

## *Fake news*, libero mercato delle idee e autorità pubblica della verità nella prospettiva del costituzionalismo digitale

Fausto VECCHIO\*

**Sommario:** **1.** Premessa. Le fake news e la nuova centralità delle riflessioni su diritto e verità **2.** Il dibattito americano su costituzione e cyberspazio e i suoi riflessi sugli sviluppi ordinamentali: dal “diritto dei cavalli” di Easterbrook alle limitazioni di responsabilità dei provider informatici **3.** Le peculiarità della società della comunicazione e la proposta di istituzione di un’autorità garante **4.** Le critiche alla proposta un’autorità garante e la difesa del “libero mercato delle idee” **5.** Conclusioni. Il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze e l’ipotesi di un meccanismo emergenziale di natura pubblicistica

### **1. Premessa. Le fake news e la nuova centralità delle riflessioni su diritto e verità**

Il rapporto tra diritto e verità ha costituito uno dei temi più dibattuti tra gli studiosi di diritto in ogni epoca e, con ogni probabilità, rappresenta il terreno più fertile per misurare la distanza che separa le società contemporanee dalle società classiche<sup>1</sup>. Infatti, pochi dubbi possono esserci sul fatto che, mentre gli antichi hanno tradizionalmente preteso di poggiare gli assetti organizzativi fondamentali e i sistemi di regole su un ordine ontologicamente connaturato alla vita di società<sup>2</sup>, la modernità giuridica nasce dall’acquisita consapevolezza delle difficoltà legate alla concreta identificazione di una realtà ontologica preesistente al diritto e dal correlato tentativo di affrancare gli edifici giuridici dall’esistenza di una verità assoluta.

In questo senso, già con Hobbes, si rompe definitivamente la tradizione medievale. Nello specifico, nel momento in cui la rottura dell’unità religiosa dell’Europa porta a contestare i poteri della Chiesa cattolica (cioè la verifica della conformità delle regole alla volontà divina e la certificazione della loro rispondenza alla verità rivelata) e nel momento in cui le rivendicazioni dei protestanti trasformano la religione da fondamento dell’ordine sociale a motivo di scontro sanguinoso, il filosofo inglese afferma il principio secondo cui *Auctoritas, non veritas facit legem*. Così, con l’intento di spegnere i conflitti prodotti dai tentativi di affermare un ordine religioso sugli altri, si afferma l’idea, all’epoca rivoluzionaria, di un diritto svincolato dalla volontà divina, fondato sull’esclusivo volere del sovrano e perfettamente valido a prescindere dalla sua corrispondenza con la realtà.

Ovviamente, per quanto sofisticata e ispirata da una genuina volontà di pacificazione, una simile operazione è a sua volta foriera di ulteriori e non meno gravi problemi. Non è certamente questa la sede per confrontarsi con tutte le questioni lasciate aperte dall’aver concepito un diritto svincolato dalla identificazione di un ordine preesistente e nella dichiarata disponibilità di attori umani. Qui basterà ricordare l’instabilità dell’assetto determinato dalla scelta hobbesiana e segnalare come, nel corso dei secoli successivi, l’intenzione di ovviarvi abbia portato a diversi tentativi di riaffermazione dello speculare principio secondo cui *Veritas, non auctoritas facit legem*. Sono facilmente interpretabili

---

\* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università Kore, Enna.

<sup>1</sup> Per una disamina recente della questione in prospettiva storica, C. Magnani, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2018, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Sul punto è centrale la riflessione di Werner Jaeger riproposta in tempi recenti da M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto, Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019.

in questa direzione le diverse ricostruzioni che nel corso dell'età moderna hanno provato ad ancorare le costruzioni giuridiche ad appigli meno contingenti ed imprevedibili della volontà umana. Infatti, ciò che accomuna sia i tentativi più o meno dichiarati di restaurazione dell'ordine naturale delle società classiche e dell'ordine perduto della *Res Publica Christianorum*, sia il giusrazionalismo seicentesco ed illuminista, il contrattualismo o lo storicismo è la necessità di riconnettere il diritto ad una qualche verità che ne garantisca un funzionamento non arbitrario: sia l'idea di un nuovo fondamento divino, sia l'idea di un fondamento storico, sia l'idea di un fondamento convenzionale, sia l'idea di un fondamento razionalistico, pur producendo conseguenze evidentemente differenti su una molteplicità di piani, condividono l'aspirazione a sottrarre il diritto dall'immediata (e potenzialmente arbitraria) disponibilità degli uomini.

Nonostante i diversi tentativi, però, almeno sotto questo profilo, l'idea hobbesiana di un diritto sganciato dalla verità è stata dominante nel corso dell'Ottocento e ha continuato a trovare autorevoli sostenitori nel corso del Novecento. In particolare, in un momento storico in cui l'attualità stava mostrando quanto fossero tragicamente reali i rischi connessi all'affermazione dei leviatani, si deve a Kelsen la messa a punto di una soluzione teorica compiuta che, superata la fase di crisi, ha offerto risposta al problema dell'arbitrio giuridico lasciato sostanzialmente insoluto da Hobbes. In primo luogo, il pensatore austriaco elabora la sofisticata idea di una *Grundnorm* che, secondo lo schema dell'imperativo ipotetico kantiano, vige fintantoché è effettiva. In secondo luogo, riprendendo l'immagine piramidale della *Stuffenbau*, egli immagina un ordinamento costruito a gradini che ha per vertice la *Grundnorm* e in cui questa disposizione fondamentale è chiamata a svolgere, in via esclusiva, la funzione di parametro per il controllo di validità delle altre norme dell'ordinamento. In terzo luogo, in linea con le teorie settecentesche e ottocentesche della rappresentanza, egli affida ai parlamenti il compito di rappresentare le fratture delle società civili nazionali e di 'tradurre' le volontà della cittadinanza in norme conformi alla disposizione fondamentale. È appena il caso di sottolineare che in questa articolata ed elegante costruzione, diversamente da quanto accade nella teoria hobbesiana, l'assenza di un ordine ontologico non si traduce né in un assetto dove il potere si muove al di là delle regole che pone, né in un sistema pericolosamente incline a travolgere i canoni della democrazia liberale: esaurita la fase costituente in cui la *Grundnorm* viene posta dalle forze che di fatto si impongono, almeno fin quando questa rimane effettiva, essa esce dalla disponibilità dei soggetti che la hanno imposta e, in quanto parametro esclusivo di valutazione della giuridicità, diventa un vincolo effettivo per il potere costituito ed esclude altre forme di interferenza del mondo reale su quello normativo.

È necessario riconoscere che l'intervento di stabilizzazione kelseniano ha influenzato la cultura costituzionale del secondo dopoguerra ed è per questa via riuscito a garantire la convivenza tra una elevata qualità della vita democratica e il diritto senza verità tipico della modernità. Tuttavia, occorre anche rilevare che, nel corso degli ultimi anni, l'equilibrio che si è descritto non sembra più funzionare in maniera ottimale. Come è stato giustamente osservato, i sospetti di alterazione delle elezioni elettorali americane del 2016 e del referendum inglese sulla Brexit hanno portato alla ribalta le potenzialità eversive di un utilizzo distorto delle nuove tecnologie informatiche e dei nuovi strumenti di comunicazione. Sulla base di quanto fin qui sostenuto, è facile intuire come si tratti di una minaccia che rischia di mettere in crisi delicati equilibri di quell'ordine costituzionale su cui poggiano le cosiddette "democrazie stabilizzate": in un contesto in cui non si riconoscono verità sui cui poggiare il controllo delle norme ed in cui l'unica garanzia di razionalità nella produzione delle norme è data dai procedimenti rappresentativi che portano i rappresentanti a tradurre in disposizioni le volontà dei rappresentati, la possibilità di un inquinamento massivo e penetrante della sfera pubblica può portare ad una definitiva rottura dei meccanismi della rappresentanza e, per questa via, può reintrodurre quell'arbitrio nella produzione delle regole che la costruzione kelseniana ha cercato e, per lo meno in qualche misura, è riuscita ad impedire. Volendo semplificare, in un contesto che non presume verità, l'"inquinamento" della sfera pubblica rischia di portare alla produzione di norme non meno pericolose di quelle volute da un leviatano capriccioso<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Sull'idea di sfera pubblica si veda A. Pizzorno, *Il potere dei giudici: stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998.

Di questi pericoli si è resa conto la scienza costituzionale più avveduta che nel corso degli ultimi anni ha ripreso le riflessioni sul rapporto tra diritto e verità<sup>4</sup> e, soprattutto dopo che sulla scena politica si sono affermate compagini populiste e dopo che nel contesto pandemico sono emerse diverse contraddizioni, sta dedicando parecchia attenzione alle ripercussioni che le cosiddette “fake news” producono sul funzionamento democratico dei sistemi costituzionali<sup>5</sup>. Con l'intento di offrire qualche spunto di riflessione su una questione che pare essere centrale per il costituzionalismo del futuro, il presente contributo, dopo aver ripercorso le soluzioni dottrinali proposte, si confronterà con il tema per cercare di individuare qualche strumento di intervento utile a preservare i delicati equilibri costituzionali delle democrazie costituzionali.

## **2. Il dibattito americano su costituzione e cyberspazio e i suoi riflessi sugli sviluppi ordinamentali: dal “diritto dei cavalli” di Easterbrook alle limitazioni di responsabilità dei provider informatici**

Se si escludono le pionieristiche riflessioni condotte da Vittorio Frosini nel corso degli anni Sessanta<sup>6</sup>, il dibattito sulle questioni costituzionali sollevate dalle nuove tecnologie emerge negli Stati Uniti negli stessi anni in cui lo sviluppo del Web inaugura la diffusione globale della rete Internet. Si tratta di un confronto dottrinario di grande vivacità e destinato ad incidere profondamente sugli sviluppi successivi degli ordinamenti giuridici.

Cercando di delineare le posizioni più rilevanti si può sostenere che, un primo orientamento fortemente conservatore, presto abbandonato, ha ritenuto giuridicamente irrilevanti le innovazioni che a partire dai primi anni novanta dello scorso secolo hanno trasformato il mondo dell'informatica e delle comunicazioni e ha preteso di regolare il nuovo mondo virtuale con le regole pensate per il mondo reale. Emblematica in questo senso la posizione del giudice Easterbrook che, in un famoso scritto, ha richiamato una formula precedentemente coniata da Casper e ha provocatoriamente parlato di “diritto dei cavalli”<sup>7</sup>. Secondo il magistrato americano, l'elaborazione dottrinale e normativa di un diritto delle nuove tecnologie retto da principi autonomi sarebbero inutili quanto un “diritto dei cavalli” che, in nome delle peculiarità degli equini, pretendesse di sottrarre alle regole generali le questioni giuridiche generate dagli errori nelle cure commessi dai veterinari, dal mancato pagamento delle scommesse fatte negli ippodromi o dai danneggiamenti prodotti con i calci dei cavalli.

Una seconda e più moderata posizione è stata quella tenuta da Tribe. Dopo aver riconosciuto che le novità informatiche hanno indubbiamente il potenziale per svuotare di significato le previsioni costituzionali, l'illustre studioso statunitense ha immediatamente intuito la problematicità della situazione e si è preoccupato di desumere dal testo della Costituzione americana una serie di principi fondamentali che, a prescindere dal grado di sviluppo tecnologico raggiunto dalla società, non possono in alcun modo essere messi in discussione<sup>8</sup>. Detto altrimenti, se lo sviluppo tecnologico può certamente arrivare a cambiare il senso delle disposizioni costituzionali che impongono il confronto tra accusato e accusatore e in alcune circostanze può consentire che questo avvenga senza la contestuale presenza fisica dei due soggetti (ad esempio in teleconferenza), esso non può incidere sino a svuotare completamente di senso la libertà di espressione, il diritto di proprietà o la tutela della privacy. Lo stesso autore ha pure auspicato l'introduzione di un apposito emendamento costituzionale che, al di là dei legittimi adeguamenti interpretativi, possa fornire chiarimenti normativi. Così, pur

---

<sup>4</sup> Tra i più importanti autori che in tempi relativamente recenti si sono confrontati con la questione si veda, P. Häberle, *Diritto e verità*, (trad.) Torino, 2000, e N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011. Di alto profilo pure la critica rivolta al libro di Irti da M. La Torre, *La verità del diritto senza verità*, in *Sociologia del diritto*, 1/2013, p. 189 ss.

<sup>5</sup> Si veda ad esempio, F. Balaguer, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos*, 3/2019 p. 1 ss.

<sup>6</sup> Ad esempio, si veda V. Frosini, *Cibernetica diritto e società*, Milano, 1968.

<sup>7</sup> È questa la formula coniata da F. H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *U. Chi. Legal F.*, 7/1996, p. 207 ss.

<sup>8</sup> È quanto in ultima analisi sostenuto da L. Tribe, *The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier*, American Humanist Association, 1991.

preoccupandosi di individuare alcuni limiti alle conseguenze che le nuove tecnologie possono produrre sull'ordine giuridico, questo orientamento ha riconosciuto sia l'utilità dell'adozione di nuove regole, sia la necessità che l'attività interpretativa tenga nella dovuta considerazione il nuovo contesto tecnologico.

Una filosofia molto vicina a quella appena riferita è alla base anche di un terzo orientamento. Tuttavia, mentre Tribe pensa ad un diritto che salvi l'essenza del costituzionalismo americano dall'erompere delle nuove tecnologie, Lessig si spinge addirittura a sostenere il principio secondo cui, nel mondo contemporaneo, il codice informatico avrebbe acquisito quella stessa funzione di limite del diritto che per diversi secoli è stata attribuita all'idea di natura<sup>9</sup>. Secondo questa linea di ragionamento, esattamente come nel diciottesimo secolo avrebbe avuto poco senso una norma che avesse imposto la trasformazione di un uomo in donna, oggi non avrebbe senso un intervento legislativo che pretendesse di disciplinare il mondo senza tenere nella dovuta considerazione la realtà fattuale del codice informatico esistente. Detto altrimenti, non è più il diritto (neanche il diritto costituzionale) che regola e limita le nuove tecnologie, ma al contrario, sono le nuove tecnologie che di fatto acquisiscono un valore costituzionale e in questo modo conformano e configurano gli sviluppi degli ordinamenti.

L'autorevolezza degli studiosi coinvolti nel dibattito ha prodotto evidenti influenze sugli sviluppi ordinamentali e sulla pratica giuridica successiva. Così superata abbastanza rapidamente una prima fase di inazione dovuta all'errata convinzione che un diritto delle nuove tecnologie potesse rivelarsi un "diritto dei cavalli" e che le regole consolidate potessero governare il nuovo spazio virtuale, legislatori, costituenti e interpreti delle democrazie occidentali hanno iniziato una opera di 'travaso' delle ricostruzioni dottrinali nella prassi normativa e giurisprudenziale. In questo senso, è facile riscontrare come, a partire dalla seconda metà degli anni novanta, si sia dato seguito agli auspici di Tribe e si sia provveduto a scrivere norme orientate al riconoscimento di nuovi diritti e al potenziamento e all'espansione di alcuni diritti già esistenti: se per un verso, un po' in tutti gli ordinamenti liberali nazionali e sovranazionali si è cercato di espandere il margine di operatività della tutela dei dati personali o della protezione della proprietà intellettuale, per un altro, nuove pretese come il diritto alla tutela dei dati personali hanno ottenuto espresso riconoscimento giuridico. Operazione analoga è avvenuta anche a livello giurisprudenziale con l'emblematico esempio del diritto all'oblio o del diritto all'accesso ad internet. Non meno incisiva è stata l'influenza di Lessig: al di là dell'amplissima diffusione di cui continuano a godere gli strumenti contrattualistici del *creative commons* e del *copyleft* da lui immaginati<sup>10</sup>, la consapevolezza delle difficoltà pratiche legate all'imposizione di limiti stringenti all'attività di soggetti che si possono muovere con agilità tra le frontiere e che frequentemente hanno a disposizione mezzi superiori a quelli di diverse organizzazioni statali, ha condotto diversi legislatori del mondo occidentale ad introdurre provvedimenti (come il *Digital Millennium Copyright Act* statunitense del 1996 o la Direttiva europea sul commercio elettronico del 2001) normativi di limitazione della responsabilità delle grandi piattaforme informatiche<sup>11</sup>.

### 3. Le peculiarità della società della comunicazione e la proposta di istituzione di un'autorità garante

Quanto appena riferito dovrebbe essere sufficiente per mettere in evidenza le caratteristiche peculiari dell'approccio che, una volta ammesse le specificità delle dinamiche e dei problemi prodotti dalle nuove tecnologie, è stato adottato per cercare di governare la "galassia internet" e le nuove

<sup>9</sup> È questa la tesi alla base di L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999. La stessa idea anche in Id., *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 113/1999, p. 501 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, L. Lessig, *The Creative Commons*, in *Montana Law Review*, 65/2004, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Per alcune considerazioni sulla controversa questione dei profili di responsabilità delle grandi piattaforme informatiche nella direttiva Europea sul commercio elettronico sia consentito il rinvio a F. Vecchio, *Libertà di espressione e diritto all'onore in internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 1/2014, p. 43 ss.

“società dell’informazione”<sup>12</sup>. Infatti, in linea con un consolidato orizzonte metodologico che individua l’essenza del costituzionalismo nella volontà di limitare il potere, la preoccupazione principale è stata quella di individuare nuovi diritti fondamentali (o di ‘potenziare’ quelli già esistenti) capaci di garantire anche nel nuovo mondo informatizzato spazi di azione individuale sufficientemente robusti.

I limiti di questo approccio esclusivamente centrato sui diritti e poco preoccupato dagli equilibri di sistema però sono abbastanza evidenti. In particolare, per molto tempo esso non si è preoccupato di contrastare le conseguenze negative che, al di là delle violazioni alle libertà individuali, le trasformazioni tecnologiche possono produrre e in effetti producono sui gruppi organizzati o sulla collettività nel suo complesso. Con la paradossale conseguenza che, in quanto membri di comunità negativamente colpite, vengano danneggiati quegli stessi individui che si intendeva proteggere con il riconoscimento di nuovi diritti. Addirittura, in alcuni casi non è neanche l’avanzamento tecnologico in sé che produce un danno immediato agli individui, ma l’occasione può essere fornita dallo stesso riconoscimento di un nuovo e contrastante diritto in capo ad altri soggetti.

Abbastanza indicativa delle contraddizioni a cui si fa riferimento è la vicenda relativa alle sempre più preoccupanti distorsioni che, a causa della diffusione dei *social network* e delle applicazioni di messaggistica istantanea, subisce il principio democratico. Infatti, sulla base del condivisibile assunto secondo cui la moderna concezione di democrazia affonda le sue radici nella volontà di garantire pienamente la libertà di coscienza e la libertà di manifestazione del pensiero, si potrebbe essere indotti a pensare (e in alcuni casi si è effettivamente sostenuto) che, in virtù delle nuove possibilità di fatto che offrono e in virtù delle norme espressamente pensate per proteggere e potenziare la libertà di espressione, le nuove società dell’informazione abbiano prodotto una sorta di primavera della democrazia<sup>13</sup>.

A ben vedere, però, alla luce dell’esperienza concreta un simile assunto si è rivelato troppo ottimista. Ancora una volta è stato il dibattito americano a segnalare il problema. Più precisamente, sulla scorta delle fondamentali riflessioni di Sunstein sul punto, la dottrina più avveduta ha iniziato a segnalare come la diffusione di fenomeni prima sconosciuti quali le bolle informative e le cosiddette camere d’eco producano pericolose polarizzazioni dei sistemi politici e siano potenzialmente idonee a creare nuovi fondamentalismi e a potenziare quelli già conosciuti<sup>14</sup>. In questo nuovo mondo, in assenza di regole che si preoccupino di salvaguardare i complessivi equilibri di sistema, il potenziamento della libertà di espressione può arrivare a mettere in pericolo la stessa tenuta dei sistemi democratici.

È certamente questo il caso delle cosiddette *fake news*, cioè, secondo la definizione dell’enciclopedia online Treccani, di quelle “informazioni in parte o del tutto non corrispondenti al vero, divulgate intenzionalmente o inintenzionalmente attraverso il Web, i media o le tecnologie digitali di comunicazione, e caratterizzate da un’apparente plausibilità”<sup>15</sup>. Come già evidenziato in premessa, si tratta di una minaccia che è senz’altro potenzialmente idonea a colpire al cuore ordinamenti costituzionali che non presumono verità e che, lungi dal rimanere meramente ipotetica, ha già dato prova concreta della sua capacità di alterare le competizioni elettorali e di facilitare l’accesso alle istituzioni di forze politiche di ispirazione demagogica e antisistemica.

È con la consapevolezza della gravità e dell’attualità di questi pericoli che, in tempi più recenti, anche la dottrina e le istituzioni nazionali e sovranazionali del Vecchio continente hanno iniziato a confrontarsi con il tema e a progettare interventi di riequilibrio. Con particolare riferimento allo specifico contesto italiano è stato Pitruzzella che, oltre a ribadire l’impossibilità di ricorrere alle regole generali e oltre a segnalare i ristretti margini per un possibile intervento del legislatore penale, ha denunciato i limiti di un sistema che sostanzialmente delega alle grandi piattaforme private il compito

---

<sup>12</sup> Parla di “galassia internet” per sottolineare i rivoluzionari cambiamenti, M. Castells, *Galassia internet*, Milano, 2007.

<sup>13</sup> Cfr., T. E. Frosini, *Liberté, égalité, Internet*, Napoli, 2015.

<sup>14</sup> Sul punto, C. Sunstein, *Republic.com. La democrazia nell’epoca dei social media*, Bologna, 2017.

<sup>15</sup> Così, nel dizionario Treccani online (<https://www.treccani.it/enciclopedia/fake-news/>).

di arginare la disinformazione online e di salvaguardare per questa via la sfera pubblica<sup>16</sup>. Sempre con l'intenzione di prevenire la diffusione delle *fake news*, lo stesso autore ha poi proposto l'istituzione di una autorità garante che, secondo il modello delle autorità amministrative indipendenti, dovrebbe essere legittimata a regolamentare l'azione di contrasto alla disinformazione, a controllare l'operato delle piattaforme informatiche e su istanza di parte a imporre la cancellazione delle notizie false e tendenziose.

#### 4. Le critiche alla proposta di un'autorità garante e la difesa del "libero mercato delle idee"

Anche se la proposta di Pitruzzella è stata accolta favorevolmente da Pollicino<sup>17</sup> e da Pinelli<sup>18</sup>, essa non ha mancato di suscitare interventi critici. Zanon è stato tra i primi autori a segnalare le criticità della proposta<sup>19</sup>. La sua critica ha ispirato altri studiosi a manifestare il loro dissenso<sup>20</sup>.

Più precisamente, in linea con le posizioni conservatrici del giudice Easterbrook, il punto di partenza di queste riflessioni è rappresentato dalla negazione di novità che debbano indurre a rivedere il quadro delle regole generali: anche se "non è raro, nella storia, il fenomeno per cui, di fronte a radicali trasformazioni tecnologiche, le scienze sociali ritengano ogni volta di trovarsi di fronte ad un vero e decisivo tornante, in grado di incidere in modo rivoluzionario non solo sulle condizioni materiali della vita umana, ma anche sulla stessa natura degli individui", occorre riconoscere che, come mostrano le discipline nazionali sull'utilizzo dei media tradizionali a fini di propaganda elettorale, "non è nuova affatto l'idea di dover proteggere il cittadino (e in particolare il cittadino elettore, quello che deve formare liberamente la propria volontà politica, per esercitare il diritto di voto in modo consapevole) dal bombardamento di informazioni proveniente dai media". Detto in altre parole: mentre occorre riconoscere che con i nuovi mezzi di comunicazione è cambiata la quantità di notizie false, è lecito dubitare che le bolle informative rappresentino una vera novità e che l'avvento della rete abbia "cambiato la 'qualità' del fenomeno" della disinformazione.

Sulla base di una premessa tanto chiara diventa praticamente inevitabile concludere che diventa inutile ogni qualsiasi deviazione interpretativa dai consolidati principi costituzionali e ogni progetto di riforma costituzionale e penale della materia che vada oltre la previsione di specifici obblighi di trasparenza sul finanziamento e sulla proprietà delle piattaforme. Anzi, nonostante si riconosca la genuinità degli intenti che animano le proposte in questione, interventi di questo genere potrebbero finire con il compromettere la tutela di diritti fondamentali come la libertà di espressione o la libertà di iniziativa economica e in questo modo potrebbero ingenerare più problemi di quanti non ne riescano a risolvere effettivamente. Nello specifico, sotto il profilo costituzionale, l'istituzione di un'Autorità amministrativa indipendente dotata dell'ambizioso compito di certificare l'attendibilità delle informazioni che circolano in rete, per la sua capacità di evocare l'idea illiberale di un ritorno alla "Suprema sacra congregazione del Sant'Uffizio" per la sua supposta pretesa di proteggere i dogmi istitutivi della civiltà, è stata provocatoriamente ridefinita con il dispregiativo appellativo di "Autorità Pubblica della verità". Sotto il profilo penalistico, i tentativi di estendere la punibilità fino a ricomprendere la semplice azione di divulgazione di notizie non attendibili, vengono più o meno implicitamente qualificati come espressione di quella problematica e illiberale tendenza al populismo penale che danni caratterizza gli ordinamenti occidentali.

Al contrario si ritiene che, a fronte di un fenomeno sostanzialmente immutato come la disinformazione, debbano restare fermi i principi e le strategie di azione consolidati nella tradizione del costitu-

<sup>16</sup> È questa la tesi di G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1/2018, p. 19 ss.

<sup>17</sup> In questo senso, O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1/2018, p. 48 ss.

<sup>18</sup> In questo senso, C. Pinelli, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Media Laws*, 1/2017, p. 41 ss.

<sup>19</sup> Si veda N. Zanon, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *Media Laws*, 1/2018, p. 12 ss.

<sup>20</sup> Tra le prime critiche alla proposta si veda E. Lehner, *Fake news e democrazia*, in *Media Laws*, 1/2019, p. 93 ss.

zionalismo liberale. In particolare, sulla falsariga dell'Areopagica di John Stuart Mill<sup>21</sup> e della celebre *Dissenting opinion* del giudice Holmes nel caso *Abrams vs United States*, si ritiene che la salvaguardia del vivere civile imponga di tutelare ad ogni costo quello spazio di continuo confronto ideologico che si è soliti definire come "libero mercato delle idee" e che è caratterizzato da un continuo e salutare ricambio delle credenze<sup>22</sup>. La migliore strategia per mettere al riparo la sfera pubblica dagli effetti nefasti delle *fake news* allora non è restringere il flusso informativo come si pretenderebbe di fare attraverso l'istituzione di appositi soggetti istituzionali e attraverso la creazione di regole limitative di diversa natura, ma quella opposta secondo cui la libertà di espressione è lo strumento per un progressivo avvicinamento delle società alla verità.

## 5. Conclusioni. Il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze e l'ipotesi di un meccanismo emergenziale di natura pubblicistica

Il dibattito appena riferito pare dunque contraddistinto da una contrapposizione insanabile tra chi ritiene indispensabile un intervento pubblico a tutela dell'interesse collettivo alla salvaguardia di spazi democratici e chi, seguendo una diversa prospettiva di matrice individualistica, teme che un simile intervento possa compromettere spazi essenziali per il pluralismo e per l'esercizio dei diritti fondamentali.

In effetti, pur essendo contrapposte, le due posizioni riportate individuano pericoli reali. Per quanto non imminente, è certamente vero che, almeno in astratto, il ritorno a modelli in cui si pretende di certificare la verità, nel lungo periodo, può spianare la strada a nuove e insopportabili censure. Ed è altrettanto vero che, nel nuovo contesto della comunicazione, anche una acritica applicazione del modello alternativo del "libero mercato delle idee" può rivelarsi, come nei fatti si sta rivelando, inadeguata.

Per quanto sconcertanti possano essere simili considerazioni, esse però non devono indurre a conclusioni affrettate. Infatti, la contrapposizione appena evidenziata non è affatto nuova e ripercorre linee di frattura ideologica che il costituzionalismo europeo conosce già da secoli e che, dal secondo dopoguerra, è riuscito a comporre e a contenere attraverso il sapiente uso di accordi politici e di tecniche adeguate alla trasposizione giuridica dei compromessi individuati: la tensione tra dimensione individuale e dimensione collettiva dell'esistenza e quella tra poteri pubblici e diritti fondamentali non rappresentano certo questioni inedite per il costituzionalismo liberal-democratico contemporaneo. Detto altrimenti, è la stessa storia del costituzionalismo che mostra come sul piano tecnico sia possibile superare contraddizioni che sul piano ideologico sembrano essere insanabili: dal regime costituzionale della proprietà e della libertà di iniziativa economica alle diverse concezioni dell'eguaglianza, i testi costituzionali attualmente in vigore nei regimi liberal democratici europei sono solo alcuni esempi di come le democrazie possano sopravvivere a tensioni analoghe a quelle che emergono in questo ambito.

Alla luce di quanto si è detto, occorre quindi evitare di trasformare in una battaglia ideologica una questione centrale per il futuro del costituzionalismo. Diventa invece essenziale un ragionamento sulla capacità delle specifiche proposte di ponderare adeguatamente i contrapposti interessi in gioco. In questo senso, occorre riconoscere che, per quanto abbia il merito di provare a reagire ad una criticità cruciale dell'attualità costituzionale, la proposta in questione non pare riuscire nel difficile compito di individuare un bilanciamento equilibrato: per un verso, appare davvero troppo ampia e indefinibile l'attribuzione in via ordinaria di un generico potere di svolgere il *fact checking* e di correlata censura delle notizie false; per un altro, si fa fatica a immaginare un sistema di impugnazioni davanti al giudice ordinario che, senza paralizzare la giurisdizione, possa dare tutela giudiziaria effettiva contro l'enorme numero di provvedimenti censori che una simile autorità sarebbe chiamata ad adottare. Tuttavia, senza sottostimare i pericoli connessi alla realizzazione di un controllo di natura pubblicistica che

---

<sup>21</sup> J. S. Milton, *Areopagica. Discorso per la libertà di stampa*, (trad.) Roma-Bari, 2002.

<sup>22</sup> Ci si riferisce all'opinione dissenziente del giudice Holmes nel caso *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

provi ad arginare il fenomeno delle *fake news*, è altrettanto evidente che ciò non comporta una automatica sottoscrizione di critiche che, pur essendo autorevoli, paiono ispirate più dall'adesione al credo liberale che dall'esistenza di reali problemi costituzionali: come la previsione di autorità Antitrust non altera in via di principio il corretto funzionamento del mercato, è difficile ritenere che l'originale proposta di un'autorità indipendente rappresenti in se e per se una minaccia al "libero mercato delle idee".

Si tratta di una precisazione non secondaria perché non impone l'apologetica difesa dell'esistente come unica prospettiva praticabile e perché, nonostante il rigetto della proposta di un'autorità indipendente operante in via ordinaria, lascia aperta la possibilità di un controllo pubblicistico che sappia conformarsi ai canoni della proporzionalità e della ragionevolezza. Ad esempio, nel tentativo di limitare eccessive ingerenze alla libertà di espressione ed eccessive concentrazioni del weberiano potere ideologico, si potrebbe immaginare un meccanismo di natura emergenziale che, in situazioni tipizzate (pandemie, guerre, catastrofi naturali ed ipotesi simili), possa essere attivato dal Parlamento con specifiche maggioranze e attribuisca ad un Collegio di probiviri un mandato specifico e temporalmente definito, per la rimozione dalla rete di certi contenuti "inquinanti" il dibattito pubblico. Ovviamente, ferma la necessità di non travalicare i principi cardine del costituzionalismo, è possibile pure che altre soluzioni siano ipotizzabili.

Qualunque sia la forma dell'intervento, diventa però imprescindibile che esso sia quanto più tempestivo possibile. L'attualità costituzionale ci sta mostrando gli ingenti danni che campagne mirate di *fake news* possono fare in termini di destabilizzazione politica e addirittura in termini di vite umane. Soltanto se si recupera rapidamente il ruolo costituzionale connaturato alla sfera pubblica si può sperare che il pluralistico diritto senza verità che abbiamo conosciuto negli ultimi decenni rimanga sostenibile e non degeneri in un paradigma nichilista capace di svuotare la democrazia dal di dentro.

---

## Abstract

*Dopo che sulla scena politica si sono affermate compagini populiste e dopo che nel contesto pandemico sono emerse diverse contraddizioni, la scienza giuridica sta dedicando parecchia attenzione alle ripercussioni che le cosiddette "fake news" producono sul funzionamento democratico dei sistemi costituzionali. Con l'intento di offrire qualche spunto di riflessione su una questione che pare essere centrale per il costituzionalismo del futuro, il presente contributo, dopo aver ripercorso le soluzioni dottrinali proposte, si confronterà con il tema per cercare di individuare qualche strumento di intervento utile a preservare i delicati equilibri costituzionali delle democrazie costituzionali.*

**Parole chiave:** fake news, democrazia, libero mercato delle idee

\*

*After populist factions have emerged on the political scene and after various contradictions have emerged in the pandemic context, legal science is devoting quite a lot of attention to the repercussions that so-called "fake news" produces on the democratic functioning of constitutional systems. With the intention of offering some food for thought on an issue that seems to be central to the constitutionalism of the future, the present contribution, after tracing the doctrinal solutions proposed, will confront the issue in an attempt to identify some useful means of intervention to preserve the delicate constitutional balances of constitutional democracies.*

**Key words:** fake news, democracy, free market of ideas