

Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contesto valoriale: una indagine transatlantica*

Oreste Pollicino

Abstract

Il saggio esamina la rilevanza del cosiddetto “*judicial frame*” per definire la protezione giurisprudenziale della libertà di espressione nell’ambito di Internet. L’autore, in particolare, compara i differenti punti di vista dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte suprema statunitense. In conclusione, il saggio spiega come l’adozione, da parte delle corti, di una prospettiva interna o esterna nell’ambito della protezione dei diritti fondamentali in Internet conduce di frequente a un diverso bilanciamento e, infine, a soluzioni differenti per casi che da un punto di vista fattuale non paiono così dissimili.

The essay explores the relevance of the so-called “*judicial frame*” to define the judicial protection of freedom of speech on the Internet. The Author, in particular, compares the different points of view of the European Court of Human Rights and the Supreme Court of the United States of America. In conclusion, the work shows how the adoption of an internal or external point of view about the judicial protection of fundamental rights in Internet leads, very often, to a different balancing and, finally, to different results for cases which are not so different from a factual point of view.

Sommario

1. Introduzione. - 2. Metafore e *frame*: dalle scienze cognitive al diritto nell’era digitale. - 3. Il *frame in action*: libertà di espressione in Internet nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e nella Corte suprema degli Stati Uniti. - 4. Conclusioni.

Keywords: Internet, Diritti fondamentali, Creatività dei giudici, Metafore, Argomentazione giuridica

1. Introduzione

Per provare a fare emergere la connessione, solo apparentemente tenue, tra linguaggio metaforico, creatività giurisprudenziale e tutela dei diritti fondamentali in ambito digitale è utile mettere a confronto due brani che hanno apparentemente pochissimo in comune.

Il primo. «Osserva il Collegio che l’art. 1 della legge n. 47 del 1948 si limita a definire esplicitamente il concetto di stampa nella sua accezione tecnica di riproduzione tipo-

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo, in quanto riproduce la relazione presentata dall’A. al convegno “Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno” (Messina, 26-27 maggio 2017).

grafica o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici. Il termine stampa, però, ha anche un significato figurato e, in tal senso, indica i giornali, che sono strumento elettivo dell'informazione e lo erano soprattutto all'epoca in cui entrarono in vigore la Carta Fondamentale e la richiamata legge n. 47 del 1948, quando cioè gli altri *mass media*, in particolare la televisione e i siti di informazione *on line*, non erano operativi. Questo concetto di stampa in senso figurato definisce il prodotto editoriale che presenta i requisiti ontologico (struttura) e teleologico (scopi della pubblicazione) propri di un giornale».

Il secondo. «*Now you can see the meaning of my title cyberspace and the Law of the Horse. When asked to talk about Property in Cyberspace, my reaction was, "Isn't this just the law of the horse?"[...] This leads directly to my principal conclusion: Develop around law of intellectual property, then just apply it to computer networks.*».

Come si diceva, i due brani apparentemente hanno pochissimo in comune. Nel primo caso si tratta di giudici italiani (la Cassazione a Sezioni Unite)¹ che si pronunciano, nel gennaio 2015, su una specifica questione legata all'applicazione delle regole (in *bonam e malam partem*) previste per la carta stampata anche per Internet, ed in particolare per le riviste telematiche ed elettroniche.

Nel secondo caso, si tratta di un altro giudice, Frank Easterbrook², che però scrive nella sua "capacità accademica", in occasione di un Convegno a Chicago dedicato al nascente *cyberspace* (ritorneremo su questa metafora costitutiva) e si chiede ironicamente, nel 1995, alle origini del web, che senso abbia parlare di "diritto dei cavalli" quando basterebbe riferirsi al genere "diritto degli animali", e propone di non adottare alcun *novum* regolamentare per il mondo dei bit ma, semplicemente, di applicare, con buon senso, le regole giuridiche tradizionali del mondo degli atomi al nuovo ambiente tecnologico. In realtà però, pur nella loro diversità, i due brani evidenziano il medesimo dilemma in cui si trovano operatori, interpreti, ma anche legislatori quando devono "trasferire" alcune categorie, non solo giuridiche, dal campo analogico a quello digitale. Traslazione e traduzione *sic et simpliciter* delle categorie tradizionali al nuovo contesto tecnologico oppure necessità di ripensare e rimodulare le stesse categorie per l'esigenza di adeguarle (manipolarle?) ad uno scenario tecnologico completamente differente?

Le opzioni adottate nei due passi sopra citati sembrano suggerire due risposte diametralmente opposte.

Nel primo caso, le Sezioni Unite della Cassazione propongono un ripensamento «in senso figurato» di quanto (la nozione di stampa) finora era stato definito in senso tecnico, in modo che tale nozione possa aprirsi all'evoluzione tecnologica ed, in particolare, all'impatto di Internet.

Nel secondo caso, invece, emerge nelle parole di Easterbrook una cornice valoriale o *frame* (ci ritorneremo) di resistenza alla tecnologia emergente che si concretizza nella proposta di una mera traslazione applicativa dello strumentario giuridico tradizionale allo scenario digitale. Ma, tanto in un caso, quanto nell'altro, sia quando si propone una rilettura (anche manipolativa) delle regole esistenti in forza del mutamento del fattore

¹ Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2015, n. 31022.

² F.H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, University of Chicago Legal Forum 207, 1996.

tecnologico³, sia invece quando si propende per una semplice traslazione di dette regole dal piano materiale a quello immateriale, l'interprete, e specialmente il giudice, non può fare a meno di esercitare la sua *legal imagination*, per dirla con James Boyd White⁴. Di più, qualsiasi sia la strada prescelta, elemento necessario di quell'operazione di trasferimento o traslazione cui si faceva prima riferimento delle categorie "classiche" dal mondo materiale a quello immateriale, è l'utilizzo del linguaggio metaforico.

In fondo, la metafora, quasi geneticamente, e sicuramente etimologicamente, ha in sé quel *meta-pherein*, trasferire "oltre", attraverso campi di esperienza diversi, e implica, per dirla con Winter⁵, quel processo di «*carry over, transfer knowledge across domain*».

Da questo punto di vista, il riferimento alla metafora diviene uno strumento, se non necessario, sicuramente elettivo, nel percorso argomentativo dell'interprete che si interroghi sull'impatto dell'evoluzione tecnologica sulla "tenuta" delle categorie giuridiche tradizionali.

Ciò che mi piacerebbe provare in questa sede è come tali operazioni argomentative di trasferimento concettuale dal mondo degli atomi al mondo dei bit non siano neutrali ma, in base all'opzione assiologica o cornice valoriale che ne costituisce il fondamento, hanno un impatto sull'esito del bilanciamento in concreto operato dal giudice e, in ultima istanza, sul livello di protezione dei diritti in gioco.

In questo scenario, il giudice costituzionale o supremo sembra avere un ruolo ancora più delicato, perché deve scegliere, per dirla con Cass Sunstein⁶, tra «*constitutional traslation and constitutional caution*», ovvero decidere se tradurre i valori costituzionali originari attraverso una interpretazione tecnologicamente orientata dei parametri rilevanti, in modo da consentirne una loro estensione alle nuove esigenze emerse con l'evolvere della evoluzione tecnologica o se, invece, esibire un approccio di *self-restraint*, lasciando questo compito al decisore politico.

2. Metafore e *frame*: dalle scienze cognitive al diritto nell'era digitale

L'*humus cruciale* che ha fatto da base a tali riflessioni va identificato negli studi degli scienziati cognitivi che attribuiscono alla metafora una valenza costitutiva nel linguaggio (e non, in contrapposizione con alcune tesi più tradizionali, solo accessoria o ornamentale). Il riferimento è ovviamente a George Lakoff ed alla sua convinzione in forza della quale: «*metaphor is not act of description is a way of conceptualization*»⁷.

Secondo tale prospettiva, la metafora è una forma di pensiero che detiene il potere di

³ P. Costanzo, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, Relazione al convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno Annuale, Associazione Italiana Dei Costituzionalisti, Napoli, 2014, 43 ss.

⁴ J. B. White, *The Legal Imagination*, Chicago, 1985,

⁵ S. L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, 2001.

⁶ C. R. Sunstein, *Constitutional Caution*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1(11), 1996.

⁷ G. Lakoff - M. Johnson, *Philosophy in the Flesh: the Embodied Mind & its Challenge to Western Thought*, New York, 1999.

strutturare la nostra percezione allo scopo di essere in grado di effettuare operazioni concettuali di trasferimento da un prototipo familiare ad uno meno familiare.

In questo quadro, è per noi assai utile il concetto di *frame* proposto da Lakoff, in cui si contestualizza un utilizzo costitutivo della metafora in forza del quale quest'ultima è il punto focale di un contesto che ne costituisce l'indispensabile cornice.

L'utilità ai nostri fini della nozione di *frame* è evidente: trasferendo tale concetto dall'ambito della teoria del linguaggio e delle scienze cognitive a quello delle teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione, e quindi individuando come sottocategoria del *frame* il *judicial frame*, è possibile fare emergere quali opzioni valoriali di base facciano da cornice all'utilizzo di una specifica metafora da parte delle corti e costituiscano il fondamento di una determinata operazione di *judicial balancing*.

Rimandando ad un prossimo studio, già *in fieri*⁸, un'analisi approfondita circa il ruolo (costitutivo) giocato dalla metafora nel linguaggio giuridico in generale e nello *ius dicere* in particolare, deve ora indagarsi quale linguaggio, non solo metaforico, caratterizzi il *frame* dei giudici quando si confrontano, nello specifico, con il fattore tecnologico.

Apparentemente, ma vedremo tra un momento come lo scenario sia molto più complesso, sembrerebbero esserci due sole opzioni argomentative: da una parte ricontestualizzare i parametri rilevanti, ricreare nuovi *frame*, alla luce del nuovo ambiente tecnologico o, dall'altra parte, esibire una *judicial deference* nei confronti del legislatore.

Di quest'ultimo avviso è Larry Lessig: «*My sense is that, knowing nothing, or at least not very much, terrified by the threats of which they don't know, these judges will defer to democratic authority*»⁹.

Rimane però un piccolo problema: il giudice deve decidere il caso che gli è sottoposto, non ha molta scelta. Emblematico a questo proposito quanto Justice Kennedy scrive nella sua *dissenting opinion* nel caso *Denver Area Educational Telecommunications Consortium*¹⁰, avente ad oggetto la regolamentazione della televisione via cavo e deciso nel 1996 dalla Corte suprema statunitense. Quest'ultima, nel caso di specie, è arrivata quasi a dire, con riferimento al (a quel tempo nuovo) fattore tecnologico, «*we don't know yet, but here's the best we can*». Kennedy incalza i giudici di maggioranza sostenendo che «*doubt and caution may be reasons for the Supreme Court not to take a case, but once taken, it is hard to accept the attitude of the Court to not decide. This is why metaphors and analogies to other areas of our First Amendment case law become a responsibility, rather than the luxury the plurality considers them to be*».

In altre parole il caso va deciso, in qualche modo il fattore tecnologico va affrontato, ed è qui che il *frame*, elaborato dagli scienziati del linguaggio quale struttura cognitiva designata per facilitare la comprensione diventa *judicial frame* tecnica argomentativa grazie a cui, per l'appunto, argomentare attraverso metafore o applicazioni analogiche consente uno spostamento dal prototipo familiare ad un nuovo contesto tecnologico. Ora la *summa divisio* che mi pare si possa applicare a tal riguardo, è tra un *frame* di resistenza alla tecnologia, da una parte, ed uno, alternativo, di apertura al fattore tecno-

⁸ A. Morelli - O Pollicino, *Le metafore della rete. Linguaggio figurati, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista dell'Associazione dei Costituzionalisti Italiani*, 1, 2018.

⁹ L. Lessig, *Reading the Constitution in Cyberspace*, in *Emory Law Journal* 45(3), 1996, 874 ss.

¹⁰ *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).

logico dall'altra. Cornici valoriali che possono sintetizzarsi in ostilità o inclinazione a riconoscere per un verso o a negare per un altro il *novum* della tecnologia in oggetto rispetto al passato, quindi ragionare, rispettivamente, in termini di discontinuità o di continuità rispetto allo *status quo*.

In ogni caso, qualunque sia il *frame* prescelto, sia che vada nel senso del riconoscimento di una continuità o, invece, una discontinuità rispetto all'assetto tecnologico preesistente, l'operazione in esame non è mai neutrale, perché condizionata da un'altra importante alternativa spesso sottovalutata nella ricostruzione della rappresentazione del giudice di fronte al fattore tecnologico: la possibilità che egli adotti, per riprendere la contrapposizione tra punto di vista esterno ed interno di Hart¹¹, una prospettiva interna alla nuova tecnologia o invece una esterna a quest'ultima.

Una tale contrapposizione tra punto di vista esterno ed interno al *novum* tecnologico, emerge già, *ante litteram*, rispetto alla nascita di Internet, con riguardo al mezzo telefonico, nella decisione *Olmstead*¹², della Corte Suprema ed, in particolare nella *dissenting opinion* di Justice Brandeis. Secondo l'opinione di maggioranza, l'utilizzo di intercettazioni telefoniche ottenute da agenti federali senza alcuna autorizzazione da parte del giudice e poi utilizzate quali prove in dibattimento non violava il IV Emendamento in quanto «*listening to a private telephone conversation did not require a physical search or entry into a person's private space*».

Il *judicial frame* che caratterizza la *dissenting opinion* di Brandeis è invece di natura contraria e insiste per un riconoscimento della discontinuità tecnologica tra (l'allora) nuovo mezzo e lo *status quo* e quindi propende per una interpretazione tecnologicamente orientata di *seizure* e *search*, alla base, come è noto del IV Emendamento¹³.

Perché un *frame* così diverso per giudici che siedono, nello stesso momento, nella stessa Corte? La differenza potrebbe spiegarsi, come si accennava, applicando una delle distinzioni più conosciute di Hart cui prima si faceva riferimento: la contrapposizione tra la prospettiva interna di chi fa parte del gioco rispetto alla prospettiva esterna dell'*outsider*.

In fondo, mentre la maggioranza della Corte in *Olmstead* si pone in una prospettiva esterna, anche spazialmente, rispetto a chi è coinvolto in una conversazione telefonica, Brandeis, al contrario, elabora, da *internal player* (e non da *outsider*) il suo *judicial frame* guardando al nuovo (allora) mezzo tecnologico da una prospettiva interna allo stesso, e concependo la rete telefonica come un mezzo privilegiato per creare un *virtual closet*, in cui i segreti utilizzando le stesse parole di Brandeis «possono essere sussurati». Sulla base di tale cornice valoriale, strutturalmente differente rispetto a quello che si è vista caratterizzare il *frame* dell'opinione di maggioranza, Brandeis non ha difficoltà a concludere che, se pur non *physical*, vi è stata comunque una intrusione, se non nella proprietà, in ogni caso nella sfera privata dei soggetti intercettati che ha portato alla

¹¹ H.L.A. Hart, *Concept of Law*, Oxford, 1961.

¹² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

¹³ Il IV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*».

violazione del IV Emendamento.

Se la possibile contrapposizione tra prospettiva esterna e interna, con riguardo alla identificazione del *novum* tecnologico emerge sicuramente prima di Internet, è con l'esplosione del web che tale contrapposizione trova il suo *habitat* tecnologico privilegiato per ulteriormente evidenziare la dialettica tra apertura e resistenza a detto *novum*.

Il che non può stupire. Non è un caso che Internet sia l'unico *medium* con sua metafora spaziale costitutiva: *cyberspace*. Questo perché, a differenza delle altre tecnologie, il contesto, la cornice di riferimento, ha una natura talmente costitutiva, talmente autosufficiente da poter competere con la realtà fisica e quindi consentire in capo al giudice una scelta tra quale prospettiva caratterizzare il suo *judicial frame*, quella interna o esterna, quando si trova ad applicare il diritto di Internet.

Pensando ai due passaggi con cui si sono aperte queste riflessioni, mentre la preferenza per il "senso figurato" rispetto a quello tecnico di stampa dimostrata dalle Sezioni Unite della Cassazione fa emergere una prospettiva interna che guarda alla realtà immateriale come luogo di elezione per la riconsiderazione di alcune categorie o istituti tradizionali, il riferimento ironico e provocatorio al "diritto dei cavalli" da parte di Easterbrook denota una prospettiva esterna rispetto all'oggetto di indagine, di chi guarda alla dimensione analogica quale punto di riferimento elettivo per l'applicazione di una certa disciplina e la dimensione digitale come mero accessorio a cui è possibile e financo consigliabile trasferire *sic e simpliciter* le categorie giuridiche tradizionali.

3. Il *frame in action*: libertà di espressione in Internet nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e nella Corte suprema degli Stati Uniti

Una volta fissate le coordinate di riferimento che fanno da substrato teorico all'analisi, si vuole adesso provare a testare come un differente *judicial frame* possa determinare una significativa differenza nell'esito finale cui può pervenire il bilanciamento operato dai giudici quando si trovano a tutelare diritti fondamentali esercitati in rete. Ci si concentrerà in particolare su come una cornice valoriale diversa adottata rispettivamente da Corte di Strasburgo e Corte Suprema degli Stati Uniti in relazione alla tutela della libertà espressione in internet online, possa essere determinante per l'identificazione del livello di protezione da accordare a tale libertà allorché si scontra con altri diritti fondamentali.

Iniziando l'esame partendo dall'art. 10 CEDU¹⁴, si deve in primo luogo riconoscere

¹⁴ L'art. 10 CEDU recita: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

che il perimetro della protezione garantita da questa disposizione, è stato definito, nel mondo degli atomi, e quindi offline, in modo ampio dalla Corte di Strasburgo, che ha segnato, sin dai casi *Handyside c. Regno Unito*¹⁵ e *Jersild c. Danimarca*¹⁶, alcuni importanti punti fermi.

In *Handyside*, una storica sentenza del 1976, la Corte ha chiarito che la tutela racchiusa nell'art. 10 non si applica soltanto alle "informazioni" o alle "idee" che sono accolte in modo favorevole tra i consociati o che sono percepite come inoffensive o comunque con indifferenza. L'ambito di copertura offerto da questa norma, infatti, si estende anche alle espressioni offensive, scioccanti o disturbanti rispetto allo Stato o a qualsiasi parte della popolazione. In un passaggio successivo la Corte europea ha enfatizzato come l'ampiezza di questo ambito di tutela risponda alle esigenze di pluralismo, tolleranza e apertura mentale senza le quali non sarebbe possibile configurare una società democratica. Questa sentenza, invero, allarga di molto i confini della libertà di espressione, affermando che anche quei contenuti che faticherebbero a ottenere approvazione presso la generalità dei consociati in quanto scioccanti od offensivi non possono essere privati, per ciò solo, delle garanzie che accompagnano la libertà di espressione. Non è dunque il livello di accettazione o di gradimento sociale di un contenuto a giustificare l'accesso alle garanzie della libertà di parola.

Queste affermazioni sembrerebbero tuttavia accreditare l'assunto per cui tanto più variegato è il panorama delle idee e delle opinioni, quanto più il carattere democratico di una democrazia ne gioverà. Si deve tuttavia misurare questo assunto con la varietà della fisionomia delle *fake news*, che non portano con sé uno specifico pregio dal punto di vista informativo, ma anzi realizzano effetti contrari alle finalità della libertà di espressione, diffondendo presso la collettività messaggi non veritieri. Il quesito che occorre porsi, dunque, è se quelle notizie che sono del tutto prive di un'utilità sociale, e che non racchiudono alcun contributo all'informazione degli individui, in quanto false o tendenziose, meritino egualmente di circolare alla stregua di quei contenuti che, al contrario, soddisfano un interesse informativo secondo il parametro convenzionale.

In *Jersild*, uno dei primi casi di *hate speech*, la Corte di Strasburgo ha dimostrato sensibilità per il contesto peculiare entro il quale le espressioni offensive sono formulate, ritenendo che lo stato contraente coinvolto (la Danimarca) avesse violato l'art. 10 CEDU nell'imporre una condanna a carico di un giornalista che aveva intervistato un gruppo di giovani appartenenti a frange politiche estremiste i quali, nel corso del colloquio radiofonico, avevano rilasciato dichiarazioni patentemente offensive e razziste.

Dal panorama giurisprudenziale prima richiamato emergono chiare indicazioni in favore di una portata espansiva della libertà di manifestazione del pensiero, il cui perimetro sembrerebbe giungere ad abbracciare, nell'interpretazione della Corte europea, anche quelle espressioni che non offrono un significativo contributo allo sviluppo democratico e alla formazione dell'opinione pubblica e che presentano un contenuto raccapricciante e disturbante.

Rispetto al *judicial frame* che si è descritto con riferimento alla protezione apprestata dalla Corte di Strasburgo alla protezione della libertà di espressione e di informazione

¹⁵ CEDU, *Handyside c. Regno Unito*, ric. 5493/72 (1976).

¹⁶ CEDU, *Jersild c. Danimarca*, ric. 15890/89 (1994).

nel mondo degli atomi, quale cornice valoriale sembra invece emergere nella giurisprudenza della stessa Corte quando la medesima libertà è al contrario esercitata nel mondo dei bit?

Guardando alle decisioni in cui la Corte di europea è stata chiamata pronunciarsi nell'ambito di ricorsi occasionati da presunte violazioni della libertà di espressione in Internet, si nota un'inclinazione a rimodulare quella portata espansiva che aveva contraddistinto la precedente giurisprudenza sulle applicazioni dell'art. 10 in ambiente analogico. Questa nuova modulazione dell'ambito e della portata della libertà di espressione in rete sembra radicarsi nel convincimento che l'utilizzo delle tecnologie digitali presenti un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi con cui l'esercizio della libertà di parola deve coniugarsi¹⁷. Beninteso: il carattere "relativo" e "cedevole" rispetto a operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU non costituisce certo una novità, ma questo carattere appare accentuato nel campo della casistica che ha a che vedere con Internet.

Questa lettura per così dire "restrittiva" conosce i suoi prodromi nella pronuncia *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*¹⁸ del 2011, in cui la Corte ebbe modo di argomentare che: «*The Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned*».

A differenza della Corte Suprema che, come si vedrà, nella sentenza *Reno v. ACLU*¹⁹ del 1997 ha da subito messo in luce il potenziale per una espansione (definita "fenomenale") dello spazio di esercizio della libertà di pensiero, la Corte europea è persa, in questa pronuncia, preoccupata soprattutto dalle criticità dell'uso del mezzo Internet e dei rischi connessi a una lesione più significativa di altri diritti fondamentali che potrebbero scontrarsi con la libertà di espressione e di informazione. Tutto questo quando, come si diceva, la partita si gioca non nel mondo degli atomi ma in quello dei bit.

Occorre poi ricordare che, come evidenziato in precedenza, la Corte europea ha da sempre indicato nella libertà di espressione, e, in particolare, nella libertà di stampa, una sorta di cartina di tornasole (il "cane da guardia") del livello di democrazia di un ordinamento. Sembra che anche questo portato consolidato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia stato rivisitato. Dapprima, nella sentenza *Stoll c. Svizzera*²⁰ del 2007, la Corte è persa convalidare l'imposizione di obblighi più stringenti in capo ai

¹⁷ O. Pollicino - M. Bassini, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. Savin - J. Trzaskowski (a cura di), *Research Handbook On EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss.

¹⁸ CEDU, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, ric. 33014/05 (2011).

¹⁹ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

²⁰ CEDU (Grande Camera), *Stoll c. Svizzera*, ric. 69698/01 (2007).

giornalisti nel caso di utilizzo di Internet rispetto alla carta stampata: «*The safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism [...] These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance*».

Inoltre, un indirizzo analogo trova conferma nella pronuncia *KU c. Finlandia*²¹ del 2008: «*Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context. Such framework was not, however, in place at the material time, with the result that Finland’s positive obligation with respect to the applicant could not be discharged*».

Non si deve, naturalmente, dimenticare che le decisioni della Corte europea riposano in larga parte sulla specificità delle singole situazioni che hanno occasionato, di volta in volta, i ricorsi.

Questi elementi consentono di ridimensionare o comunque di ponderare correttamente la portata di pronunciamenti all’apparenza radicali. Tale discorso vale, per esempio, per il caso *Delfi AS c. Estonia*²², una decisione della Grande Camera del 2015 che pure conferma la linea di tendenza descritta finora, incline a validare con maggior favore possibili limitazioni della libertà di espressione online (basti, tra tutti, questo inciso: «*Defamatory and othertypes of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online*»).

La Corte ha stabilito che porre a carico del gestore di un portale di informazione online il pagamento di una somma, pur esigua (nel caso di specie, 320 Euro), a titolo di risarcimento del danno subito da un soggetto in conseguenza di alcuni commenti diffamatori rimasti accessibili per circa sei settimane a corredo di un articolo pubblicato sul sito non costituisce una restrizione sproporzionata alla libertà di espressione, in ragione della necessità di un suo bilanciamento con la tutela da assicurare ad altri diritti della personalità (quali l’onore e reputazione) del soggetto diffamato.

Va detto che la stessa vicenda sarebbe stata verosimilmente giudicata in altro modo dalla Corte di giustizia, il cui scrutinio però si sarebbe fondato su criteri diversi rispetto a quelli adottati da un giudice dei diritti fondamentali come la Corte di Strasburgo, appuntandosi all’opposto sul tema dell’eventuale responsabilità del gestore del portale

²¹ CEDU, *KU c. Finlandia*, ric. 2872/02 (2008).

²² CEDU (Grande Camera), *Delfi AS c. Estonia*, ric. 64569/09 (2015).

online e dunque sull'applicazione della Direttiva 2000/31/CE. La sentenza in parola è senz'altro problematica e difficile da riconciliare con il diritto dell'Unione europea: al netto della necessità di adottare una prospettiva d'indagine non fuorviante (il *thema decidendum* qui era se l'imposizione di un risarcimento in forma pecuniaria, di entità ridotta, potesse configurare una violazione ingiustificata dell'art. 10 CEDU, e non la compatibilità di tale opzione con la Direttiva 2000/31/CE), la sentenza apre uno spiraglio rispetto alla possibilità di imputare all'editore di un portale contenuti illeciti pubblicati da terzi al verificarsi di determinate circostanze.

Tali indicazioni emergono soprattutto se si confronta la portata della sentenza *Delfi* con quella, di alcuni mesi successiva, che ha visto la Corte di Strasburgo prendere nuovamente posizione su un caso analogo, seppure con esito differente, nella sentenza *MTE c. Ungheria*²³. La vicenda non presentava sostanziali differenze, in quanto il ricorso era diretto a provocare uno scrutinio sulla compatibilità con l'art. 10 CEDU della condanna riportata dal gestore di un portale di informazione a causa dei commenti diffamatori riportati da terzi, in forma anonima, ossia tramite l'utilizzo di pseudonimi, in calce a una notizia pubblicata sul giornale. La Corte di Strasburgo è giunta, come precisato, a una pronuncia di segno opposto, nel senso della sussistenza di una violazione dell'art. 10, allontanandosi così dal suo precedente in *Delfi*. Secondo la Corte, i due casi si differenziano a causa della natura dei commenti offensivi e del loro diverso disvalore: in *Delfi*, infatti, i contenuti inseriti da terzi presentavano una particolare carica offensiva al punto di configurare una forma di *hate speech*, essendo connotati da toni incitanti alla violenza e all'odio razziale; tale connotazione, che per la Corte sembra provocare una maggiore attrazione di utenti, non si ritrova invece nel caso *MTE* ed è proprio la carenza di questo attributo di manifesta illiceità a giustificare un diverso atteggiamento nei confronti dell'*Internet service provider*.

La Corte di Strasburgo ha così rivisitato il proprio orientamento: peraltro, nella fattispecie non era in questione, come nel caso *Delfi*, la ritardata rimozione di commenti (giacché questa era stata invero eseguita tempestivamente) bensì proprio la responsabilità del gestore della piattaforma per i commenti di natura offensiva pubblicati da terzi. In questo senso, sembra apprezzarsi il tentativo da parte della Corte di avvicinarsi, rispetto al caso *Delfi*, al diritto dell'Unione europea e ai principi sulla responsabilità degli *Internet service provider*.

La stessa cornice valoriale di base che porta ad un'attenuazione, in Internet, della portata espansiva della libertà di espressione si rintraccia anche in due recenti decisioni della Corte europea in cui si è trattato di bilanciare quest'ultima con le istanze di protezione del diritto d'autore.

Anzitutto, nella decisione sul caso *Ashby Donald e altri c. Francia*²⁴ del 2013 era in discussione se la previsione di una sanzione pecuniaria in relazione alla pubblicazione in un sito Internet di alcune fotografie realizzate da alcuni fotografi professionisti in occasione di un evento, senza il consenso della casa di moda, integrasse o meno una violazione dell'art. 10 CEDU. La risposta del giudice di Strasburgo è stata negativa, dal momento che l'interferenza sull'esercizio della libertà di espressione è stata ritenuta giustificata,

²³ CEDU, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt c. Ungheria*, ric. 22947/13 (2016).

²⁴ CEDU, *Ashby Donald e altri c. Francia*, ric. 36769/08 (2014).

anche alla luce della natura commerciale delle forme di espressione in discorso, per la cui disciplina gli Stati contraenti dispongono di un margine di apprezzamento più ampio rispetto ad altri ambiti.

Altro caso significativo è quello che ha tratto origine dalla condanna dei gestori del portale The Pirate Bay per violazione delle norme svedesi sulla tutela del diritto d'autore²⁵. Chiamata a pronunciarsi sul ricorso contro la condanna, la Corte ha rilevato che: «*Since the Swedish authorities were under an obligation to protect the plaintiffs' property rights in accordance with the Copyright Act and the Convention, [...] there were weighty reasons for the restriction of the applicants' freedom of expression*».

Se l'Europa, e in particolare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si caratterizza per un *frame* di marcata ostilità rispetto all'estensione della libertà di espressione nel mondo dei bit, gli Stati Uniti si contraddistinguono all'opposto come il paese campione della libertà di manifestazione del pensiero anche nel nuovo ecosistema digitale.

Questo atteggiamento trova emersione nella cornice valoriale adottata dalla Corte suprema incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in questa materia l'inedita dimensione libertaria del fenomeno Internet. Da subito, agli occhi della Corte suprema statunitense, Internet offre coordinate e spazi nuovi per l'esercizio della libertà di parola, ai quali occorre guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in *Reno*, di mutuare dalla celebre *dissenting opinion* di Justice Holmes l'utilizzo della metafora del *free marketplace of ideas*, la cui perdurante rilevanza, come si dirà oltre, potrebbe essere messa in discussione alla luce dei cambiamenti che hanno interessato Internet nel corso dei suoi primi anni di vita.

La sentenza, che risale al 1997, reagisce al primo tentativo del governo statunitense di limitare l'accesso a contenuti vietati ai minori in Internet, a fronte delle preoccupazioni legate all'impossibilità di replicare, in rete, come ben descritto da Lessig, quelle dinamiche di *zoning* e di *age verification* che prendono corpo nel mondo degli atomi, impedendo ai minori di ottenere la disponibilità di materiali vietati. A questo scopo nel 1996 fu approvato il Communication Decency Act (CDA), che mirava a colpire, in particolare, contenuti definiti come “indecenti” e “manifestamente offensivi”. La Corte suprema, tuttavia, ne dichiarò l'incostituzionalità per contrasto con il Primo Emendamento, in quanto le restrizioni previste dal CDA risultavano troppo vaghe e indeterminate, non rispettose dello *strict scrutiny* cui ogni limitazione della libertà di parola dovrebbe essere soggetta secondo l'approccio della Corte suprema: in altri termini, la compressione della *free speech* non era contenuta entro i margini di stretta necessità per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, ossia la tutela dei minori. La Corte suprema svolge, nel suo ragionamento, alcuni interessanti passaggi, su cui si ritornerà in sede conclusiva, sul rapporto tra i media tradizionali e Internet: «*Radio and television, unlike the Internet, have, “as a matter of history [...] received the most limited First Amendment protection, [...] in large part because warnings could not adequately protect the listener from unexpected program content. [...] [On the Internet], the risk of encountering indecent material by accident is remote because a series of affirmative steps is required to access specific material*».

La Corte suprema accoglie la metafora del libero mercato delle idee, anzi la esalta indi-

²⁵ CEDU, *Fredrik Neij e Peter Sunde Kolmisoppic. Svezia*, ric. 40397/12 (2012).

viduando in Internet un terreno elettivo peculiare dove questo libero scambio conosce una eccezionale espansione.

Guardando al *reasoning* della pronuncia è chiaramente individuabile la coppia assiologica riconoscimento della discontinuità tecnologica e del *novum* che la rete Internet porta con sé e prospettiva interna che nella prima parte di questo lavoro si è detto caratterizzare il punto di vista dell'*internal player* e non l'*outsider*. I nove giudici della Corte Suprema resistono alla tentazione di estendere al web la giurisprudenza in tema di attività radiotelevisiva, e quindi di fare prevalere un *frame* di resistenza alla (allora) nuova tecnologia e di conseguente continuità con l'assetto tecnologico precedente. A questo riguardo, gli stessi giudici sottolineano le ragioni specifiche per cui il regime regolatorio del mezzo audiovisivo non è trasferibile *sic et simpliciter* a Internet, a cominciare dal problema specifico delle risorse scarse, proprio (a quei tempi) del mezzo televisivo che necessita di una regolazione pubblicitaria e della circostanza che, con specifico riferimento alla tutela dei minori, quest'ultimi, mentre su Internet devono (dovevano nel 1997) fare degli *affirmative steps* per accedere a materiale osceno, sarebbero stati invece più esposti a detto materiale guardando, passivamente, la televisione.

Dopo la pronuncia della Corte suprema in *Reno*, altri tentativi si sono susseguiti da parte delle autorità statunitensi per regolare la circolazione di contenuti ritenuti dannosi per i minori. Nessuno di questi tentativi è però uscito indenne dallo scrutinio della Corte suprema. Al 1998 risale il Child Online Protection Act, che recepiva alcune indicazioni della sentenza *Reno*. Secondo la Corte Suprema, però, la definizione di "materiali nocivi per i minori", fondata su un generico rinvio agli standard della comunità di riferimento, non si conformava ai criteri necessari a circoscrivere le limitazioni su base legittima della libertà di espressione.

Analoga sorte ha caratterizzato il terzo e ultimo capitolo della battaglia tra governo statunitense e Corte Suprema per bandire da Internet i contenuti osceni dannosi per i minori, che aveva a oggetto il Child Pornography Prevention Act: anche in questo caso, secondo la Corte Suprema, le restrizioni introdotte per vietare la diffusione di immagini di minori illustrati nel compimento di condotte sessuali o di ogni forma evocativa di atti sessuali risultavano eccessive e prive del necessario carattere di proporzionalità. Si trattava, secondo la Corte Suprema, di norme la cui portata attingeva un ambito ben più ampio di quello che il legislatore avrebbe potuto legittimamente incidere per il raggiungimento dell'obiettivo di tutela dei minori.

Queste pronunce sono indicative di una chiara attitudine a salvaguardare l'esercizio del *free speech* tramite un mezzo ritenuto in grado di assicurare una straordinaria espansione del suo ambito di esercizio. La Corte Suprema, in altri termini, non si è premurata di ricalibrare la propria sensibilità sul punto "al ribasso", ossia dando risalto alle possibili implicazioni critiche dell'utilizzo di Internet, ma al contrario ha confermato la propria visione liberale, addirittura riconoscendo i margini per un accrescimento della libertà di parola alla luce delle caratteristiche di un mezzo del tutto inedito. È emblematico che i tre *strike* della Corte suprema siano caduti su norme previste a tutela di un interesse particolarmente sensibile, quale la protezione dei minori, tale da legittimare normalmente più di altri limitazioni particolarmente invasive della libertà di espressione.

Si coglie così un *judicial frame*, come si proverà ad articolare in modo meno approssi-

mativo in sede conclusiva, tendenzialmente opposto a quello che ha contraddistinto le corti europee, che anziché cavalcare Internet come volano della libertà di manifestazione del pensiero, ne hanno percepito e soppesato soprattutto la portata critica per l'esercizio di diritti concorrenti.

4. Conclusioni

A conclusione di un'analisi che non può che essere approssimativa, preliminare e destinata ad essere integrata quale *work in progress*, non può non confermarsi, guardando alla differenza tra i risultati cui perviene la giurisprudenza della Corte Suprema da una parte e quella della Corte di Strasburgo dall'altra in tema di tutela della libertà di espressione, che l'utilizzo di una determinata cornice valoriale è in grado non soltanto di influenzare l'apparato argomentativo di una decisione e il bilanciamento operato dalle Corti, ma anche, conseguentemente, di incidere sul livello di protezione dei diritti fondamentali in gioco.

Ritorniamo per un momento alla decisione *Reno* prima richiamata della Corte Suprema, in cui quest'ultima afferma che: «è tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prova contraria che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura». Come si accennava in precedenza, la Corte Suprema aggiunge riferendosi ad Internet che «*the dramatic expansion of this new marketplace of ideas*» contraddice l'idea alla base della proposta di regolazione dell'amministrazione Clinton per cui l'accessibilità di materiale indecente sul web avrebbe quale effetto quello di allontanare gli utenti dalla rete.

Confrontiamo questi passaggi con quanto emerge dalle decisioni che si sono richiamate in precedenza, sempre meno rare negli ultimi tempi, in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità al parametro convenzionale fornito dall'art. 10 CEDU dei limiti imposti, dallo Stato convenuto, all'esercizio, su Internet, della libertà di espressione del ricorrente. Dall'analisi, come si è cercato di dimostrare, è possibile identificare un *judicial frame* volto ad una rimodulazione ed un'attenuazione della portata espansiva della protezione accordata dall'art. 10 rispetto all'ampissimo ambito di tutela, prima ricordato, che la libertà di espressione si è vista riconoscere in ambiente analogico.

Rimodulazione e attenuazione la cui, forse, elaborazione più compiuta si trova, per la prima volta, nel 2011, allorché la Corte EDU ha avuto modo di affermare che «*the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the*

*Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned*²⁶.

È evidente come la Corte di Strasburgo, nel passaggio considerato, abbia accentuato, più che i vantaggi di un'ulteriore amplificazione, sul web, dell'esercizio della libertà di espressione, come fa invece la Corte Suprema, i rischi che una tale amplificazione - attraverso uno strumento tecnologico che sfugge, almeno *prima facie*²⁷ al controllo degli Stati - possa avere nei confronti di una tutela effettiva di diritti e altre libertà che, sullo stesso *medium*, possono trovarsi, volta per volta, in contrasto.

Le due Corti sembrano animate da presunzioni di segno opposto: quella statunitense presume che una *content regulation* e dunque un controllo non sortisca maggiori benefici della libertà, quella europea, più sospettosa, ritiene verosimile che il mezzo generi pericolo per gli altri diritti e dunque assume la necessità, e quindi la legittimità di correttivi che possano limitare l'esercizio del *free speech*.

A differenza del *digital distrust*, della sfiducia nella nuova tecnologia che emerge dalla giurisprudenza rilevante della Corte europea, è evidente come il *frame* alla base della giurisprudenza richiamata della Corte Suprema sia di fiducia incondizionata nel mezzo che viene considerato in grado di ulteriormente amplificare il portato di libertà insito nel I Emendamento²⁸.

Interessante come la necessità di guardare al *novum* del mezzo tecnologico e la comparazione con i media tradizionali assume una valenza diversa a secondo del *frame* di riferimento. Nel caso della Corte Suprema, in nome di quella cornice valoriale di fiducia per "la novità" del web, è un argomento utilizzato per giustificare l'esigenza di una minore intrusività regolamentare nei confronti della rete rispetto all'assetto regolatorio caratterizzante il regime televisivo; nel secondo caso è, invece, un argomento utilizzato per giustificare esattamente il contrario, vale a dire una intrusione maggiore da parte degli stati nei confronti della libertà di espressione quando è esercitata su Internet rispetto a quando è esercitata, ad esempio, sulla carta stampata. Tutto questo in nome di quel *frame* di sfiducia nella nuova tecnologia e della potenziale amplificazione del rischio che su Internet altri diritti in contrasto con la libertà di espressione possano essere maggiormente lesi rispetto a quanto può capitare nel mondo degli atomi.

Insomma, per riprendere in chiave manipolativa la celebre esclamazione di Nanni Moretti in Palombella Rossa²⁹, metafore e *judicial frame* sono davvero importanti nel diritto dell'era digitale.

²⁶ Editorial Board of *Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, § 63.

²⁷ J. Goldsmith - T. Wu, *Who controls internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, 2006.

²⁸ Il I Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievance.*».

²⁹ Nel film Palombella Rossa (1989) di Nanni Moretti che esclama in un dialogo surreale con una giornalista "alle prime armi": «le parole sono importanti!».