse ormai avviato il processo di democratizzazione di molte parti del mondo.

Applicata invece allo scenario inverso, quello della c.d. post-democrazia, la dottrina dell'integrazione finisce per assumere un significato ben diverso.

Lo si vede in Habermas, che pure identifica nitidamente la radice delle fratture ideali che attraversano le società contemporanee occidentali, a partire dalla rinascita dell'integralismo religioso: «La scandalosa ineguaglianza della distribuzione di potere e ricchezza e il darwinismo sociale, centrato sugli interessi, che contraddistingue oggi la politica mondiale»¹³².

Ma – come è stato rilevato – tentare di risolvere questi conflitti prescrivendo nella sfera pubblica una auto-limitazione dell'*acquis* laico, liberale ed egualitario espone al rischio di fuoriuscite dal perimetro della democrazia pluralistica¹³³.

In effetti, l'ascesa della tutela rafforzata del sentimento religioso (rispetto al sentimento laico, che è ascrivibile alla libertà di coscienza), la repressione dell'*hate speech* e del negazionismo muovono dallo stesso presupposto: che la libertà di manifestazione del pensiero possa subire restrizioni riconducibili all'ordine pubblico, inteso in senso squisitamente ideale.

E proprio sul significato da attribuire al limite dell'ordine pubblico, che – come è stato sostenuto – si è posto il vero discrimine tra continuità e rottura rispetto alle concezioni della libertà di espressione e di democrazia precedenti alle costituzioni europee del secondo dopoguerra¹³⁴.

Negli Stati liberali sia il diritto di voto sia la libertà di stampa e di opinione erano attribuiti in funzione del mantenimento dell'ordine costituito: il voto censitario serviva a circoscrivere la partecipazione politica alla classe sociale cui quell'ordine andava ascritto; la libertà di espressione, d'altro canto, era riconosciuta contestualmente al divieto di abuso della stessa e dunque assoggettata ad un ampio sistema di limiti volti a salva-

¹²⁸ P. Häberle, *Diritto e verità*, cit., 88-9.

¹²⁹ *Ibid.*, 93.

¹³⁰ *Ibid.*, 96 nota 39.

¹³¹ *Ibid.*, 97.

¹³² J. Habermas, *La rinascita della religione: una sfida per l'autocomprensione laica della modernità?*, in www.sifp.it, § 2.

¹³³ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 27.

¹³⁴ M. Manetti, *Art. 21*, cit. 226.

guardare non solo la pace materiale ma anche i valori morali e ideali posti alla base di quell'ordinamento¹³⁵.

Stando alla stessa ricostruzione, il passaggio alle condizioni della democrazia pluralistica avviene quando l'ordine pubblico tende – sia pur con un percorso faticoso e non lineare – a spogliarsi della sua connotazione ideale. Ossia, quando si afferma il principio per cui si può reprimere solo il pensiero oggettivamente pericoloso rispetto alla rottura della pace materiale¹³⁶.

Stiamo quindi parlando della dottrina del *Free Trade of Ideas* che pur essendo una parafrasi del noto motto liberistico del *Laissez faire*, segna in realtà una netta cesura rispetto al modello di democrazia e di libertà di espressione tipica della forma di Stato liberale, alla quale storicamente si associa la dottrina economica del liberismo.

La dottrina del *Free Trade of Ideas*, infatti, cominciò ad affermarsi negli Stati Uniti solo a partire dagli anni Sessanta del XX Secolo, pur essendo stata formulata vari decenni prima: essa mosse i primi passi a proposito della repressione del pensiero socialista e comunista in Usa, affacciandosi senza successo nei primi anni successivi alla I guerra mondiale¹³⁷; si inabissò del tutto durante il maccartismo; finì poi per prevalere dalla fine degli anni Sessanta¹³⁸, a trent'anni dal *new deal* e in una fase storica di grande erosione delle diseguaglianze sociali.

Non può sfuggire allora come la pretesa di qualificare e bandire il falso informativo rappresenti una inedita declinazione delle istanze di ordine pubblico ideale, che si accompagna al massivo ritorno della diseguaglianza sociale, frutto di trentennali politiche volte a sostituire la democrazia con la *global governance* delle grandi multinazionali¹³⁹.

Si tratta peraltro di un esito annunciato più di quaranta anni or sono dai fautori di queste politiche che auspicavano in Europa un riequilibrio tra governo e media – o attraverso l'autoregolamentazione o mediante l'adozione di discipline pubblicistiche

¹³⁵ *Ibid.*, 227.

¹³⁶ *Ibid.*, 228.

¹³⁷ V. le opinioni dissenzienti del giudice Holmes: nel caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) in cui – a proposito della repressione penale (in forza del *Sedition Act*) del lancio di volantini inneggianti all'interruzione della produzione bellica allo scopo dichiarato di favorire la rivoluzione russa – si osservò che «*the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas*»; nel caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652(1925) in cui Holmes (assieme al giudice Brandeis) afferma che se una idea (che nella fattispecie era la opportunità di operare una rivoluzione proletaria) è destinata a trionfare in America, allora non ha senso impedire che se ne parli. V. pure l'opinione dissenziente del giudice Brandeis nel caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) – secondo la quale il rimedio ad un messaggio sgradito è sempre un altro messaggio (*more speech*) – resa a proposito di una legge sull'attività sindacale che puniva il pensiero comunista.

¹³⁸ V. innanzitutto *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), che rovesciando *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) stabilì la contrarietà rispetto al I Emendamento delle discipline volte a punire i discorsi “incendiari” in ambito sindacale a meno che non fossero in grado di rappresentare un pericolo concreto e imminente. Si veda anche il caso *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) a proposito della maglietta con una scritta offensiva per la bandiera che era stata indossata per protesta contro la guerra del Vietnam: in questa occasione il giudice Harlan affermò che «ciò che per qualcuno è volgarità, per qualcun'altro è poesia». V. infine *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) che ritenne contraria al I Emendamento la punizione del *flag burning*, nel noto caso riguardante un ragazzo iscritto ad una organizzazione comunista che aveva compiuto il gesto durante una dimostrazione.

¹³⁹ V. *ex plurimis*, C. Crouch, *The March Towards Post-Democracy, Ten Years On*, in *The Political Quarterly*, vol. 87, 1, January–March 2016, 71 ss.

–poiché «l'autonomia del giornalista non necessariamente conduce alla trasparenza e alla verità ma può distorcere la percezione della realtà»¹⁴⁰.

A differenza della coppia liberalismo politico e liberalismo economico, l'ideologia neo-liberistica non si fonda sul concetto di libertà negativa e sul *Laissez faire* ma sulla pretesa di governare per il mercato¹⁴¹ e quindi su un assunto fideistico al quale dovrebbero conformarsi le determinazioni individuali e collettive: in tal senso questa ideologia si distacca dalla logica giuridica moderna¹⁴².

La questione delle *fake news* porta definitivamente allo scoperto questo distacco: la contestazione della dottrina del libero mercato delle idee diventa funzionale ad una peculiare restaurazione dello stato monoclasse che cancella sia l'istanza della libertà eguale annessa alla democrazia pluralistica, sia gli stessi presupposti dello Stato di diritto.

Si scioglie finalmente la profonda ambiguità segnalata da chi, criticando la concezione realistica della democrazia fondata sulla libera competizione tra élite (quella che va da Schumpeter, a Lippmann, a Sartori), notava come essa da un lato tenesse fermo il principio della libertà di informazione e del dibattito aperto tra una pluralità di soggetti politici, in guisa di fondamento irrinunciabile della democrazia; dall'altro, come tale concezione si basasse sull'idea per cui la sovranità, la razionalità e l'autonomia morale dei cittadini ordinari fosse un postulato ideale che la società industriale e la democrazia di massa avevano ormai smentito¹⁴³.

L'equilibrio fra forma di Stato e complessità sociale, tra ruolo delle élite e diritti politici fu individuato da Bobbio nel «contenuto minimo della democrazia»¹⁴⁴ che si ricostruisce a partire dal diritto dei cittadini di formarsi liberamente una propria opinione, e cioè di formarsi una opinione nell'alveo di una libera gara tra gruppi politici organizzati in competizione tra loro.

Il timore che questo equilibrio fosse sul punto di incrinarsi, sfociando nel dominio di «oligarchie illiberali» si sta mostrando fondato.

Ma ciò non sta più avvenendo «attraverso una serie di impercettibili slittamenti all'interno della struttura politica»¹⁴⁵, bensì – adesso – mediante la prescrizione di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero riconducibili alle concezioni metafisico-assolutistiche e alle dottrine ideal-organicistiche dello Stato, presupposte alle istituzioni politiche delle società chiuse o tribali.

Calato in questo scenario, il teorema di Böckenförde va rovesciato: lo Stato liberale vive di presupposti che esso stesso non può garantire? Oppure l'attacco frontale ad

¹⁴⁰ M.J. Crozier – S.P. Huntington – J.Watanuki, *The Crisis of Democracy*, New York, 1975, 36.

¹⁴¹ M. Foucault, *Nascita della biopolitica (Corso al Collège de France 1978-79)*, trad. it. Feltrinelli, II ed., Milano 2017, 112, ma più diffusamente 115 ss. e *passim*.

¹⁴² Secondo il rilievo di E. Stimilli, *La fiducia nel mercato. Un'interpretazione «religiosa» del neoliberalismo a partire da Weber, Benjamin e Foucault*, in *Filosofia Politica*, 1, 2016, 123 ss., 138.

¹⁴³ D. Zolo, *Il principato democratico*, Milano, 1996, 180.

¹⁴⁴ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 4-7. Il diritto dei cittadini di formarsi liberamente una propria opinione è uno dei cinque contenuti minimi della democrazia individuati dall'Autore. Gli altri quattro (elezioni a suffragio universale a periodicità regolare, limitazione dell'ambito di legittimità delle decisioni della maggioranza, principio di decisione a maggioranza nelle assemblee elettive, ed esistenza di reali alternative per gli elettori) presuppongono l'esistenza di quel diritto.

¹⁴⁵ D. Zolo, *op. cit.*, 210.

Fake news e democrazia

una delle sue forme essenziali è un passaggio indefettibile per procedere alla effettiva archiviazione della democrazia?

Come citare il contributo: E. Lehner, *Fake news e democrazia*,
in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1, 2019, in corso di pubblicazione