

Approccio decisionista e limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero: un problema dello Stato costituzionale di diritto

di

Vincenzo Baldini*

Sommario: 1. La libertà di manifestazione del pensiero (lmp) come diritto fondamentale e norma di principio. Un approccio problematico 2. La teoria dei diritti fondamentali come premessa necessaria di ordine esegetico. segue: la teoria istituzionale e la declinazione dei diritti fondamentali come sistema di valori. 3. La libertà costituzionale di manifestazione del pensiero nella Costituzione: tra matrice liberale e connotazione democratico-funzionale e istituzionale. 4. Lmp c/ tutela degli interessi generali concorrenti: aspetti di un problematico bilanciamento. 5. L'orientamento della giurisprudenza. 6. Comunicazione reale e comunicazione post-fattuale, informazione e disinformazione. Una questione costituzionale tutt'altro che risolta. 7. Il divieto di "disinformazione" scientifica nella fase dell'emergenza sanitaria. 8. Libertà di espressione e disinformazione: la normativa dell'Unione europea come problematica limitazione della sfera materiale di garanzia di un diritto costituzionale. 9. Conclusioni. L'accentuazione della caratura istituzionale-democratica della tutela ex art. 21 Cost. nel processo di trasformazione costituzionale.

1. La libertà di manifestazione del pensiero (lmp) come diritto fondamentale e norma di principio. Un approccio problematico.

La libertà di espressione, fin dal pensiero classico e filosofico, è intesa come il presidio fondamentale su cui poggia l'intero complesso delle libertà comunicative, incluse anche la libertà di riunione e quella d'informazione¹. La sua configurazione come diritto fondamentale sancito dalla Costituzione democratica ha oscillato fin dall'origine tra i poli opposti del diritto individuale di difesa, contro indebite ingerenze dell'autorità pubblica, e di libertà strettamente funzionale al corretto

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Conforme, A. Nußberger, *Kommunikationsfreiheiten*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, F. Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2012, p. 1292.

svolgersi del processo democratico, in relazione alla quale, pertanto, non può restare del tutto esclusa la possibilità di più stretta limitazione da parte del legislatore rappresentativo. Di tale libertà, infatti, è propria la descritta “doppia funzionalità”², di ordine individuale, con riferimento al pieno sviluppo della persona, e di ordine generale, con riguardo ad una adeguata formazione di consapevolezza nelle dinamiche del confronto democratico. La declinazione anche in senso assiologico di tale libertà, insomma, non può prescindere da alcuna delle descritte prerogative funzionali ma, anzi, ne impone la considerazione secondo un ragionevole equilibrio degli interessi sottostanti ciascuna di tali prerogative.

Tanto spiega perché la previsione di tale libertà nella Costituzione si ponga sempre al centro di questioni spesso irrisolte, che vanno dalla precipua qualificazione di essa quale diritto funzionale al pieno sviluppo della persona e/o norma-principio a carattere conformativo, fino a giungere alla sua strumentale relazione con l’esercizio dell’autodeterminazione individuale³. Ad ogni modo, forme e limiti del diritto alla libera espressione del pensiero tendono sempre di più a modellarsi -ad opera, in particolare della giurisprudenza- secondo i tratti dell’esperienza contemporanea, finendo per allinearsi alle dinamiche di assecondamento degli interessi politici, anche di livello sovranazionale e/o internazionale, nonché alle acquisizioni del progresso scientifico che indirizzano le forme della vita all’interno della comunità statale. Così, variano nel tempo condizioni e termini del bilanciamento di tale libertà con diritti fondamentali concorrenti ma, soprattutto, con gli interessi di natura generale, anch’essi dotati di copertura costituzionale, correlati all’incremento dei compiti dello Stato e perciò, ad una estensione progressiva dell’azione pubblica⁴. Anticipandosi fin da ora qualche conclusione,

² M. Eifert, N. Wienfort, *Hassrede als Gefährdung der verfassungsrechtlich geschützten offenen Kommunikation unter Freien und Gleichen*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2023, p. 270, nt. n. 2.

³ Sul punto cfr. R. Grawert, *Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte. Eine judikative Entwicklungsgeschichte*, in *Der Staat* 49 (2010), p. 507 ss., part. p. 520, il quale sottolinea come la generazione-Blogger e Twitter, abbia senza problema deciso di immettere i dati personali in rete, per utilizzare il canale del pubblico a scopo di personalizzazione.

⁴ Al riguardo, cfr. soprattutto H. Schulze-Fielitz, *Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben*, in D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, p. 11 ss.;

può dirsi che tale aumento di compiti dello Stato concorre a giustificare la prefigurazione di limiti sempre più stringenti alla libertà individuale di manifestazione del pensiero, flettendola -per così dire- alle istanze unitarie comuni connesse alla realizzazione di tali compiti. In quest'ordine di idee trova riferimento anche la considerazione di disvalore dell'eccesso d'informazione (infodemia), declinato perciò come pericoloso per l'esercizio adeguato della libertà di manifestazione del pensiero e per il corretto svolgimento del processo democratico. Le aspettative costituzionali connesse alla natura di libertà negativa della garanzia ex art. 21 Cost., mirata tra l'altro alla libera formazione di una consapevolezza da parte del singolo nel contesto di un libero pluralismo informativo, vengono ad incrociarsi sempre di più con un complesso di interessi o aspettative unitarie, ritenute suscettibili di ricevere pregiudizio da un cattivo esercizio di tale libertà. Rileva, a tale riguardo, l'importanza assunta dalle nuove forme di comunicazione attraverso i *social* (Instagram, Facebook, X-ex-Twitter, etc.) che hanno notevolmente esteso lo spettro dell'informazione e della manifestazione del pensiero ben oltre lo spazio tradizionale dell'informazione oggettivamente vera e storicamente riconoscibile. L'impiego e regolazione di tali piattaforme, soprattutto al livello europeo, concorre tuttavia ad accrescere lo spessore problematico, sul piano costituzionale, dell'esercizio di tale libertà.

2. *La teoria dei diritti fondamentali come premessa necessaria di ordine esegetico.*

Preliminarmente, va riconosciuta una certa fondatezza all'assunto secondo cui ogni interpretazione dei diritti fondamentali, sul piano dogmatico come anche su quello legislativo e giurisprudenziale, risente, più o meno consapevolmente, di una previa assunzione di prospettiva, riconducibile a ben vedere ad una specifica teoria dei diritti fondamentali. Si tratta, al riguardo, di "un'interpretazione sistemicamente orientata del carattere generale, dell'indirizzo di scopo normativo, e della portata

nonche ivi, D. Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, p. 291 ss. Inoltre, di quest'ultimo A., v. anche Id., (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden, 1994.

sostanziale dei diritti fondamentali". Peraltro, come bene si rileva, ogni possibile interpretazione "ha il suo punto di relazione (di orientamento sistemico), di regola, in una determinata accezione dello Stato e/ o in una determinata teoria della Costituzione"⁵.

Quanto detto, rende manifesta la base essenziale su cui viene a fondarsi ogni possibile accezione -di tipo liberale, istituzionale e/o funzionale-democratico- della Imp e la connessione causale di quest'ultima con un determinato senso dello Stato e della Costituzione, inquadrati in una relazione di influenza e condizionamento reciproci. Ciò tanto più in quanto lo Stato costituzionale democratico del '48, non più marcato come quello liberale dal principio di non-identificazione⁶ si vincola a un sistema "obiettivo" di valori che non consente al singolo la libera scelta se aderire o meno ad una certa *Weltanschauung* ⁷.

La Costituzione italiana, come la gran parte di quelle coeve all'esperienza del II dopoguerra, è marcata infatti dalla non neutralità rispetto ai valori, i quali assumono una portata conformativa, seppure unicamente attraverso un condizionamento dell'impegno esegetico delle norme costituzionali, anche delle complesse dinamiche politiche e sociali presenti nell'ordinamento.

Si tratta di un percorso anche di ordine storico-evolutivo che allontana un'accezione in senso puramente *liberale* dei diritti, basata su un insuperabile antagonismo di Stato e società civile⁸, da cui deriva, in origine, una netta distinzione tra sfera del pubblico, o dell'autorità; e sfera del privato, o della libertà, in cui il primo, attraverso il potere esecutivo, non poteva, di regola, ingerirsi. In questo contesto, rinvenibile negli ordinamenti statali europei dell' Ottocento -con l'eccezione del Regno Unito- come esito di moti rivoluzionari contro l'assolutismo regio, la libertà non è ritenuta come una creazione dell'ordinamento statale, alla cui garanzia lo Stato stesso è predisposto, ma si configura come un *prius* naturale,

⁵ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1992, p. 115 ss, part. p. 116.

⁶ Su tale principi v. innanzitutto H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 178 ss.

⁷ H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 181.

⁸ Sul punto, v. E.-W. Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1991, p. 209 ss.

presupposta rispetto all'esistenza di quest'ultimo⁹. In tale sua connotazione essa si atteggia come *funktionslose Freiheit*, priva del tutto di necessaria portata funzionale, insomma -per dirla con le parole di E.-W. Böckenförde- come *Freiheit schlechthin*¹⁰ non, invece, come *Freiheit "um...zu"*¹¹.

In tal senso, il nucleo sostanziale della libertà quale diritto costituzionale si mostra presupposto rispetto alla volontà del legislatore che, pertanto, è competente unicamente a fissare limiti al suo esercizio¹²: "non è la legge a porre contenuto e misura al diritto fondamentale" ma, al contrario, essa riceve "dalla garanzia di libertà propria del diritto fondamentale misura e contenuto"¹³.

Ad un tale approccio teoretico, in cui il concetto di libertà figura quale principio ordinatore dominante dell'assetto giuridico, fa tuttavia da *pendant* l'indifferenza dello Stato verso i presupposti sociali di realizzazione della libertà quale diritto costituzionale¹⁴. Si spiega così il ricorso al criterio di proporzionalità per la verifica della legittimità dei limiti all'esercizio imposti dalla legge¹⁵.

segue: *l'inquadramento istituzionale e la declinazione dei diritti fondamentali come sistema di valori.*

La valorizzazione in chiave istituzionale di un diritto fondamentale presenta differenze rispetto all'accezione liberale giacché a rendersi prevalente, nella prima, è la natura di principio istituzionale del diritto in questione relativo all'ambito di vita tutelato dallo stesso diritto¹⁶. Tale accezione vale a legittimare, in capo al legislatore ordinario, una dilatazione dello spazio di intervento discrezionale, con l'obiettivo di dare attuazione alla norma di principio per la regolazione di oggetti e situazioni ricadenti entro l'ambito materiale specifico del diritto fondamentale

⁹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 119.

¹⁰ H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 536 ss., part. p. 538.

¹¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 120.

¹² *Ibidem*, p. 121.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 123.

¹⁵ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶ *Ibidem*, p. 124.

interessato. In tale prospettiva, la legge non opera soltanto nella direzione di limitare la portata della relativa garanzia costituzionale bensì anche in quella, più elaborata, di dare pieno sviluppo e realizzazione alla norma costituzionale di principio. Il diritto fondamentale, in tal caso, non si inquadra più come una libertà assoluta ma risulta mirato all'attuazione o, comunque, al consolidamento della specifica struttura obiettivo-istituzionale dell'ordinamento che lo caratterizza¹⁷. Tanto, come è stato rilevato, non argina l'ipotesi di un'effettiva subordinazione della libertà del singolo ai tratti istituzionali¹⁸ che possa giungere fino a tradurre la libertà in privilegio¹⁹.

In un'accezione precipuamente assiologico-funzionale, i diritti fondamentali sono strumentali al fine dell'integrazione sociale, a cui lo Stato deve attendere principalmente attraverso l'attuazione di tali norme costituzionali²⁰. Tali diritti, infatti, convertono in forma normativa "un sistema di valori²¹ attraverso cui i singoli acquisiscono uno «status materiale» e si riconoscono come unità di un popolo "di carattere nazionale"²².

Il progressivo affermarsi di una Costituzione per valori consolida, per un verso, il ricorso al principio di proporzionalità come criterio di determinazione dei limiti ai diritti fondamentali, ispirato al bilanciamento degli interessi concorrenti²³. Nel contempo, riesce esaltata la connotazione assiologica di questi ultimi quali norme-

¹⁷ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 126.

¹⁸ *Ibidem*, p. 129.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

²¹ Cfr. la posizione critica di E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 132, secondo cui non si rende chiaro ed evidente, nella specie, "né un razionale fondamento per valori e ordinamento di valore né un sistema razionalmente riconoscibile e discutibile di priorità per la determinazione di una gerarchia di valori e un bilanciamento di questi basato su tale gerarchia".

²² *Ibidem*, p. 129.

²³ *Ibidem*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in *Id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1992, p. 53 ss., part. p. 82, che sottolinea la reciproca correlazione tra i metodi dell'interpretazione costituzionale e lo specifico concetto o la specifica teoria della Costituzione che ad essi sottende. Sulla Costituzione come volontà e rappresentazione, v. anche G. Frankenberg, *Die Verfassung der Republik*, Frankfurt am Main, 1997, p. 15 ss.

principio²⁴, la cui efficacia si proietta in ogni ambito dell'esperienza sociale. La realizzazione dei diritti in parola come forma di attuazione di valori costituzionali diventa, così, il risultato di un'elaborazione umanistica, di per sé lontana dal metodo giuridico²⁵. La specificazione del loro contenuto si risolve essenzialmente in un "accertamento del senso" di tali valori, espressi attraverso la previsione normativa della Costituzione²⁶. L'inquadramento sistematico di ogni singolo valore posto a base dell'ordinamento si rende possibile attraverso una correlazione "con la coscienza spirituale-culturale dei valori del tempo"²⁷.

L'altra faccia della medaglia di un siffatto approccio esegetico si intravede nel rischio di relativizzazione del diritto alla libertà individuale²⁸ giacché al "compimento del valore espresso nel e attraverso il diritto fondamentale" attiene la possibilità di un esercizio di tale libertà che, rispettivamente, realizza il valore o, invece, lo mette in pericolo²⁹. Anche quando la logica teoria dei valori sembra in grado di offrire soluzioni praticabili al problema del conflitto tra diritti concorrenti, come a quello dell'interazione di più diritti fondamentali, essa non nasconde il pericolo di una tirannia del valore di volta in volta inteso come quello preminente rispetto a quelli considerati più deboli³⁰. Il metodo del bilanciamento degli interessi concorrenti non sembra di per sé produrre sempre un'oggettiva giustificazione di ciò che invece, si comprende solo come razionalità della decisione. Tale metodo cela scelte che "acquisiscono in questo modo ... una apparenza razionale" ma, a ben vedere, rivelano tratti di un "decisionismo giurisdizionale o interpretativo"³¹.

²⁴ "Essi ottengono il loro reale valore come deflusso/esito dei fondamenti di valore di una comunità e come espressione di una decisione sui valori, che questa comunità assume per sé stessa": E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 130.

²⁵ Idem.

²⁶ "ciò che può determinarsi unicamente attraverso il ricorso ad un approccio esegetico di tipo umanistico": E.-W. Böckenförde, op. ult. cit., p. 130.

²⁷ Ibidem, p. 131. Significativa l'interpretazione di Rudolf Smend del riferimento alle "leggi generali", di cui all'art. 118 WV, ivi riportata (p. 131), secondo cui la generalità altro non è che "la generalità di quei valori della comunità che, come tali, hanno la precedenza sulle affermazioni dei diritti fondamentali pensate in senso individualistico".

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem, p. 131, ove l'A. specifica come nella specie la singola libertà si sottomette alla logica della valorizzazione (*Aufwertung*) e della svalutazione/indebolimento (*Abwertung*).

³⁰ Ibidem, p. 132.

³¹ Ibidem, p. 133.

Rispetto a tali prospettive, la considerazione dei diritti secondo un approccio *democratico-funzionale* può intendersi come *species* all'interno di un più vasto *genus* inerente ad un'interpretazione dominata da un approccio di tipo assiologico. In questo caso, i diritti fondamentali integrano fattori costitutivi dell'effetto di "un libero processo di creazione dello Stato"³² secondo il corretto funzionamento del sistema democratico. Rispetto a tale esigenza, infatti, vengono a definirsi anche i limiti o le modalità che attengono all'esercizio di tali diritti³³.

Nell'ottica funzionale che si considera, un'importanza del tutto parziale assume la natura dei diritti fondamentali quali libertà negative, diritti di difesa contro le ingerenze arbitrarie dell'autorità nella sfera privata dell'individuo. In un modo analogo a quanto accade nella declinazione dei diritti come valori, la libertà non si realizza nella specie come condotta ispirata dall'arbitrio della volontà ma è condizionata e, in qualche modo, indirizzata dalla funzione pubblica cui la stessa risulta preposta, di uno svolgimento "normale" del processo democratico³⁴. La garanzia della libertà diventa così "un mezzo mirato al fine di rendere possibile e dare sicurezza a tale processo"³⁵, con l'effetto che la scelta circa il suo esercizio si relativizza fino a trasformare la condotta individuale in condotta d'ufficio, connessa ad un preciso obbligo (costituzionale)³⁶.

L'approccio teoretico di tipo funzionale trova poi un'ideale evoluzione, anche di tipo culturale, nella *teoria statalistico-sociale* dei diritti fondamentali, in cui la surrogazione dello spazio di vita sociale a quello dell'autarchia individuale³⁷ è la conseguenza, tra l'altro, di una riconosciuta carenza in molti soggetti dei presupposti di natura sociale necessari per la realizzazione delle garanzie giuridiche di libertà. Rinviare, per la sussistenza di tali presupposti, alle sole

³² Idem.

³³ Die Grundrechte sind dem Staatsbürger nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse": BVerfGE, 14, 21 (25) come richiamata in E.-W. Böckenförde, op. ult. cit., p. 133.

³⁴ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p.134.

³⁵ „Inhalt und Tragweite der Freiheit bestimmen sich nach der Funktion, der sie dient": E.-W. Böckenförde, op. ult. cit., p. 134.

³⁶ Ibidem, p. 135. Conforme, H. Krüger, op. cit., p. 538 ss.

³⁷ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 136.

capacità individuali e senza alcun intervento dello Stato, equivale in tale prospettiva a rendere le dette garanzie formule vuote e prive di senso reale. I diritti fondamentali, oltre ed accanto alla loro valenza di libertà negative, divengono costitutivi di pretese giuridiche soggettive di prestazione nei confronti del potere pubblico³⁸. Ne deriva, per lo Stato, un obbligo corrispettivo di creare i presupposti sociali necessari per la realizzazione dei diritti di libertà, quale garante “dell’effettività della libertà nella realtà costituzionale”³⁹. Le suddette pretese di prestazioni o di partecipazione a istituzioni statali o create dallo Stato, per la realizzazione dei diritti fondamentali⁴⁰ impegnano in modo vincolante, come *Verfassungsaufträge*, il legislatore e il potere esecutivo alla loro realizzazione.”⁴¹.

L’esito ultimo di tale complessità che inerisce alla natura dei diritti fondamentali nello Stato democratico ne descrive, nel contempo, la loro versatilità assiologica e lascia, perciò, inevitabilmente affievolire la linea di confine tra sfera pubblica (dell’autorità) e sfera privata. D’altro verso, induce alla creazione di un pluralismo di metodi e tecniche esegetiche, in cui si dissolve il senso e la portata propriamente garantista delle riserve (anche rinforzate) di legge⁴², surrogato dal ricorso alla teoria della essenzialità della legge⁴³.

3. *La libertà di manifestazione del pensiero nella Costituzione: tra matrice liberale e connotazione democratico-funzionale e istituzionale.*

L’originaria natura di libertà negativa della Imp nella Costituzione repubblicana del ’48 (art. 21 Cost.) trova conferma, innanzitutto, nella sua collocazione all’interno del Titolo I, della Parte I sui “Diritti e doveri del cittadino”, recante la denominazione: “Rapporti civili”, accanto al contesto degli altri classici diritti fondamentali di difesa (*Abwehrrechte*). Ciò, ad ogni modo, non porta a sminuire la

³⁸ Ibidem, p. 137.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Sul punto, cfr. G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *EdD*, XXIV, Milano, 1974, p. 272 ss., part. p. 277.

⁴³ Al riguardo, cfr. , E. Denninger, *Ortbestimmung des Gesetzes* (1993), ora anche in *Id.*, *Der gebändigte Leviathan*, Bande-Baden, 1990, p. 15 ss., part. p. 19.

sua essenziale portata istituzionale e funzionale, quale forma di garanzia del pluralismo comunicativo, rispetto ai caratteri dello Stato democratico. Tale libertà, può dirsi, fin dall'origine si rivela come bifronte, imponendo di conseguenza la ricerca e definizione -innanzitutto da parte del legislatore ordinario- di un permanente equilibrio tra versante personalistico e versante democratico-funzionale della stessa.

Il carattere fondamentale di tale libertà, del resto, trova espressione, oltre che nel dettato costituzionale, in una serie di altre fonti, di livello internazionale ed europeo, più o meno coeve, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo deliberata dall'Assemblea delle Nazioni Unite (1948: artt. 18-19), alla Convenzione EDU del 1950⁴⁴ (artt. 8-9), per arrivare in fine alla Carta dei diritti fondamentali UE (2000), in cui, più propriamente, la libertà in questione si scompone e si specifica nella tutela, rispettivamente, della libertà di pensiero (art. 10) e della libertà di comunicazione (art. 11).

Con specifico riguardo al primato dell'istanza personalista nella Carta costituzione italiana, tale libertà risulta più in generale correlata senz'altro alla garanzia dell'autodeterminazione individuale in materia di comunicazione nei confronti di ogni azione ostativa dell'autorità pubblica⁴⁵. Nella direzione di attendere all'obiettivo di pieno sviluppo della persona (art. 2 Cost.) essa, nel complesso dei diritti civili, si configura come una manifestazione di arbitrio (*Freiheit schlechthin*)⁴⁶, emancipata da ogni vincolo assiologico ma sottoposta ai soli limiti espressi riguardanti l'esercizio della stampa (art. 21 c. 3 Cost.)⁴⁷. In tal senso, si adombra uno iato logico con la sua valenza funzionale di libertà strumentale alla realizzazione del principio democratico, tuttavia, tale antinomia è destinata a

⁴⁴ ..ratificata e resa esecutiva con l. n. 848/1955.

⁴⁵ "Teoria dei diritti fondamentali significa un'interpretazione sistematicamente orientata del carattere generale, dell'indirizzo di scopo normativo, e della portata sostanziale dei diritti fondamentali. Essa ha il suo punto di relazione (di orientamento sistemico), di regola, in una determinata accezione dello Stato e/ o in una determinata teoria della Costituzione": così, E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 116.

⁴⁶ Ibidem, p. 120; v. inoltre H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 536 ss., part. p. 538.

⁴⁷ A parte, naturalmente, il complesso dei limiti intrinseci desumibili dalla stessa Carta costituzionale.

recedere nella misura in cui la descritta portata funzionale resti contenuta nella sola tutela di un pluralismo dei mezzi e della comunicazione. Non si esclude in principio l'integrazione nella sfera materiale di garanzia di tale diritto ogni espressione di pensiero come attuazione dell'autodeterminazione individuale in materia, senza eccezione per i discorsi d'odio e per una comunicazione anche di tipo emozionale (v. *infra*). La Imp assicura e rende possibile, così, un confronto tra soggetti eguali⁴⁸, realizza il naturale e originale bisogno dell'uomo "di comunicare agli altri" poiché in essa trova una forma di effusione il "respiro spirituale" della persona⁴⁹. Si rende evidente, così, il nesso di tale libertà con il pieno sviluppo della persona, al cui effettivo compimento l'ordinamento giuridico è impegnato non soltanto attraverso la garanzia della intangibilità di spazi di autonomia individuale ma anche attraverso il concorso attivo dei poteri pubblici nella creazione o protezione delle condizioni che rendono possibile tale autonomia (art. 2 ss. Cost.). Come libertà naturale⁵⁰, quella di manifestazione del pensiero resta anche nello Stato democratico in qualche modo presupposta rispetto all'esistenza stessa dello Stato⁵¹, per cui il compito della legge non si propaga fino a determinarne i contenuti poiché quest'ultima riceve dalla prima "misura e contenuto" ⁵². Pertanto, nella stretta connessione funzionale tra esercizio della Imp e sviluppo della personalità (art. 2 Cost.) il riferimento al fine della comunicazione deve restare, di regola, estraneo al contenuto della garanzia ex art. 21 Cost. Ne consegue che si mostra astrattamente irrilevante, al fine suddetto, la condizione di verità dei contenuti, del pari, resta aliena dalla portata di tale garanzia l'aspetto relativo alla

⁴⁸ Al riguardo, v. pure E. Denninger, *Rechtsstaat* in E. Denninger, K. Lüderssen., *Poliyei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1978, p. 67 ss, part. p. 69.

⁴⁹ Così espressamente, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 19 ss.

⁵⁰ Il concetto di libertà naturale -originariamente impiegato soprattutto da G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. unver. Nachdruck, Darmstadt, 1963, p. 45 - è ripreso anche in T. Kingreen, R. Poscher, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2022, p. 961 ss., part. p. 964, ai fini della determinazione della distinzione tra limiti interni e limiti esterni alla garanzia costituzionale.

⁵¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 119.

⁵² *Ibidem*, p. 121. In un ordine di idee in cui la libertà è principio ordinatore dominante mentre alla legge è data la previsione dei suoi limiti, trova poi giustificazione il ricorso al paradigma della proporzionalità quale criterio per misurare la legittimità di tali limiti (p.122).

correttezza della comunicazione, almeno fino a quando verità e correttezza non giungano ad essere qualificati, alla luce della stessa norma costituzionale, come attributi necessari della garanzia in questione in relazione specifica al rapporto con diritti o interessi concorrenti⁵³ potenzialmente pregiudicati da un'espressione di pensiero non corrispondente a verità. In altre parole, stante l'obiettivo impossibilità di dedurre dall'art. 21 Cost. un limite intrinseco di verità oggettiva della manifestazione di pensiero, quest'ultimo può in principio rilevare come condizione necessaria per fattispecie concrete, in un quadro di ragionevole bilanciamento degli interessi costituzionali in campo.

L'accezione liberale in cui ha risalto il "concetto individualistico della libertà"⁵⁴ inteso come un "*prius* rispetto alla sua caratteristica funzionale"⁵⁵ resta, anche in tal caso, quella primaria, come riferita anche alla dottrina classica in materia. Non si manca di rilevare al riguardo "la natura «privilegiata»" della libertà in questione "*quale che sia il contenuto che a volta a volta si esprime* (corsivo mio: n.d.r.)"⁵⁶. In ogni caso, si privilegi il profilo della garanzia individuale o, invece, quello connesso alla valenza istituzionale e/o democratico-funzionale della Imp, un denominatore comune può farsi consistere, comunque, nella generale ampiezza della sfera materiale di tutela, in cui rientra qualunque «messaggio» si intenda diffondere⁵⁷, nel rispetto dei diritti altrui e della preservazione di beni (onore, etc.) ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela.

La libertà in parola integra una "«garanzia di espansione sociale»", a supporto di una partecipazione che può "arricchire la comunità, del libero e cosciente apporto del singolo, e il singolo, dell'integrazione culturale che ne nasce"⁵⁸. Non è, infatti, la natura democratica dello Stato ad avere per conseguenza il riconoscimento della

⁵³ Così espressamente, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 20.

⁵⁴ P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 11, che tuttavia precisa come non possa negarsi che la garanzia di buon funzionamento del sistema democratico rinvenga un presidio fondamentale proprio nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

⁵⁵ P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 11.

⁵⁶ *Ibidem* p. 12.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*, ove si richiama, al riguardo, il pensiero di Carlo Esposito (nt. n. 27).

Imp, «sicché possa determinarne la funzione e i limiti», sono, piuttosto, “le ragioni ideali” del riconoscimento di quella libertà (il *valore della persona umana*) che conducono “all’affermazione dello Stato democratico»⁵⁹.

Nell’ordine di idee di valorizzarne l’attinenza con la sfera intima della persona, sono state escluse dalla specifica sfera costituzionale di garanzia di tale libertà unicamente le manifestazioni non rispondenti “alle interiori persuasioni o all’interiore pensiero”⁶⁰. Ma, a parte le difficoltà di qualificare una comunicazione come rispondente o meno ad una persuasione interiore di chi l’abbia resa, resta il fatto che la *ratio* di tale affermazione, pur comprensibile, non alleggerisce il carico delle questioni interpretative che investono l’art. 21 Cost. Nondimeno, anche tale posizione dottrinale rivela, in modo implicito, l’inesistenza di un obbligo assoluto di verità quale ordinaria condizione per il valersi della garanzia costituzionale. Quest’ultima include, si è detto (v. *supra*), ogni (corsivo mio: n.d.r.) espressione di pensiero in linea con le “effettive convinzioni e valutazioni” del singolo⁶¹.

La non punibilità dell’ “obiettivamente erroneo” nella comunicazione, in particolare, è rilevata da *Alessandro Pace* non tanto in ragione della (ir)rilevanza della condotta, sul piano penalistico o civilistico, “quanto dalla stessa garanzia costituzionale dell’art. 21 Cost.”⁶² che tutela “non le sole manifestazioni obiettivamente veritiere ma tutte le manifestazioni del «proprio» pensiero, tali essendo le espressioni di fatti obiettivamente errati, qualora in buona fede essi vengano ritenuti veri da parte di chi ne afferma l’esistenza”. La posizione liberale di *Pace* si arresta, nondimeno, alla soglia del “pensiero «subiettivamente falso»”, distinto dal «falso oggettivo», accordandosi al solo pensiero originale (con esclusione, dunque, della prima fattispecie) la tutela ex art. 21 Cost.⁶³. Nessuna copertura costituzionale tale previsione concede -secondo *Pace*- alla manifestazione

⁵⁹ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano 1958, p. 11, come citato in P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 11 (nt. n. 29).

⁶⁰ C. Esposito, op. ult. cit., pp.36/37.

⁶¹ C. Esposito, op. cit., pp.36/37, seppure lo stesso A. seppure giunge a comprendere nella garanzia costituzionale dell’art. 21 Cost. soltanto le “manifestazioni veritiere”.

⁶² A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, 2. Ed., Padova, 1992, p. 397.

⁶³ A. Pace, M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, p. 88 ss..

di un pensiero consapevolmente falso e tale conclusione sembra delineare un limite strutturale della stessa previsione giacché lo stesso A. non giustifica la suddetta esclusione con riferimento alla tutela di altra libertà o specifico interesse costituzionale concorrente. Egli non giunge ad affrontare la questione della relazione tra espressione del pensiero (anche di quello consapevolmente falso) e sviluppo della personalità individuale, sia in relazione all'arbitrio dell'autodeterminazione individuale sia, anche, in considerazione dell'importanza crescente che assume, nell'esperienza contemporanea, la cd. comunicazione post-fattuale (v. *infra*).

Nella prospettiva ora esposta, dunque, si lascia dedurre comunque una certa marginalità del "parametro" della verità oggettiva nella garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero. La peculiare valorizzazione del nesso di strumentalità tra lmp e pieno sviluppo della persona porta a qualificare in senso ampio la sfera materiale della garanzia in parola rendendo problematica la generale esclusione dalla stessa anche delle notizie soggettivamente e volutamente false (*fake news*), come anche dei cd. discorsi d'odio: dirimente, in entrambi i casi, è l'esistenza di una consapevole volontà comunicativa, seppure attraverso un pensiero privo nella sostanza di verità oggettiva⁶⁴.

La correlazione tra autodeterminazione in materia comunicativa e sviluppo della personalità, ex art. 2 Cost., non può non indurre a conferire considerazione preminente a tale volontà più che al contenuto -oggettivamente vero o falso- della comunicazione, salvo i casi in cui la falsità della comunicazione possa essere causa di pregiudizio o lesione di interessi generali e/o diritti concorrenti, rispetto ai quali tale libertà naturale appare bisognosa di bilanciamento.

4. *Lmp c/ tutela degli interessi generali concorrenti: aspetti di un problematico bilanciamento.*

⁶⁴ In tema, cfr. anche B. Raue, *Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken*, in *JZ* 2018, p. 961 ss., part. pp.967-968.

La linearità e coerenza dell'accezione propriamente liberale del diritto alla libera espressione del pensiero s'intorbida fino a trascolorare nel corso di un'esperienza in cui lo sviluppo della portata regolatrice dei diritti fondamentali quali norme-principio si accompagna ad un'accentuazione della loro natura funzionale ed all'esigenza di bilanciarne l'esercizio con gli interessi generali sottostanti l'adempimento dei compiti dello Stato. Si rafforza, innanzitutto, l'argomentazione dell'esistenza di limiti costituzionali intrinseci ad ogni diritto fondamentale mentre il ruolo della legge si determina in modo diverso in ragione del mutevole fine - limitazione del potere o sviluppo del principio- connesso alla prevalenza dell'una o dell'altra natura assiologica dello stesso diritto⁶⁵.

In quest'ordine di idee, il richiamo alla verità della comunicazione pubblica assume una più diretta consistenza giuridica, quale presupposto e condizione della garanzia costituzionale ex art. 21 Cost., in particolare, per la garanzia di un corretto svolgimento del confronto democratico come anche per la salvaguardia di interessi comuni (salute, clima, energia etc.).

Nella specie, non tanto rileva l'ipotesi di un'originaria esclusione dalla sfera materiale di garanzia della falsità dell'informazione/comunicazione quanto, soprattutto, la verità di quest'ultima è intesa in una diretta connessione causale con la sicurezza del Bene o interesse generale di portata costituzionale.

Una siffatta impostazione, per un verso, delinea i tratti di un mutamento nell'originaria relazione funzionale tra Imp e democrazia limitata, si è detto, alla (sola) aspettativa di un pluralismo della comunicazione (v. *supra*). D'altro verso, una tutela così limitata della Imp non sembra del tutto coerente con tale aspettativa strumentale all'effettività dello Stato democratico. Una siffatta aspettativa non si lega di necessità alla considerazione che la libertà in parola sia causalmente preordinata alla sola informazione *stricto sensu*, come richiamo, cioè, a fatti ed accadimenti storicamente veri, essa piuttosto, pone a base del discorso razionale e del modello di democrazia deliberativa un pensiero maturato

⁶⁵ Sul concetto di limiti costituzionali immanenti al diritto o libertà fondamentale, v. tra gli altri E.-W. Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranke – Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 42 (2003), p. 165 ss.

dall'autodeterminazione in materia informativa, frutto di selezione nel quadro del suddetto pluralismo delle fonti⁶⁶.

In altre parole, si assiste ad una evoluzione della garanzia costituzionale di metodo, attinente alle modalità della comunicazione, in una garanzia sostanziale attinente anche alla previa limitazione dei contenuti della comunicazione, che riduce molto la libertà del singolo, nel contesto di un pluralismo esistente⁶⁷, di determinare in modo autonomo la decisione circa l'affidamento o meno a certe fonti di informazione, ai fini di una consapevole formazione della propria coscienza politica e sociale. Nell'originaria prospettiva di metodo, nessun rilievo riveste, in principio, la natura -vera o falsa- dell'informazione, è solo il dato obiettivo del pluralismo attraverso cui il singolo realizza il proprio diritto ad informarsi ed essere informato⁶⁸, al centro dell'aspettativa costituzionale connessa all'art. 21 Cost.

Per quanto sin qui si è venuto dicendo, appare chiaro che nell'iniziale configurazione matrice democratico-funzionale e matrice liberale del diritto in questione, che opera anche quale fattore dell'integrazione sociale⁶⁹ non necessariamente entrano in una potenziale collisione bensì, congiuntamente, esse tendono a svelare la struttura di valore essenziale della Costituzione repubblicana del '48.

La garanzia della libertà ex art. 21 Cost., in definitiva, si pone un punto essenziale nello snodo delle dinamiche d'integrazione⁷⁰ quale termine di formazione e tutela di un'identità "di carattere nazionale"⁷¹ basata, tra l'altro, sul pluralismo del confronto comunicativo che opera, pertanto, anche oltre e diversamente dalla

⁶⁶ In tema, v. soprattutto J. Habermas *Drei normative Modelle der Demokratie: Zum Begriff deliberativer Demokratie* (1992), ora anche in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt a. M. 1996, p. 277 ss..

⁶⁷ Così espressamente, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 20.

⁶⁸ V. in particolare A. Loiodice, voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 472 ss., nonché Id., *Problematica costituzionale dell'informazione*, Bari, 1973, part. p. 57 ss.

⁶⁹ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, p. 35 ss.; nonché Id., *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *VVDStRL* 4 (1928), p. 4 ss.

⁷⁰ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 130.

⁷¹ *Ibidem*, p. 129.

naturale portata come forma di esternazione della libera esistenza soggettiva. Unitamente al fine di dare impulso al pieno sviluppo individuale, tale libertà concorre a favorire la coesione sociale come premessa e, al tempo stesso, condizione necessaria dell'unità politica dello Stato⁷², nell'aspettativa legittima al pieno compimento del principio democratico. Attraverso la garanzia dell'autodeterminazione in materia⁷³, l'art. 21 Cost. si configura, dunque, anche come presidio di valorizzazione del cittadino, stabilizzandone il collegamento funzionale con la persona nel contesto dell'esperienza della società democratica⁷⁴.

5. L'orientamento della giurisprudenza.

Siffatta condizione ma, prima ancora, la consapevolezza di una stretta connessione funzionale tra il piano individuale e quello istituzionale e/o democratico-funzionale della garanzia non sembra ancora trovare un pieno riconoscimento nell'orientamento della giurisprudenza che, con riguardo al contenuto, tende a delimitare *a priori* la portata della garanzia ex art. 21 Cost.⁷⁵. Tanto, consente al giudice costituzionale di emanciparsi dall'onere di un esame più approfondito sul fondamento giustificativo e la ragionevolezza dei limiti alla libertà in questione fissati dalla legge. A tale esame lo impegna, di norma, la pretesa ampiezza della sfera materiale di garanzia ex art. 21 Cost. in relazione alla tutela di diritti costituzionali concorrenti o di vincoli di sistema⁷⁶.

⁷² Sulla concezione dello Stato quale unità politica, v. soprattutto K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p. 5 ss.

⁷³ M. Eifert, N. Wienfort, *Hassrede als Gefährdung der verfassungsrechtlich geschützten offenen Kommunikation unter Freien und Gleichen*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2023, p. 272.

⁷⁴ Die Grundrechte sind dem Staatsbürger nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse“: BVerfGE, 14, 21 (25) come richiamata in E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1992, p. 115 ss, part. p. 133.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁷⁶ Die Grundrechte sind dem Staatsbürger nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse“: BVerfGE, 14, 21 (25) come richiamata in E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 133.

La distinzione tra opzioni esegetiche differenti basate, rispettivamente, sulla natura interna (*Ausgestaltung*) o esterna (*Eingriff*) di tali limiti⁷⁷, mostra un non marginale rilievo anche riguardo all'art. 21 Cost., tenuto conto che solo alla prima ipotesi il controllo giurisdizionale può attenere ad una verifica di mera plausibilità della scelta legislativa. Nella seconda ipotesi, di ingerenze nella sfera materiale della libertà garantita mirate alla tutela di diritti o interessi concorrenti, il sindacato del giudice deve apparire in principio più rigoroso soprattutto per ciò che attiene al controllo della proporzionalità/adequatezza dei limiti in parola⁷⁸. Nell'esperienza giurisprudenziale, tuttavia, la garanzia della libertà quale premessa per il pieno sviluppo della persona e mezzo mirato a garantire e stabilizzare il processo democratico⁷⁹ non riflette nettamente la dogmatica gradazione dell'intensità dei limiti che conduce ad un diverso approccio di metodo nell'attività di sindacato del giudice costituzionale. Piuttosto, nella percezione sempre più nitida di una Costituzione per valori in cui progressivamente lo spazio dell'autarchia individuale appare regressivo rispetto alla valorizzazione precipua della vita sociale all'interno dello Stato⁸⁰ il richiamo ad un "uso della libertà che realizza il valore" finisce per celare in sé il pericolo (anche solo potenziale) di una funzionalizzazione dell'esercizio dei diritti in ragione degli interessi pubblici da salvaguardare o, ancor più, da soddisfare attraverso tale esercizio. Tale pericolo è in grado di compromettere realmente l'essenza della garanzia di autodeterminazione individuale fino a minacciare, in ultima analisi, i presidi ultimi dell'identità nazionale⁸¹.

⁷⁷ Cfr. Ancora T. Kingreen, R. Poscher, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2022, p. 961 ss..

⁷⁸ Solo quando quest'ultima perseguisse uno scopo esterno -preservare diritti altrui o interessi generali- il controllo di legittimità suoi contenuti andrebbe commisurata ai paradigmi, senz'altro più rigorosi, della proporzionalità in senso ampio (adequatezza, necessità, essenzialità etc.): così ancora T. Kingreen, R. Poscher, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2022, p. 961 ss..

⁷⁹ „Inhalt und Tragweite der Freiheit bestimmen sich nach der Funktion, der sie dient“: E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 134.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 136.

⁸¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 131, per il quale la singola libertà si sottomette alla logica della valorizzazione (*Aufwertung*) e della svalutazione/indebolimento (*Abwertung*). L'A. precisa che un pregio del ricorso alla teoria dei

L'insidia di una deriva di tal fatta che giunga a trasformare la libertà in obbligo giuridico (v. *supra*) si mostra a volte latente nell'argomentazione della giurisprudenza che definisce la *ratio* stessa, oltre alla sfera materiale, di un diritto fondamentale. Così, ad es., il Tribunale costituzionale federale di Germania, con riguardo alla libertà di riunione (art. 8 GG) ha limitato l'ambito della garanzia alle sole riunioni che servono a favorire la partecipazione alla formazione del pensiero pubblico⁸². Da esso appare perciò esclusa la tutela di un interesse puramente individuale (culturale, etico, etc.) del partecipante alla riunione, conferendosi risalto assoluto assume alla dimensione giuspubblicistica -consistenza istituzionale e democratico-funzionale- del diritto in questione. Con specifico riguardo alla Imp, poi, il giudice di Karlsruhe assume la distinzione tra informazione vera e falsità dei fatti esposti⁸³ come dirimente al fine di determinare la copertura o meno ex art. 5 GG, della espressione individuale.

Il richiamo a tale orientamento ed alle potenziali distorsioni connesse ad un esercizio "secondo valori" della Imp non impedisce tuttavia un positivo apprezzamento dell'indirizzo tenuto dalla Corte costituzionale italiana in materia. Tale indirizzo, in particolare, è stato fin dall'inizio caratterizzato da un'interpretazione estensiva della garanzia accordata dall'art. 21 Cost., nella cui sfera si faceva rientrare anche un generale diritto della collettività all'informazione⁸⁴, accanto al diritto individuale alla divulgazione del pensiero⁸⁵. Fedele all'impostazione che, negando l'esistenza di libertà assolute rinviene

valori può apparire la sua apparente capacità di offrire soluzioni praticabili al problema del conflitto tra i diritti fondamentali come della interazione di più diritti. Ma non è così. La logica dei valori conduce piuttosto ad una tirannia assoluta del valore di volta in volta inteso come più forte verso quelli più deboli, con disprezzo dei rapporti di fondamento esistenti. Essa cela piuttosto scelte di bilanciamento e di conflitto che "acquisiscono in questo modo (n.d.r.: vale a dire, con l'appello al sistema dei valori) una apparenza razionale" celando piuttosto un "decisionismo giurisdizionale o interpretativo".

⁸² Sul punto, v. ancora BVerfGE, Beschl. 12.7. 2001, in NJW, 104, 92, (104), Sulla stessa lunghezza d'onda, v. anche BVerfGE, 69, 315 (342); 104, 92 (104). In generale, sulla linea di contenimento dei contenuti della garanzia v. anche BVerfGE, Beschl. v. 26.6.2002 (sog. Glykol-Fall), in BVerfGE, 105, 252, p. 273.

⁸³ Sul punto, BVerfGE, 81, 1, secondo cui solo i fatti veri devono essere tutelati a livello costituzionale.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 94/77.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 131/73.

comunque l'efficacia di limiti intrinseci laddove la Costituzione non ne faccia espressa menzione, sovente causalmente connessi alla tutela di altri interessi e diritti concorrenti, la Corte si riserva comunque un controllo sull'esercizio della discrezionalità legislativa, per ciò che nello specifico concerne la sfera materiale di garanzia ex art. 21 Cost. Così, nello svolgimento di attività recanti turbamento alla tranquillità pubblica⁸⁶ essa ebbe a precisare come il diritto alla manifestazione libera del pensiero potesse rinvenire limiti taciti nel complesso dei diritti fondamentali e, in generale, nell'esigenza di protezione di interessi concorrenti, costituzionalmente garantiti⁸⁷. Pertanto, ebbe a dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'abrogato art. 501 c.p., che puniva la pubblicazione o divulgazione di "notizie false, esagerate o tendenziose" allo scopo di produrre turbamenti nel mercato interno dei valori o della merce pubblica⁸⁸. Fu rilevato che la previsione contestata seppure in qualche modo correlata alla lmp tuttavia afferiva, funzionalmente, all'ambito della garanzia di altro Bene/interesse di rilievo costituzionale, consistente nella "tutela della pubblica economia". Nella circostanza, dunque, la Corte costituzionale non ha inquadrato la previsione legislativa oggetto del giudizio come attinente all'elaborazione del diritto o, di contro, come un'arbitraria ingerenza nella sfera garantita dall'art. 21 Cost. ma è parsa intendere tale previsione piuttosto come assiologicamente esterna alla sfera materiale della tutela del diritto in questione e rientrante in quella di altro Bene o interesse costituzionale.

In modo analogo, nel rigetto della questione d'incostituzionalità sollevata con riguardo all'art. 98, l. n. 141/38 di conversione del d.l. n. 375/36, che puniva l'aggiotaggio bancario, la motivazione del giudice è incentrata, essenzialmente, sull'afferenza della disciplina all'ambito materiale di tutela del generale interesse al "normale e regolare esercizio del credito", riconosciuto di rango costituzionale (art. 47 Cost.).

⁸⁶ Corte cost., sent. n. 120/57.

⁸⁷ Corte cost., *ex pluribus*, sentt. nn. 9/65; 25/65; 133/73; 20/74; 86/74; 73/83.

⁸⁸ Corte cost., sent. n. 123/76.

In tali decisioni, in cui il giudice costituzionale attesta che non ogni manifestazione del pensiero rientra per ciò stesso nella sfera materiale di garanzia dell'art. 21 Cost., si riscontra un'interferenza funzionale tra interessi concorrenti per la cui determinazione lo stesso giudice si spinge fino a considerare la precipua *ratio* della normativa impugnata, da cui razionalmente inferire l'imputazione di quest'ultima all'uno o all'altro delle relative garanzie costituzionali. In tale operazione, in cui non manca di intravedersi un approccio decisionista, per quanto supportato dall'argomentazione razionale, la portata della garanzia è circoscritta anche in "correlazione con la coscienza spirituale-culturale dei valori del tempo"⁸⁹.

6. *Comunicazione reale e comunicazione post-fattuale, informazione e disinformazione. Una questione costituzionale tutt'altro che risolta.*

Nell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale in tema di Imp, ad ogni modo, il paradigma della verità oggettiva quale condizione di efficacia della garanzia costituzionale assume progressivamente un posto di peculiare rilievo seppure -si è detto (v. supra)- il richiamo a tale paradigma appaia, in generale, di problematica giustificazione, tanto nell'ottica propriamente liberale, quanto in quella istituzionale e democratica di tale libertà.

In particolare, sul secondo versante, della sua consistenza funzionale-democratica, l'art. 21 Cost. è parso primariamente corrispondere al bisogno di un pluralismo comunicativo e dell'informazione inteso come condizione indefettibile del corretto svolgersi della dialettica democratica (v. supra). In un siffatto contesto, la verità storica dell'informazione era considerata in origina una condizione ordinaria e,

⁸⁹ Un siffatto approccio di metodo appare in tutto affine a quello in seguito assecondato in alcune sentenze del Tribunale costituzionale federale tedesco, in cui il limite di contenuto materiale della garanzia rileva come scriminante nell'esito del sindacato di costituzionalità.: sul punto, cfr. E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 131. Significativa l'interpretazione di Rudolf Smend del riferimento alle "leggi generali", di cui all'art. 118 WV, ivi riportata (p. 131), secondo cui la generalità altro non è che "la generalità di quei valori della comunità che, come tali, hanno la precedenza sulle affermazioni dei diritti fondamentali pensate in senso individualistico".

quasi, scontata di tale dialettica, in un contesto dominato da forme limitate (verso l'esterno e nelle relazioni interindividuali) della comunicazione.

Nondimeno, dalla configurazione di un tale pluralismo quale *ratio* della previsione costituzionale non può risultare preclusa, in principio, quella forma di comunicazione, di natura post-fattuale, non strettamente e necessariamente legata ad accadimenti storici, che con l'ampliamento della comunicazione *social* si è andata progressivamente sviluppando.

La comunicazione post-fattuale non ha finalità informative in senso stretto, essa mira piuttosto a sondare e/o sollecitare reazioni emotive nei singoli in conseguenza della divulgazione di notizie relative ad accadimenti dichiarati ma oggettivamente inesistenti, con l'intento ultimo di registrare movimenti di pensiero o altre indicazioni utili, di massima, per sviluppare un confronto di natura politico-sociale e culturale⁹⁰. Muovendosi dalla verità oggettiva come presupposto e condizione della Imp garantita in Costituzione tale specie di comunicazione, pertanto, privata della specifica copertura ex art. 21 Cost., finisce per regredire al rango (non virtuoso) di *fake news*.

Ma per quanto sin qui si è venuto dicendo uno svilimento della comunicazione post-fattuale si mostra semplicistico, resecando a priori l'ambito materiale della garanzia di tale diritto sulla premessa, anch'essa formulata secondo un metodo decisionista, del disvalore di tale comunicazione ai sensi della citata specifica garanzia costituzionale. Quest'ultima comunicazione, dunque, verrebbe a ricadere unicamente sotto la copertura recata dalla norma generale di principio dell'art. 2 Cost.. La considerazione della stretta correlazione funzionale tra esercizio della Imp e sviluppo della personalità individuale, più volte evidenziata in questo lavoro, finirebbe così per essere relegata in un cono d'ombra in ragione di un giudizio di

⁹⁰ Al riguardo, nella dottrina italiana, cfr. C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, Soveria Mannelli, 2021, *passim* (soprattutto p. 55 ss.). V. inoltre (specificatamente in tema) A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in *JZ*, 2017, p. 653 ss., nonché sulla più generale prospettiva di un „diritto “post-fattuale, v. B. Zabel, *Postfaktisches Recht*, in *JZ*, 2019, p. 845 ss.

valore che connette la comunicazione post-fattuale al pregiudizio di interessi generali concorrenti.

segue: *infodemia e protezione del cittadino-utente come limite (irragionevole) alla garanzia costituzionale ex art. 21 Cost. ?.*

Su un diverso versante si pone invece, la questione del contrasto all'infodemia intesa come un eccesso patologico di informazione in grado di viziare i processi di consapevolezza dell'individuo impedendo a quest'ultima una corretta selezione dell'informazione nel contesto del pluralismo delle fonti.

In premessa, vale la considerazione che la conoscenza nell'era contemporanea assurge a fattore permanente della trasformazione sociale e ordinamentale e insieme alle dinamiche della globalizzazione (non soltanto economica) è causa di profondo cambiamento dell'agire democratico⁹¹. Come è stato opportunamente rilevato, le "strutture e i processi della riproduzione materiale e simbolica di una società ... sono così permeati/pervasi da operazioni dipendenti dalla conoscenza, che l'elaborazione dell'informazione, l'analisi simbolica e i sistemi di esperti diventano prioritari rispetto ad altri fattori della riproduzione"⁹².

Oltre che come risorsa per il pieno sviluppo della persona, la conoscenza giunge dunque ad integrare il complesso dei fattori della produzione incoraggiando il transito verso la società post-capitalistica. Ciò è anche alla base dell'impegno di soggetti politico-istituzionali, nazionali ed europei, per la definizione di efficaci strategie di regolazione di soggetti, forme e limiti della conoscenza⁹³ quali

⁹¹ H. Willke, *Demokratie im Umbruch*, in *Der Staat*, 56 (2017), p. 357 ss.

⁹² *Ibidem*, p. 365.

⁹³ "con la rivalutazione di prodotti e servizi in beni professionali, basati sulla conoscenza, i fattori di produzione tradizionali perdono drammaticamente di significato rispetto alle competenze implicite o incorporate e con ciò muta la moderna economia capitalistica progressivamente verso una forma di produzione post-capitalistica, basata sulla conoscenza, verso una prima manifestazione/espressione di un'economia della conoscenza o di un capitalismo cognitivo nel contesto della società della conoscenza. Entrambi gli elementi insieme modificano in modo profondo/essenziale il volto delle moderne società del lavoro e del benessere. La forma di lavoro rilevante per le società sviluppate diventa il lavoro di conoscenza (Wissensarbeit), mentre le forme tradizionali del lavoro semplice è assunto da software e

presupposti del buon funzionamento della *Informationsgesellschaft* anche ai fini di un corretto spiegarsi del confronto democratico.

Su questo piano, l'infodemia è avvertita nient' affatto come un esito virtuoso dello sviluppo della società della conoscenza bensì, piuttosto, come una condizione patologica in grado di produrre effetti devianti di tale confronto, inquinando con apporti falsi l'ecosistema della conoscenza e dell'informazione. Ma la messa in atto, da parte degli ordinamenti statale e comunitario di misure di contrasto all'infodemia non manca di presentare, sul piano costituzionale, caratteri problematici, nella misura in cui siffatta condizione è presuntivamente definita causa di disturbo del processo di consapevolezza individuale e perciò, minaccia di cattivo funzionamento del modello democratico⁹⁴. In siffatta presunzione di una insuperabile difficoltà del singolo a districarsi nelle maglie dell'eccesso di conoscenza correlato all'eccesso d'informazione, risiede un primo fattore presuntivo che cela, ancora, la decisione di rimodellamento della sfera materiale della garanzia ex art. 21 Cost.

Alla base di tale decisione non è tanto la preminente considerazione della libertà individuale di comunicazione quanto, soprattutto, il pregiudizio verso la capacità del singolo di un corretto discernimento nel complesso delle conoscenze anche attraverso una selezione delle relative fonti di produzione della conoscenza, a cui attingere. Di contro, come prevalente è fatto valere l'interesse generale al buon funzionamento della democrazia, rispetto a cui l'informazione è considerata un servizio e nella sua acquisizione il cittadino è percepito essenzialmente come utente/consumatore.

Anche tale costruzione appare marcata da un'impronta decisionista lontana, tuttavia, da una ragionevole correlazione funzionale con la definizione di una soglia ultima di sobrietà e salubrità del pluralismo informativo ritenuto congruo e affidabile ai fini della scelta delle fonti d'informazione. La configurazione di

macchine o si trasferisce nei Paese in cui ci sono ancora salari economici. Con ciò viene in evidenza un nuovo compito della politica: l'assicurazione e l'espansione di forme di intelligenza collettiva e sistemica" *Idem*.

⁹⁴ Secondo l'Oms in relazione all'epidemia del coronavirus 2019-nCoV.

disvalore della infodemia, a ben vedere, giunge ad anticipare il presupposto della verità storica per definire i criteri delle fonti ritenute affidabili a fornire l'informazione, criteri che appaiono ad ogni modo apodittici e debolmente supportati da una motivazione razionale. Infatti, la determinazione di ciò che deve intendersi per informazione -come opposta alla disinformazione- non avviene più in ragione della sostanza dell'informazione prodotta e/o della sua congruenza o plausibilità secondo il metodo impiegato per acquisirla, bensì esclusivamente in ragione della dichiarata volontà della scelta normativa, come tale opinabile e strutturalmente approssimativa. A venire in gioco, allora, non è tanto la natura della garanzia costituzionale -libertà negativa o norma-principio- quanto piuttosto la sua declinazione da parte dell'autorità politica e, di conseguenza, la sua reale portata in relazione ai fini che la stessa autorità decide primariamente di perseguire.

Muovendosi da siffatta premessa, la piena salubrità del complesso "ecosistema informativo"⁹⁵ si atteggia a fine ed interesse precipuo, per quanto di per sé estraneo al dettato costituzionale, tuttavia in grado di fissare limiti alla sfera di efficacia dell'art. 21 Cost. attraverso, in generale, una compressione del suddetto ecosistema.

La consistenza garantista di siffatta previsione secondo geometrie variabili in relazione agli interessi perseguiti, si presta ad un dinamico rimodellamento in cui tende a trasfigurare l'originaria accezione liberale. Si avverte sempre più una funzionalizzazione di tale libertà come riflesso della più generale revisione della relazione tra autorità e libertà per cui bisogna di una giustificazione razionale finisce per rendersi progressivamente l'esercizio della libertà arbitraria.

7. Il divieto di "disinformazione" scientifica nella fase dell'emergenza sanitaria.

⁹⁵ In tema, v. soprattutto C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, Soveria Mannelli, 2021, p. 58.

Se problematica e di natura politica è la decisione di delimitare la sfera della garanzia ex art. 21 Cost. alla sola informazione escludendo, dalla stessa, la comunicazione qualificabile come “disinformazione” tale natura investe pertanto anche le rigorose restrizioni alla Imp imposte durante l'emergenza-Covid al personale sanitario. L'inibizione a quest'ultimo di svolgere “in scienza e coscienza”⁹⁶ la propria professione si abbinava ad un divieto reale di esprimere critiche e riserve sull'efficacia della cd. profilassi vaccinale consigliata e/o imposta dall'autorità di governo⁹⁷. Operava, nella circostanza, una presunzione assoluta di disinformazione, ritenuta pericolosa per la tutela della salute collettiva, in relazione ad ogni conoscenza che apparisse non in sintonia con la “verità scientifica” riflessa nelle dichiarazioni degli organismi scientifici ufficiali di ausilio alle strutture di governo (Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità, Associazione italiana del farmaco, etc.). In tale sfera ampia della disinformazione finivano così per essere ricompresi anche risultati difformi dell'attività di ricerca la cui dignità scientifica si mostrava tuttavia incontestabile.

In tale condizione trova conferma, tra l'altro, la connotazione puramente decisionista della distinzione operata tra informazione e disinformazione, a fondamento della quale si intravede la scelta politica di veicolare in regime di monopolio la verità dell'informazione scientifica sull'efficacia dei vaccini anti-Covid. In questo modo, un attributo di natura sostanziale della tutela costituzionale finisce irragionevolmente per convertirsi in una condizione strutturale di produzione dell'informazione. Tanto più tale irragionevolezza si conferma quanto più stretta si dimostra la connessione funzionale tra la verità

⁹⁶ Art. 13, Codice di deontologia medica.

⁹⁷ Come è noto, l'art. 4 dello stesso Codice di deontologia medica espressamente statuisce: “L'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza della professione che costituiscono diritto inalienabile del medico.

Il medico nell'esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona; non deve soggiacere a interessi, imposizioni e gestioni di qualsiasi natura.

Il medico deve operare al fine di salvaguardare l'autonomia professionale e segnalare all'Ordine ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti non conformi alla deontologia professionale.”

scientifico sui vaccini e la tutela della vita e della salute, secondo quanto emerge anche dai dati ultimi sugli effetti avversi di tali farmaci⁹⁸. Ai dubbi di incostituzionalità delle misure sanzionatorie irrogate, dai rispettivi Ordini professionali, a unità di personale sanitario che aveva espresso riserve sull'efficacia profilattica e sulla pericolosità dei vaccini, non ha dato peraltro risposta la Cassazione appellata avverso una decisione della CCEPS, giudice speciale per il personale sanitario, di condanna di un medico la cui espressione di pensiero era stata ritenuta dalla Commissione giudicante preordinata alla volontà "di diffondere in una platea di ascoltatori interessati, ma privi di adeguate conoscenze scientifiche, un sentimento di avversione nei confronti dei trattamenti vaccinali, senza però un confronto con la più accreditata opinione scientifica (corsivo mio: n.d.r.)". In particolare, il medico (pediatra) in questione aveva con i genitori dei suoi pazienti lamentato il fatto che il SSN non avesse fornito adeguate informazioni "circa i rischi cui erano esposti i bambini a seguito delle vaccinazioni". Ciò era stato rubricato dalla CCEPS come assunzione di "un ruolo attivo al fine di disincentivare il ricorso alla pratica vaccinale, proponendo delle terapie alternative, ma senza offrire un'adeguata ed esaustiva informazione, onde rendere il consenso a tali pratiche effettivamente informato"⁹⁹. La Commissione intende come un motivo fondato di censura il presunto mancato confronto del medico con la (sola) "più accreditata" opinione scientifica senza, ad ogni modo, smentire la pari natura scientifica delle opinioni ritenute minoritarie e adottate dallo stesso sanitario censurato ai familiari degli interessati al trattamento vaccinale. Oltre il merito della decisione della CCEPS, l'argomentazione dalla stessa adottata, in cui al distico informazione/disinformazione si sostituisce quello relativo alle opinioni, rispettivamente, più accreditate e meno accreditate, rende più problematico il fondamento della esclusione di queste ultime dall'ambito materiale della garanzia ex art. 21 Cost. e, di conseguenza, l'irrogazione della relativa sanzione disciplinare

⁹⁸ Non è un caso che nelle ultime decisioni del giudice costituzionale (sentt. nn. 185 e 186) scompare dalla motivazione ogni riferimento alla capacità di tali vaccini di "impedire" l'espandersi del contagio.

⁹⁹ Corte di Cassazione, sez. civile, sent. n. 2817 del 2023.

al sanitario renitente. Infatti, il riconoscimento della natura scientifica delle opinioni, in modo del tutto indipendente dal grado di consenso alle stesse prestato, basta ad assicurare loro la copertura della suddetta garanzia costituzionale. La presunzione di verità scientifica in ragione unicamente della norma attributiva di competenza presta il fianco, pertanto, a ragionevoli dubbi di congruenza sul piano costituzionale, almeno nella misura in cui inibisce ogni libertà di autodeterminazione del singolo nella scelta tra posizioni tutte scientificamente adottate, limitando lo spettro del pluralismo della comunicazione in questo campo. Proprio nel corso della recente emergenza pandemica il dualismo tra posizioni scientifiche di pieno favore verso la profilassi vaccinale ed altre, invece, più prudenti sul riconoscimento della non pericolosità dei vaccini, oltre che sulla loro effettiva efficacia profilattica, è stata condotta dal Governo sul piano sdrucchiolo del contrasto tra informazione e disinformazione, quest'ultima, come tale, da avversare con ogni mezzo. Anche oltre le argomentazioni poste dal giudice costituzionale a base delle decisioni di rigetto delle questioni sollevate sulla legittimità degli obblighi vaccinali¹⁰⁰, la distinzione sopra esposta, in conclusione, non può arrivare a giustificare la esclusione dalla garanzia ex art. 21 Cost. dell'informazione scientifica minoritaria anche se ritenuta, in ipotesi, pregiudizievole per il buon esito della campagna di prevenzione vaccinale.

Nel quadro della garanzia ex art. 21 Cost. che include, si è detto, il diritto alla libertà di scelta nel novero dell'informazione "attendibile"¹⁰¹ e la tutela di Beni e interessi generali (vita, salute pubblica) il fulcro dell'effettività è da rinvenirsi, in ogni caso, nella capacità del singolo di potersi consapevolmente autodeterminare, in relazione alla propria vita e salute, senza pregiudizio per la salute collettiva e nel rispetto dell'istanza solidaristica. In tal senso, l'attendibilità delle fonti a cui il singolo attinge per determinare la propria condotta, può diventare un fattore decisivo anche ai fini dell'apprezzamento in termini di ragionevolezza (proporzionalità/adequatezza) della scelta legislativa sull'imposizione dell'obbligo

¹⁰⁰ Corte cost., sentt. nn. 14, 15 e 16 del 2023 e, da ultimo, n. 185 del 2023.

¹⁰¹ Del resto, di attendibilità delle risultanze scientifiche parla proprio la Corte costituzionale, sent n. 14/2023.

di un trattamento sanitario ex art. 32 , c. 2 Cost., ma tale attendibilità non può rimessa alla decisione arbitraria dell'autorità.

Con riguardo alla conoscenza scientifica, in conclusione, il discrimine tra informazione e disinformazione può essere ragionevolmente individuato in primo luogo nel metodo (scientifico o meno) della conoscenza, da cui deriva l'attendibilità dei risultati prodotti, ai fini della copertura ex art. 21 Cost.

8. *Libertà di espressione e disinformazione: la normativa dell'Unione europea come problematica limitazione della sfera materiale di garanzia di un diritto costituzionale.*

Come già detto, la libertà di manifestazione del pensiero trova un ulteriore presidio di tutela nelle previsioni della Carta dei diritti fondamentale UE (artt. 10 e 11), la cui restrizione si legittima, tra l'altro, in relazione a "misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale ... alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine alla protezione della salute e della morale ..." ¹⁰².

Prescindendo qui da ogni rilievo circa la dubbia compatibilità di tale previsione con la dimensione della garanzia concessa alla Imp dalla Costituzione italiana, c'è di fatto che, nonostante la disciplina in parola esalti il presupposto della *necessarietà* (corsivo mio: n.d.r.) delle misure restrittive -seppure entro uno spettro amplissimo di cause giustificative- l'Unione europea ha intrapreso ormai da tempo una generale lotta alla "disinformazione" declinandola come un impegno politico comunitario. A supporto di tale strategia si pongono atti politici di peculiare importanza, rivelatori nel complesso di un impegno dell'ente sovranazionale ¹⁰³ in questa direzione, a partire dall'approvazione, nel 2018, del Codice di pratiche sulla disinformazione (*Code of Practice on Disinformation*) ¹⁰⁴. Tale impegno, divenuto

¹⁰² Sub art. 11 delle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", pubblicate in G.U.U.E. del 14.12. 2007, C-303.

¹⁰³ Sul punto, si rinvia ancora a C. Magnani, op. cit., p. 55 ss.

¹⁰⁴ In esso, la disinformazione è definita come "un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante", cumulativamente a) "concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico" e b) "che può arrecare un pregiudizio pubblico", inteso come "minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE". Dal concetto di "disinformazione" di cui a tale codice sono espressamente esclusi: la pubblicità ingannevole, gli

ancor più stringente nella fase dell'emergenza-Covid¹⁰⁵, ha di recente trovato un decisivo punto di effusione nell' approvazione (5.7.2022) del nuovo regolamento sui servizi digitali (*Digital Service Act: DSA*), deliberato dal Parlamento europeo insieme al regolamento sul mercato digitale (*Digital Markets Act: DMA*), entrambi integrati, in fine, nel cd. *Digital Service Package (DSP)*.

Il DSA, in particolare, prevede obblighi di azione proporzionati alla dimensione della piattaforma per ciò che intende essere una nuova cultura della prevenzione dei rischi sistemici connessi alla disinformazione o alla pubblicazione di contenuti illegali. Esso, pertanto, si applica a tutti gli intermediari che offrono servizi d'informazione a distanza -per via elettronica/telematica- su richiesta con l'obiettivo ultimo di favorire la creazione di un ambiente digitale sicuro ed affidabile, in grado così di tutelare meglio i diritti del consumatore/utente del servizio incoraggiando, nel contempo, l'innovazione e la competitività. Al riguardo, la normativa europea impone un generale vincolo di trasparenza sul funzionamento delle piattaforme *on line*, con obbligo per i fornitori del servizio di collaborare con le istituzioni competenti. Tanto, rende più rigoroso il controllo della comunicazione attraverso la disciplina dei servizi digitali e facilita la capacità di limitare, attraverso tali mezzi, la manifestazione e circolazione di un pensiero qualificato come disinformazione. In tale ordine di idee va, del resto, la previsione che intesta a soggetti privati (i gestori delle reti social) il compito di controllo sui contenuti della comunicazione espressa¹⁰⁶.

errori di segnalazione, la satira e la parodia, o notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte, e non pregiudica gli obblighi giuridici vincolanti, i codici pubblicitari in regime di autoregolamentazione e le norme concernenti la pubblicità ingannevole.

A tale codice ha poi fatto seguito, nel 2022, l'approvazione di una versione rafforzata, mirato a consentire, a parte eterogenee, di sottoscrivere impegni precisi relativi al loro settore di interesse che vanno dalla demonetizzazione della diffusione della disinformazione alla garanzia della trasparenza della pubblicità politica, al rafforzamento della cooperazione con i cd. verificatori di fatti, facilitandosi l'accesso dei ricercatori ai dati.

¹⁰⁵ Il 18 giugno 2020 il Parlamento europeo ha tenuto un dibattito per discutere sul come contrastare la disinformazione sul Covid-19 e il suo impatto sulla libertà d'espressione durante il quale si è sottolineato l'impatto negativo della disinformazione e della necessità di ulteriori azioni di contrasto all'informazioni falsa.

¹⁰⁶ L'art. 1 del Regolamento sui Servizi Digitali -recante il titolo: Valutazione del rischio- stabilisce che i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi hanno il compito di individuare, analizzare e valutare *con*

Si tratta a ben vedere di un poderoso edificio normativo messo in piedi dall'ente sovranazionale a protezione dell'informazione ritenuta sana e fruibile anche ai fini della tutela degli interessi generali rappresentanti nelle *Spiegazioni* (v. *supra*). In quest'ordine di idee, infatti, il complesso dell'espressione del pensiero potestativamente rubricato sotto la voce "disinformazione", viene ad essere escluso dalla sfera materiale della garanzia connessa alle libertà comunicative sancite nella Carta dei diritti fondamentali UE. Nel contempo, ferma la delimitazione dell'efficacia di tale Carta ai sensi dell'art. 51 rileva, nella dubbia compatibilità con i disposti dell'art. 21 Cost., la questione dell'ammissibilità del preventivo controllo sui contenuti dell'informazione social, che la previsione costituzionale sembra in generale escludere, seppure tale divieto sia espresso con riferimento soltanto alla comunicazione a mezzo stampa ¹⁰⁷.

Tali debolezze riconducono inevitabilmente alla questione della possibilità di esercizio, da parte del giudice nazionale, dei controlimiti a tutela del nucleo indefettibile della sovranità dello Stato, ogni qualvolta tale nucleo possa apparire pregiudicato dall'impatto immediato della legislazione europea.

9. *Conclusioni. L'accentuazione della caratura istituzionale-democratica della tutela ex art. 21 Cost. nel processo di trasformazione costituzionale.*

"L'appello ai «valori obiettivi» e ad un «ordinamento obiettivo dei valori» come forma di legittimazione del concreto atto di autorità dimostra specifiche caratteristiche" "se comparato con la giustificazione dell'autorità muovendo

diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione connessi alla progettazione o al funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o all'uso dei loro servizi. Ad essi spetta di effettuare le valutazioni dei rischi "entro la data di applicazione di cui all'articolo 33, paragrafo 6, secondo comma, e successivamente almeno una volta all'anno", e in ogni caso "prima dell'introduzione di funzionalità che possono avere un impatto critico sui rischi individuati a norma del presente articolo". La valutazione del rischio deve essere specifica per i loro servizi e proporzionata ai rischi sistemici, tenendosi in considerazione tra l'altro la loro gravità e la loro probabilità.

¹⁰⁷ Sul punto, v. anche le considerazioni critiche di C. Magnani, *Libertà d'espressione e sfera pubblica nell'emergenza: crisi del costituzionalismo*, in www.dirittifondamentali.it, fasc.1/2023, p. 102 ss., part. p. 112 ss.

dall'idea della *tutela della libertà* (corsivo dell'A.: n.d.r.). Esso conduce anche a specifiche conseguenze. La giustificazione del potere davanti alla libertà del cittadino o perfino -nella condizione dello Stato sociale- dalla produzione di eguali chance di realizzazione per la libertà, non si lascia fare senza una penetrante analisi delle relazioni di vita concrete, modellate attraverso l'intervento del potere" ... "Diversamente, se l'ordinamento della libertà è interpretato come «ordinamento di valori» o come «sistema di valori»" ... "Ciò significa innanzitutto che la legittimazione degli atti d'autorità -senza riguardo ad una *reale* (corsivo dell'A.: n.d.r.) analisi delle condizioni di libertà -già riesce se i valori richiamati come ragioni di legittimità della limitazione sono affermati con successo, cioè sono riconosciuti, se cioè la decisione è assunta con la giustificazione dei valori..". Questa lunga citazione del pensiero di *Erhard Denninger*¹⁰⁸ può valere come utile premessa di qualche considerazione che qui si vuole esporre a conclusione dell'analisi svolta.

Una prima conclusione potrebbe attenersi alla complessiva rimodulazione del rapporto tra autorità e libertà, dove la prima sempre più va emancipandosi dall'originaria causa giustificativa di tutela della libertà. In quest'ordine di idee, il richiamo ai valori può intendersi come il necessario prologo al discorso sulla realizzazione del Bene comune apparso sempre più come un concetto articolato e complesso mano a mano in cui cresce, corrispettivamente, la dimensione dei compiti dello Stato per la tutela degli interessi generali. In quest'ottica il consolidamento di tale impostazione non riesce a trovare, o a trovare più, un freno credibile nel sistema delle libertà costituzionali ma si struttura attraverso il richiamo incrementale alla responsabilità dell'agire democratico.

Tanto trova un peculiare riscontro nel principio della responsabilità comunicativa dello Stato derivante dal valore del corretto sviluppo della persona e del giusto confronto democratico, alla cui tutela ha finito per essere ricondotta la dimensione sostanziale dell'orientamento e della "mediazione di senso" dei contenuti della

¹⁰⁸ E. Denninger, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung* (1975), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 143 ss., part. p. 146.

comunicazione¹⁰⁹. Così, la *Kommunikationsvorsorge* quale compito proprio dello Stato sociale costituzionale correlato a tale valore diventa il grimaldello giuridico-costituzionale per una compressione della Imp al fine, in ultima analisi, di mantenere attuale e sensibile il consenso fondamentale della comunità sull'ordinamento costituzionale¹¹⁰.

Tanto adombra la portata problematica dell'esperienza connessa alla tutela della Imp. Si adombra, nei tratti concreti di tale esperienza, una trasformazione della fisionomia essenziale dell'ordine costituzionale che finisce per investire anche la libertà in questione, le cui ragioni sono da ricercarsi verosimilmente nel complesso dei fattori di cambiamento sociale, economico e politico-culturale che sottendono la condizione del rapporto tra autorità e libertà. Si assiste, così, ad una progressiva rimodulazione e riduzione dell'originaria valenza liberale della Imp in favore dell'accentuazione della sua valenza istituzionale-funzionale di presidio necessario alla preservazione dello Stato quale unità di decisione e di forza e quale ordinamento della pace¹¹¹. In tal senso si spiega l'integrazione della sola informazione qualificata vera e affidabile nella sfera di garanzia ex art. 21 Cost., nel contempo, senza pervenire ad una qualificazione certa ed obiettiva della cd. disinformazione sottratta alla disponibilità di scelta del singolo "utente".

In relazione all'incremento dei compiti dello Stato ed all'impegno diretto di quest'ultimo a garantire la sicurezza di beni giuridici¹¹², la libertà costituzionale di espressione è delineata secondo geometrie variabili che possono giungere fino a tassativamente limitare le fonti di produzione dell'informazione.

In un siffatto contesto, tuttavia, appare contratta la relazione causale con il pieno sviluppo della persona inteso come prodotto della fondamentale libertà di autodeterminazione che passa inevitabilmente per la capacità, effettivamente esercitata, di poter compiere in modo autonomo la scelta dell'informazione

¹⁰⁹ Sul punto, richiamando peraltro l'orientamento di Pitschas, cfr. ancora E. Denninger, *Nahtloser öffentlicher Sektor ? Rechtsfragen der Informationsgesellschaft*, in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2006, p. 82 ss., part. p. 87 ss.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ E. W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin, 1978, p. 12 ss.

¹¹² Così, E. Denninger, *Der Präventions-Staat* (1988), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Bande-Baden, 1990, p. 33 ss., part. p. 36.

affidabile nel complesso del pluralismo della comunicazione pubblica. Il richiamo all'autodeterminazione come "valore" costituzionale, oltre che come diritto di libertà, implica di necessità la capacità di autonomia in materia riconosciuta al singolo, senza che per essa debba valere di necessità un intervento regolatore dell'autorità. Pertanto, la consistenza problematica, sul piano costituzionale, tra informazione e disinformazione si rende di particolare evidenza in seguito allo sviluppo della comunicazione *social* (v. *supra*).

Quanto detto tende a porre sotto il fuoco dell'attenzione critica ogni disciplina generale in merito alla definizione degli oggetti, rispettivamente, inclusi o esterni all'ambito materiale della garanzia offerta dalla norma costituzionale mentre, invece, il criterio della proporzionalità/ragionevolezza dovrebbe guidare la soluzione del contrasto concreto che operi un bilanciamento degli interessi di volta in volta ritenuti concorrenti. All'autorità politica innanzitutto è riservato di assumere decisioni mirate a fornire paradigmi obiettivi in relazione alla salvaguardia di interessi costituzionali in un quadro di compatibilità con la natura e i fini specifici della Imp. Tanto, rende perciò nient'affatto incongruenti i dubbi espressi circa la legittimità della normativa comunitaria che, invece, muove da un approccio paternalistico¹¹³ per delimitare l'ambito di tutela della Imp, intendendosi il singolo soprattutto come utente e destinatario del servizio (l'informazione) piuttosto che come un cittadino consapevole e capace di autodeterminarsi nella congerie del pluralismo informativo. In definitiva, pur in un rapporto rinnovato tra autorità e libertà che lascia registrare un'evidente dilatazione della sfera di intervento del potere, non può essere ignorata o comunque eccessivamente ridotta la portata di libertà negativa attinente alla garanzia dell'art. 21 Cost. Ciò, in definitiva, non ne impedisce in assoluto una limitazione ma la legittimità di quest'ultima deve misurarsi, di regola, secondo un paradigma di proporzionalità/adequazione che il giudice, di merito e costituzionale, è tenuto a far valere.

¹¹³ Cfr. ancora, al riguardo, C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, cit., p. 71; nonché, dello stesso A., *Libertà d'espressione e sfera pubblica nell'emergenza: crisi del costituzionalismo*, cit., p. 113 ss.

Riluce, in tale approccio, il bisogno di un contemperamento tra funzioni assiologiche pubblica della Imp anche in correlazione con l'obiettivo di pieno sviluppo della persona e scevro da rigide priorità assiomatiche, quale, ad es., la primazia assoluta del valore o dell'interesse generale sull'esercizio della libertà individuale.

A parte il fatto che, pur nell'evolversi dinamico delle relazioni tra tali la sfera degli interessi concorrenti resta indefettibile l'essenziale valenza personalista della Costituzione del '48, un'impostazione che giungesse a ridurla entro ambiti comunque secondari e/o complementari rispetto alla salvaguardia di interessi generali finirebbe inevitabilmente per lasciar degradare tale diritto fondamentale nella sfera degli atti concessori del pubblico potere.

Una ragionevole compressione di tale libertà può spiegarsi unicamente nella misura in cui essa appaia del tutto necessaria ed essenziale rendendosi funzionale alla sicurezza di beni primari (tutela della salute, tutela di diritti della personalità, tutela dell'integrità dello Stato etc.). La realizzazione di tali compiti cui mira l'azione politica dello Stato democratico può non prescindere, in determinati casi, da una condotta del cittadino orientata nella direzione di non pregiudicare gli interessi generali della comunità ¹¹⁴. L'incremento progressivo di tali interessi anche in un quadro di rafforzamento di strategie internazionali per la lotta a fenomeni di portata globale ritenuti gravi e pericolosi (emergenze, guerra, etc.), non può, tuttavia, figurare *ex sé* come legittimo presupposto di una (progressiva) compressione dell'esercizio dell'autodeterminazione individuale in materia di comunicazione e informazione ¹¹⁵. Un siffatto automatico asserto, privo di specifiche ragioni giustificative a suffragio del corrispettivo limite di esercizio, oltre ad adombrare una inammissibile vulnerazione dell'art. 21 Cost può rivelarsi pregiudizievole per un congruo svolgimento del processo di integrazione sociale,

¹¹⁴ M. Eifert, N. Wienfort, *Hassrede als Gefährdung der verfassungsrechtlich geschützten offenen Kommunikation unter Freien und Gleichen*, in JZ, cit., p. 272.

¹¹⁵ Così, tra gli altri, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 31 ss. A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in JZ, 2017, p. 653 ss.

trattandosi nella specie di porre un freno ad una naturale libertà dell'individuo nel contesto della vita di relazione.

La condizione odierna sembra rievocare, all'opposto, l'approccio sostanzialista al senso della Costituzione in cui si esalta il predominio dello Stato-unità politica sul diritto positivo, così che le questioni di ordine costituzionale vengono a declinarsi essenzialmente come questioni di forza (politica), prima che di natura giuridica¹¹⁶. In ciò risiede l'insidia di un arretramento della portata normativa della Costituzione valorizzata -soprattutto da *Konrad Hesse* nel noto scritto del 1958¹¹⁷, lezione introduttiva del suo corso- anche quando tale portata normativa trovi compimento nella razionalità argomentativa di un giudice.

Se gli adattamenti della Costituzione rientrano nel fisiologico percorso di sviluppo dei suoi contenuti normativi, una Costituzione fondata sui valori può prestarsi a sostanziali ricomposizioni allorquando nel contesto nuovi valori si affermino¹¹⁸ o una peculiare consistenza assiologica assumano i valori esistenti *. Affermare anche in un contesto di profondo cambiamento politico-sociale il ruolo regolatore della Legge fondamentale occorre, per ogni potere, tornare a "pensare partendo dalla Costituzione"¹¹⁹ e dalla sua reale forza ordinatrice.

Primato della persona e della sua dignità, suo pieno sviluppo, autodeterminazione, tutela dei diritti di libertà costituiscono, così, il terreno culturale e, nel contempo, la pietra costituzionale angolare della costruzione di un assetto ordinamentale coerente come il punto di partenza di ogni decisione politica democratica. Ciò non spinge a marginalizzare la valenza conformatrice di principi costituzionali di portata comunitaria -solidarietà, salute collettiva, funzione sociale della proprietà, etc.- ma, anzi, ne sollecita l'adempimento attraverso decisioni politiche mirate alla

¹¹⁶ ... secondo la nota espressione di *Ferdinand Lassalle* di cui al suo lavoro del 21 aprile 1862 sulla Costituzione: (*Über Verfassungswesen*).

¹¹⁷ Sul punto, sottolineando il carattere fortemente innovativo di tale posizione che "rompeva" con la tradizione di pensiero precedente e finiva per convertire il diritto pubblico (*Staatsrecht*) in diritto costituzionale (*Verfassungsrecht*), v. soprattutto R. Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat* 58 (2019), p. 195 ss., part. p. 200 ss.

¹¹⁸ ..nel senso chiarito da C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie*, Ebracher Studien, 1967, p. 37 ss., part. p. 55, poi ribadito da E.W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts* (1987), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., p. 67 ss.

¹¹⁹ R. Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat* 58 (2019), cit., p. 200.

definizione di un equilibrio ragionevole con la libertà individuale¹²⁰, per scongiurare la tirannia di un unico valore*.

Va rilanciata, anche sul piano etico, la pratica di una “volontà mirata alla Costituzione” come contraltare al rischio di indulgenza verso una “volontà mirata (a far valere) la forza”. La consapevolezza del primato della persona sullo Stato, dell’autonomia sull’obbligo, della libertà sulla sfera dell’autorità è ciò che integra il collante sociale¹²¹ e, così, la base essenziale dell’unità politica dello Stato. La disarticolazione e frammentazione del tessuto sociale in un pluralismo di micro-categorie funzionali, accentuata dalla condizione attuale dell’esistenza di una società del sapere -meglio, di una *Wissensbasiertesellschaft*¹²²- rendere ancor più pressante l’esigenza di relativa omogeneità all’interno della comunità sociale quale premessa dell’unità. Tuttavia, ricorda E.-W. Böckenförde, tale condizione, da cui viene a dipendere l’esistenza e la tenuta dello Stato liberale democratico fa parte di quei presupposti socio-culturali¹²³ la cui persistenza non può essere garantita dallo stesso Stato di diritto¹²⁴. La trasfigurazione o recessione di quest’ultimo può dipendere dunque dall’azione di fattori extragiuridici che lo Stato stesso può cercare almeno di scongiurare. E’ proprio in un siffatto contesto di profondo cambiamento che giunge ad investire il senso proprio della libertà che occorre tornare a chiedersi, in definitiva, chi veramente siamo¹²⁵ e cosa può significare, per il progresso dello Stato liberale democratico, la garanzia costituzionale di tale libertà.

¹²⁰ R. Wahl, op. ult. cit., p. 207.

¹²¹ „das „Haltende“ der Gesellschaft : U. Volkmann, von *Kleidern und Werten*, in *Der Staat* 56 (2017), p. 154.

¹²² Un altro fattore che, secondo lo stesso H. Willke -op. cit., p. 357- concorre al suddetto cambiamento riguarda le basi e i presupposti fondamentali del modello di guida della politica moderna, profilo, anche quest’ultimo, di significativo rilievo ai fini di quanto si verrà qui dicendo.

¹²³ E.W.Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p. 291 ss., part. p. 348 ss.

¹²⁴ E.W.Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., p. 92 ss., part. p. 112.

¹²⁵ U. Volkmann, von *Kleidern und Werten*, in *Der Staat* 56 (2017), p. 153.