



Rivista N°: 1/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 19/03/2018

AUTORE: Alessandro Morelli - Oreste Pollicino*

LE METAFORE DELLA RETE. LINGUAGGIO FIGURATO, *JUDICIAL FRAME* E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL *CYBERSPAZIO*: MODELLI A CONFRONTO**

Sommario: 1. Diritto e fatto nel cyberspazio: le coordinate e le finalità di una ricerca su metafore, judicial frames e tutela dei diritti in Internet. – 2. I presupposti dell'analisi: a) la metafora come elemento di un processo cognitivo. – 3. Segue: b) la funzione costitutiva della metafora nella realtà giuridica. – 4. Segue: c) la prospettiva del judicial frame. – 5. Metafore, frames e punti di vista nei discorsi relativi alla tutela dei diritti in Internet. – 6. La libertà di espressione in Internet secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 7. Segue: ... e secondo quella della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America. – 8. Punti di vista e frames a confronto. – 9. Scelta del frame, creatività giurisprudenziale e ruolo istituzionale degli organi giudiziari: notazioni conclusive

1. Diritto e fatto nel *cyberspazio*: le coordinate e le finalità di una ricerca su metafore, *judicial frames* e tutela dei diritti in Internet

Il ruolo del fatto nel mondo del diritto è un tema antico, sul quale numerosi cultori della filosofia e della scienza giuridica si sono intrattenuti, giungendo ad esiti ricostruttivi anche molto distanti tra loro. Con particolare riguardo al settore del diritto costituzionale, negli ultimi decenni, diversi studiosi sono tornati a indagare il tema della rilevanza degli elementi fattuali nei più diversi ambiti dell'esperienza giuridica: dalla teoria delle fonti del diritto a quella delle forme di governo, dallo studio dei modelli di giustizia costituzionale a quello delle forme e dei modi di garanzia dei diritti fondamentali¹.

* Alessandro Morelli è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «*Magna Græcia*» di Catanzaro; Oreste Pollicino è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università Commerciale «L. Bocconi» di Milano.

** Il lavoro è frutto di riflessione congiunta degli autori; tuttavia, la stesura dei paragrafi 1, 2, 3 e 4 si deve ad A. Morelli, mentre quella dei paragrafi 5, 6, 7 e 8 a O. Pollicino. Il paragrafo 9 è stato scritto congiuntamente dagli autori

¹ La letteratura sul rapporto tra fatto e diritto è pressoché sconfinata; il tema è stato affrontato dalla dottrina italiana, negli ultimi anni, soprattutto nel contesto del dibattito sull'attualità del positivismo giuridico e sul c.d. «neocostituzionalismo»: tra i molti, cfr. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino,

Profili di notevole interesse per l'esame del rapporto tra fatto e diritto possono cogliersi oggi nella peculiare dimensione di Internet, le cui dinamiche di funzionamento da tempo hanno attratto l'attenzione dei costituzionalisti, vista la notevole capacità che il web possiede d'incidere, da una parte, sull'esercizio e sulle modalità di protezione dei diritti fondamentali e, dall'altra, sui rapporti tra governanti e governati. Com'è stato notato, infatti,

Giappichelli, 2001; Id., *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, in *Dir. quest. pubbl.*, 3/2003, 51 ss.; Id., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2/2008, 405 ss.; M. PERINI, *Sul "neocostituzionalismo" di Susanna Pozzolo*, e A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, entrambi in *Dir. quest. pubbl.*, 3/2003, rispettivamente 15 ss. e 37 ss.; T. MAZZARESE, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Note a margine*, in *Ragion pratica*, 2/2003, 557 ss.; A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, Giappichelli, 2005, 201 ss.; Id., *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3251 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 3/2006, 685 ss.; R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 1373 ss.; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 919 ss. Per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare ad A. MORELLI, *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 513 ss. e Id., *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in *www.federalismi.it*, 1/2017, 1 ss.

Tra gli innumerevoli scritti che hanno valorizzato il ruolo dei fatti nel diritto costituzionale positivo cfr., con particolare riguardo alla teoria delle fonti del diritto e della giustizia costituzionale, gli studi di R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988, spec. 332 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 521 ss.; M. RICCA, *Sul rapporto tra "ritenuto in fatto" e "considerato in diritto" nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in A. RUGGERI (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, 193 ss.; A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e la "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1994, spec. 34 ss. (del quale si v. ora anche *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, in *Consulta OnLine*, 6 novembre 2014); G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, 245 ss.; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Milano, Giuffrè, 1997, 15 ss.; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, Giappichelli, 2002, 145 ss.; G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, Giappichelli, 2014, 75 ss.; nonché i contributi al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", 9 e 10 giugno 2017, Università degli Studi di Milano, su *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in corso di pubblicazione per i tipi della Editoriale Scientifica e tra questi, in particolare, le relazioni di M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*; A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*; M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*; E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, già pubblicati in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 1 e 2/2017.

Sulla rilevanza del "fatto scientifico" nel giudizio di legittimità costituzionale cfr., tra gli altri, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (cur.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino 2005, 1 ss., e, *ivi*, G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, 237 ss.; Id., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB, 2008, 31 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss.; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, 4/2015, spec. 29 ss.

In riferimento al ruolo del "fatto" nella ricostruzione delle forme di governo si rinvia, per tutti, ai contributi pubblicati in L. VENTURA (cur.), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Atti di un convegno, Catanzaro 22 e 23 ottobre 1999, Torino, Giappichelli, 2001; A. BARBERA-T.F. GIUPPONI (cur.), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2008; AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Catanzaro, 16-18 ottobre 2014, Napoli, Jovene, 2015.

quando ci si ponga a riflettere su quale diritto vada applicato ai fatti che hanno luogo nella dimensione di Internet, il primo problema che si pone è proprio quello di capire *a quale tipo di "fatti" si debba fare riferimento*².

Il mondo della rete può essere guardato da due punti di vista diversi: il primo è quello dell'utente che percepisce la «*virtual reality*»³ del *cyber spazio* e che agisce sulla base di una serie di *analogie* tra le azioni che egli svolge su Internet e quelle equivalenti che è abituato a porre in essere nel mondo fisico, come il fare acquisti in un vero negozio e farli *online*, inviare lettere nel modo tradizionale e mandare *e-mail*, incontrare amici nel mondo reale e dialogare con loro e compiere le stesse azioni (che, tuttavia, non saranno esattamente *le stesse*) nell'ambito di un *social network* o di una *chat room*. Il secondo punto di vista è, invece, quello di chi, rimanendo nella «*physical reality*», guarda non a ciò che succede *dentro* Internet, ma a quanto accade «*behind the scenes*», non adottando, dunque, il punto di osservazione di un utente dei servizi digitali, bensì quello dell'osservatore esterno che guarda alla "realtà virtuale", quella dei *bit*, come qualcosa di distante e assai differente dalla realtà degli atomi, quella analogica. In quest'ultima, diversa prospettiva, Internet apparirà, com'è stato detto, semplicemente come un «*network of computers located around the world and connected by wires and cables*»⁴.

La distinzione tra un *punto di vista interno* e uno *esterno* alla dimensione della rete consente di cogliere alcuni aspetti di estremo interesse delle dinamiche di produzione del diritto di Internet⁵. Innanzitutto, mentre la prospettiva dell'*insider* porta a trovare connessioni analogiche e a sviluppare processi metaforici tra il *cyberspazio* e lo spazio reale, in quella dell'*outsider* analogie e metafore s'instaurano tra il «dietro le quinte» del mondo digitale e lo stesso spazio reale⁶. La scelta di una prospettiva o dell'altra conduce così i procedimenti di produzione e di applicazione del diritto di Internet a esiti anche molto distanti: si pensi soltanto al problema dell'estensione delle garanzie costituzionali (definite a suo tempo per ben altri strumenti di esercizio dei diritti) anche alla dimensione del *web*. La questione relativa, ad esempio, alla possibilità d'intercettare un'*e-mail* da parte delle autorità di pubblica sicurezza verrà risolta diversamente se la posta elettronica sarà intesa, da un punto di vista *interno*, esattamente come il corrispondente digitale del vecchio servizio di posta cartacea, oppure se, al contrario, da un punto di vista *esterno*, si guarderà ad essa ponendo attenzione al procedimento che vi sta dietro. E così, in quest'ultima prospettiva, si potrà notare che, nel caso della posta elettronica, a differenza di quella tradizionale, quando il mittente manda un'*e-mail* al destinatario, egli dà istruzioni al computer di inviare un messaggio al proprio *Internet service provider*, affinché lo indirizzi al *provider* del destinatario. La trasmissione avviene attraverso una sequenza di trascrizioni del messaggio da un *provider* all'altro, che rende molto differente il procedimento di condivisione dell'*e-mail* rispetto a quello d'invio e di ricezione di una lettera cartacea tradizionale. Guardando a tali differenze, si potrebbe giungere alla conclusione per cui, in questo caso, non sarebbero applicabili le garanzie previste dal Quarto Emendamento della Costituzione statunitense⁷ – o, se si vuole, dall'art.

² Cfr., in tal senso, O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2003, 357 ss.

³ Sul concetto di «*virtual reality*» cfr. ora J. LANIER, *Dawn of the New Everything. A Journey through Virtual Reality*, London, The Bodley Head, 2017.

⁴ O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, cit., 360.

⁵ ... ripresa ancora da O.S. KERR, *op.ult. cit.*, 359 ss.

⁶ *Ivi*, 362.

⁷ Impossibile qui ripercorrere le coordinate interpretative che hanno portato la Corte Suprema degli Stati Uniti a tutelare un diritto, quello alla *privacy*, che non ha alcun appiglio testuale nel parametro fornito dal Quarto

15 della Costituzione italiana – a tutela della *privacy* di chi affidi le proprie comunicazioni a distanza al servizio di posta elettronica⁸.

Quello di Internet è un mondo virtuale, costruito attraverso *processi metaforici e figurativi* peculiari, ma è, al tempo stesso, un segmento del mondo fisico e, a seconda del punto di vista di volta in volta adottato, i problemi giuridici inerenti all'esercizio dei diritti nella rete potranno essere risolti in un senso o nell'altro. Il tutto dipenderà, in definitiva, dalla decisione di *accettare* o meno non solo la struttura metaforica che regge la dimensione digitale, ma anche, e soprattutto, il *novum* tecnologico⁹ e la discontinuità che esso spesso porta con sé rispetto allo *status quo*.

La distinzione tra le due prospettive evocate (quella interna alla *virtual reality* e quella ancorata alla *physical reality*) richiama la dialettica hartiana tra *internal* ed *external point of view*¹⁰. Diversi sono stati i significati attribuiti a tale distinzione, ma quel che merita qui rilevare è che, nell'accezione più pregnante di tale teoria (non ascrivibile ad Hart, ma a MacCormick), si è inteso il punto di vista interno come quello proprio di chi non è soltanto un soggetto partecipante al gioco del diritto ma condivide la norma di riconoscimento dell'ordinamento per determinati «*ends or values*», nei confronti dei quali può anche avere un coinvolgimento emotivo¹¹. Interno all'ordinamento sarebbe, dunque, il punto di vista del soggetto che abbia buone ragioni (non importa se legate alla condivisione dei valori dell'ordinamento o a esigenze puramente egoistiche) per rispettare e far rispettare le norme giuridiche dell'ordinamento stesso. L'intuizione che sta dietro tale ricostruzione è che la scelta tra un *internal* o un *external point of view* non è mai una decisione neutra, asettica, ma un'opzione sottesa da precise *scelte di valore*.

Per quanto rileva ai nostri fini, qualunque sia la strada prescelta, elemento, se non necessario, comunque privilegiato di quella operazione di traslazione, alla quale si faceva prima riferimento, delle categorie “classiche” dal mondo materiale a quello immateriale è l'utilizzo del linguaggio metaforico. Si realizza quella che, come si è visto, è la dinamica tipica della concettualizzazione metaforica, ossia, per usare le parole di Winter, quel processo di «*carry over*», «*knowledge transfer across domain*»¹². Le operazioni argomentative di trasferimento concettuale dal mondo degli atomi al mondo dei *bit* non sono neutrali ma, in base all'opzione assiologica o cornice valoriale che ne costituisce il fondamento, hanno un determinato impatto sull'esito del bilanciamento in concreto operato dal giudice e, in ultima istanza, sul livello di protezione dei diritti in gioco.

Si tratta di una prospettiva, quella qui tratteggiata, che, com'è evidente, offre spunti utili all'esame delle diverse questioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali in Internet. In questa sede si proverà a far emergere tale realtà attraverso un confronto tra i punti di vista adottati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America in merito ai limiti imponibili alle libertà fondamentali in Internet. Dal confronto tra le prospettive – come si vedrà, molto diverse – adottate dalle due Corti,

Emendamento: v. O.S. KERR, *Four Models of Fourth Amendment Protection*, in 60 *Stanford Law Review* 503 (2007).

⁸ O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, cit., 365 ss.

⁹ M.PRICE, *The Newness of New Technology*, in *Cardozo Law Review*, 2001, 1885.

¹⁰ Cfr. soprattutto H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London 1961, trad. it. Id., *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, spec. 95 ss.

¹¹ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Harnold, Londra 1981, 34. Cfr. anche S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, Giappichelli, 2013, cit., 53 ss. Sull'evoluzione del pensiero giuridico di MacCormick cfr. V. VILLA, *Il positivismo giuridico di Neil MacCormick*, in *Dir. quest. pubbl.*, 9/2009, 29 ss.

¹² S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2001, 12.

emergeranno alcune questioni di formidabile importanza per il diritto costituzionale, problemi certo non nuovi ma che, nella dimensione digitale, acquistano una connotazione inedita ed esigono risposte giuridiche adeguate.

2. I presupposti dell'analisi: a) la metafora come elemento di un processo cognitivo

Il primo dei presupposti teorici su cui si basa la nostra analisi e, in particolare l'indagine circa la rilevanza del linguaggio figurativo nei contesti fatti qui oggetto di osservazione, è che le metafore non sono semplici artifici stilistici e retorici ma elementi indefettibili di *processi cognitivi* impiegati per comprendere e rappresentare pressoché ogni ambito della realtà. Da tempo, i tanti studi condotti sul tema hanno mostrato come l'uso poetico-letterario non esaurisca le numerose funzioni della metafora, della quale può essere fatto, tra gli altri, oltre a un impiego argomentativo e a uno «comunicativo quotidiano», anche un «uso euristico»¹³. In ambito filosofico, la metafora viene intesa come un fenomeno di carattere cognitivo da Blumenberg, uno dei padri fondatori della metaforologia¹⁴. E la concezione «ornamentale» è respinta anche da Ricoeur, per il quale la metafora è una

¹³ Cfr. C. CACCIARI, *Introduzione. La metafora: da evento del linguaggio a struttura del pensiero*, in Id. (cur.), *Teorie della metafora. L'acquisizione, la comprensione e l'uso del linguaggio figurato*, Milano, Cortina Editore, 1991, 25 s., la quale elenca anche altre funzioni della metafora: un «uso espressivo della sfera delle emozioni»; un «uso nella rappresentazione di sistemi esperti o comunque a base simulativa»; un «uso nella progettazione organizzativa aziendale quale strumento facente parte di *problem setting* e *problem solving* di tipo figurato-analogico»; un «uso educativo, quale modo per acquisire una più estesa competenza metalinguistica e creativa»; un «possibile uso in diversi *setting* terapeutici», per studiare gli effetti neuropsicologici di lesioni cerebrali; una «funzione pragmatica che consiste nel permettere un gioco col linguaggio e creare pertanto sia un distanziamento sia un senso di comunanza fra coloro che ne condividono le potenzialità espressive». Della stessa A. cfr. anche *La metafora: un ponte fra il linguaggio e l'esperienza percettiva*, in *Lingua e Stile*, 2/1999, 159 ss.

Sulla metafora come strumento retorico-argomentativo cfr., per tutti, C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), trad. it. Id., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, con prefazione di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 2001, spec. 420 ss.; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, Bompiani, 2003, spec. 159 ss. Sulle diverse teorie della metafora, oltre ai contributi pubblicati in C. CACCIARI (cur.), *Teorie della metafora*, cit., v. anche quelli in F. ERVAS-M. SANGOI (cur.), *Metaphor and Argumentation*, Urbino (PU), Isonomia, 2012; nonché A. CAZZULLO, *La verità della parola. Ricerca sui fondamenti filosofici della metafora in Aristotele e nei contemporanei*, Milano, Jaca Book, 1987; E. BOCIAN, *La teoria cognitiva di Lakoff e Johnson e altre teorie della metafora: molteplicità dei punti di vista*, in *romanica.doc*, 3(4)/2011; A. CONTINI, *La forza cognitiva della metafora: convergenze e divergenze nel dibattito novecentesco*, in *I castelli di Yale online*, 1/2016, 14 ss.; F. ERVAS-E. GOLA, *Che cos'è una metafora?*, Roma, Carocci, 2016.

Sul ruolo delle argomentazioni retoriche nelle decisioni giudiziarie, con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, cfr. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996.

¹⁴ Cfr. almeno H. BLUMENBERG, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, *Archiv für Begriffsgeschichte*, VI, Bonn, H. Bouvier und Co., 1960, trad. it. Id., *Paradigmi per una metaforologia*, Bologna, Raffello Cortina Editore, 2009. Concetto chiave, nella riflessione dell'A., è quello di «metafora assoluta», formula con cui egli indica quegli «elementi primi della lingua filosofica, "traslati irriducibili" alla proprietà della terminologia logica»; in altri termini, le «metafore assolute» (come, ad esempio, quella della «rivoluzione copernicana») si mostrerebbero «resistenti alla richiesta di riduzione in termini logici», non potrebbero essere risolte in forma concettuale, pur potendo essere sostituite o corrette da altre metafore più precise (ivi, 4 e 6). Come osserva E. MELANDRI, *Per una filosofia della metafora*, ivi, 160, «una metafora assoluta, se esiste, è in potenza una nuova ermeneutica, una matrice di nuove valutazioni, un codice interpretativo che, una volta compreso, è capace di mutare indefinitamente, per estensione pura e semplice del medesimo criterio, la nostra consueta valutazione delle cose». Cfr. anche H. BLUMENBERG, *Die Lesbarkeit der Welt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, trad. it. Id., *La leggibilità del mondo*, Bologna, il Mulino, 1984.

«finzione euristica», poiché, da un lato, essa corrisponde a un modello che non descrive esattamente la realtà dell'oggetto denotato ma, dall'altro, grazie a tale espediente, consente di ampliare la conoscenza dello stesso oggetto¹⁵.

L'idea che la metafora svolga anche una funzione conoscitiva era già presente *in nuce* nella teoria aristotelica, che pure è stata al centro delle critiche mosse dalle concezioni epistemologiche, linguistiche e psicologiche affermatesi a partire dalla seconda metà del XX secolo¹⁶.

Tra le teorie sulla metafora che più hanno influenzato i recenti studi in materia, particolare attenzione deve essere riservata alla *concezione interattiva* e alla teoria della *metafora concettuale*. La prima, sviluppata, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, soprattutto da Black¹⁷, intende la metafora non come il sostituto di un'operazione comparativa, ma come il risultato di un processo d'interazione semantica, più precisamente come il prodotto della combinazione tra un'espressione usata appunto metaforicamente (il «*focus*») e la struttura enunciativa nella quale l'espressione stessa si colloca (il «*frame*»). Si tratterebbe, dunque, di un rapporto dinamico, dagli esiti non predeterminabili, che provocherebbe un'estensione o un mutamento del significato del *focus* medesimo attraverso un'operazione di «filtro», di *screening*, di un sistema semantico da parte di un altro¹⁸. L'interazione non avrebbe luogo semplicemente tra due idee ma tra due interi sistemi semantici e originerebbe da un «*set of "associated implications"*»¹⁹ tra le connotazioni delle espressioni usate. La metafora consentirebbe così la crescita della conoscenza poiché due domini semantico-concettuali, uno più conosciuto dell'altro, sarebbero posti in interazione. Si considerino i diversi casi di processi cognitivi metaforici nell'ambito del «contesto di scoperta»

¹⁵ Cfr. P. RICOEUR, *Parole et symbole*, in *Revue des Sciences Religieuses*, 49, 1975, 142 ss., trad. it. Id., *Parola e simbolo*, in Id., *Filosofia e linguaggio*, Milano, Guerini e Associati, 1994, 143 ss. (spec. 151 e 164 ss.); *amplius*, Id., *La métaphore vive*, Paris, Editions du Seuil, 1975, trad. it. Id., *La metafora viva. Dalla retorica alla poetica: per un linguaggio di rivelazione*, Milano, Jaca Book, 2001; sul punto v. anche G. GRAMPA, *Dire Dio: poetica e linguaggio religioso in Paul Ricoeur (Editoriale)*, in P. RICOEUR-E. JÜNGEL, *Dire Dio. Per un'ermeneutica del linguaggio religioso*, Brescia, Queriniana, 2005 (trad. it. di Id., *Metapher. Zur Hermeneutik religiöser Sprache*, München, Chr. Kaiser Verlag, 1974), 26 ss., spec. 29.

¹⁶ Su tali critiche (non tutte fondate) cfr. ora E. GOLA, *Metaphor and Reasoning: Aristotle's View Revisited*, in F. ERVAS-M. SANGOI (cur.), *Metaphor and Argumentation*, cit., 25 ss.: «*The core of the most frequent criticism to Aristotle's metaphorology includes items of a different nature and not always consistent ones. For instance, Aristotle suggested the feature of exceptionality in the ability to metaphorize [...]; as well as the notion of difference between literal and metaphoric, claiming that the metaphorical expression is not desirable, and it can be substituted with the corresponding literal enunciation without any loss of meaning; the Greek philosopher is also attributed the idea that the metaphor is a useless embellishment of the speech for hollow minds*» (ivi, 26).

Sulla funzione conoscitiva della metafora nella visione aristotelica cfr., per tutti, U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi, 1997, 150 ss. Per Aristotele la metafora consiste nel trasferimento del nome di un oggetto ad un altro, attraverso uno dei seguenti possibili modi: da genere a specie; da specie a genere; da specie a specie; per analogia. Come scrive Eco, mentre parlando dei primi tre tipi Aristotele spiega come la metafora venga prodotta e compresa, descrivendo il quarto tipo «egli dice cosa la metafora fa conoscere [...] o in che essa accresce la conoscenza dei rapporti tra le cose. [...] La proporzione aristotelica è lo schema astratto e indefinitamente riempibile di una conoscenza che in effetti è molto più ricca (in cosa consiste questa relazione, cosa elimina e cosa conserva, in che modo i termini messi in rapporto si sovrappongono e tuttavia si distinguono, ecc.)» (ivi, 161 s.).

¹⁷ M. BLACK, *Metaphor*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 55, 1954, poi in *Models and Metaphors. Studies in Languages and Philosophy*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1962, 25 ss., trad. it. Id., *Metafora*, in *Modelli archetipi metafore*, Parma, Pratiche, 1983, 41 ss.; si veda però già I.A. RICHARDS, *The Philosophy of Rhetoric*, Oxford, Oxford University Press, 1936, trad. it. Id., *La filosofia della retorica*, Milano, Feltrinelli, 1967.

¹⁸ Cfr. A. CONTINI, *La forza cognitiva della metafora*, cit., 24 s.

¹⁹ M. BLACK, *More about metaphor*, in *Metaphor and Thought*, ed. by A. Ortony, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, 19 ss., trad. it. Id., *Ancora sulla metafora*, in *Modelli archetipi metafore*, cit., 97 ss.

della ricerca scientifica: quando, ad esempio, si è trattato di elaborare teorie relative all'atomo, che appartiene a una dimensione di elementi estremamente piccoli, non visibili con alcuno strumento ma solo ipotizzabili, si è fatto riferimento, per descrivere tale dimensione, a diverse metafore esplicative di altrettanti modelli (una sfera, un *plum pudding*, un sistema planetario, una nuvola, ecc.), una situazione che si è ripetuta diverse altre volte nella storia del pensiero scientifico²⁰.

Il passaggio da una concezione della metafora come fatto esclusivamente linguistico a una che vede nella stessa un processo cognitivo e uno schema concettuale si è avuta, poi, con la pubblicazione, nel 1980, del volume *Metaphors We Live by* di Lakoff e Johnson²¹, uno studio che ha segnato un autentico mutamento di paradigma e a partire dal quale si sono avviate ricerche sul ruolo e sulle potenzialità della metafora nei più svariati campi (dalla politica alla religione, dall'economia al diritto, ecc.). In tali studi si sono affermate e condivise due tesi centrali dell'odierna linguistica cognitiva: l'idea che il linguaggio non sia autonomo rispetto alle altre attività cognitive umane (come il percepire, il ragionare, ecc.) e la convinzione dell'esistenza di uno stretto legame tra significati e concetti. L'assunto teorico fondamentale presupposto dalle ricerche che si rifanno al paradigma concettuale è, dunque, che *la metafora è più un fatto di pensiero che di linguaggio*²². Secondo tale prospettiva, ogni metafora avrebbe un «dominio d'origine» («*a source domain*»), un «dominio di destinazione» («*a target domain*») e una «mappatura dall'uno all'altro» («*a source-to target mapping*»)²³. I processi metaforici che si sviluppano attraverso trasferimenti dall'uno all'altro dominio corrisponderebbero a strutture cognitive condizionanti la comprensione umana. Secondo tale ricostruzione, l'uso di una metafora concettuale imporrebbe alla situazione che si vuole rappresentare una data struttura cognitiva: così, per esempio, la metafora della discussione come una guerra rinvierebbe ad altri concetti appartenenti al dominio d'origine evocato, quello appunto della dimensione bellica (in relazione al quale acquisterebbero senso espressioni come «affermazione indifendibile» o «attaccare gli argomenti degli avversari»)²⁴.

Da un punto di vista cognitivo, le metafore sono, dunque, intese come «protocolli di comunicazione» che servono a connettere il linguaggio ai circuiti cerebrali²⁵. Come spiega Castells, riprendendo la ricostruzione di Lakoff²⁶, tramite le metafore si costruiscono narrazioni, che a loro volta sono composte dai *frames*, i quali si traducono in strutture narrative corrispondenti a «*reti neurali di associazione*». Le strutture dei *frames* «non sono arbitrarie», ma sono «basate sull'esperienza, ed emergono dall'organizzazione sociale che definisce i ruoli sociali all'interno della cultura che poi viene fissata nei circuiti cerebrali»²⁷.

Come si vedrà più avanti, il passaggio dal *frame* al *judicial frame*, e quindi la traslazione dei concetti di cornice e di contesto valoriale utilizzati dalla teoria cognitiva del

²⁰ Cfr., per tutti, H. BLUMENBERG, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, cit.; per ulteriori indicazioni bibliografiche in tema cfr. A. CONTINI, *La forza cognitiva della metafora*, cit., 26 s.

²¹ G. LAKOFF-M. JOHNSON, *Metaphors We Live by*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, trad. it. Id., *Metafora e vita quotidiana*, Bompiani, Milano 1998.

²² Cfr. A. CONTINI, *La forza cognitiva della metafora*, cit., 30.

²³ G. LAKOFF, *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago, The University Chicago Press, 1987, 276.

²⁴ G. LAKOFF-M. JOHNSON, *Metaphors We Live by*, cit., 21 ss. e 61 ss.

²⁵ Cfr. M. CASTELLS, *Communication Power*, Oxford, Oxford University Press, 2009, trad. it. Id., *Comunicazione e Potere*, e-book, Milano, Università Bocconi Editore, 2017, cap. 3.

²⁶ Cfr., in particolare, G. LAKOFF, *The Political Mind: Why You Can't Understand 21st-century Politics with an 18th-century Brain*, New York, Viking, 2008, trad. it. Id., *Pensiero politico e scienza della mente*, Milano, Mondadori, 2009.

²⁷ M. CASTELLS, *op. et. loc. cit.*

linguaggio alle teorie dell'argomentazione e dell'interpretazione, costituiscono passaggi cruciali della nostra indagine.

3. *Segue: b*) la funzione costitutiva della metafora nella realtà giuridica

Il secondo presupposto teorico dell'analisi trova un'espressione efficace nelle parole di Alessandro Giuliani, secondo cui «tutta la storia del pensiero giuridico potrebbe essere studiata, dal punto di vista del linguaggio, come un susseguirsi di metafore»²⁸. Nota è, del resto, l'affermazione di Schmitt secondo cui i termini più pregnanti della dottrina dello Stato (a cominciare dalla categoria del «legislatore onnipotente», che deriverebbe da quella di «Dio onnipotente») sarebbero concetti teologici secolarizzati²⁹, o, meglio, secondo la più cauta (e, ai nostri fini, più produttiva) ricostruzione di Blumenberg, frutto di processi di concettualizzazione metaforica³⁰.

La *finzione metaforica*, nel campo del diritto, ha svolto e continua a svolgere un ruolo insostituibile. La costruzione di molte categorie e istituti giuridici ha avuto luogo, infatti, attraverso processi metaforici: si pensi al concetto di persona giuridica (e alla peculiare persona dello Stato) o al sistema dei titoli di credito, che, com'è stato osservato, è stato

²⁸ A. GIULIANI, *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 379, il quale aggiunge che «basterebbe esaminare una qualsiasi delle controversie della scienza giuridica per vedere come le diverse soluzioni siano condizionate dalle metafore accettate, dalle similitudini, dal ricorso all'esempio», per il cui il lavoro del giurista non sarebbe altro che «correzione di metafore, chiarificazione del linguaggio».

Sul pensiero di Giuliani riguardo al ruolo delle metafore nel diritto cfr. A. CERRI, *Logica, argomentazione, processo: il fecondo rovello di Alessandro Giuliani*; G. REPETTO, *Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*; A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani e lo studio comparativo del diritto costituzionale*, tutti pubblicati in F. CERRONE-G. REPETTO (cur.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012, rispettivamente 373 ss., 552 ss. e 687 ss.; di Cervati v. anche *Il pensiero giuridico di Alessandro Giuliani e il diritto costituzionale*, in F. TREGGIARI (cur.), *Per Alessandro Giuliani*, Perugia, Università degli Studi di Perugia, 1999, 17 ss. Sul ruolo delle metafore nel linguaggio giuridico cfr. anche A. VESPAZIANI, *Per un'ermeneutica della metafora giuridica*, in A. CERRI-P. HÄBERLE- I.M. JARVAD-P. RIDOLA-D. SCHEFOLD (cur.), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati*, t. V, Roma, Aracne, 2010, 227 ss.

Più ampiamente, in tema, cfr. C. SARRA, *Lo scudo di Dioniso. Contributo allo studio della metafora giuridica. Principi di filosofia forense*, Milano, Franco Angeli, 2010.

²⁹ C. SCHMITT, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Zweite Auflage, München-Leipzig, Verlag von Duncker&Humblot, 1934, trad. it. Id., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 1972, 61.

³⁰ H. BLUMENBERG, *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1966, trad. it., Id., *La legittimità dell'età moderna*, Genova, Marietti, 1992, eseguita sulla seconda ed. riv. e ampliata del 1974, ora in Id., *L'enigma della modernità. Epistolario 1971-1978 e altri scritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 32 ss. Secondo tale A., «dietro l'affermazione secondo la quale i concetti pregnanti della moderna teoria dello Stato sarebbero concetti teologici secolarizzati», si scorgerebbe «più una tipologia dualistica di situazioni che una intuizione storica, mentre Carl Schmitt abbraccia questa visione spiegando che questi concetti sarebbero "passati alla dottrina dello Stato dalla teologia"». Per Blumenberg, pertanto, si tratterebbe di analogie, e non di trasposizioni: «se ogni ricorso metaforico al patrimonio lessicale dinastico della teologia fosse "secolarizzazione" nel senso di una trasformazione, allora ci troveremmo immediatamente davanti a una massa di forme secolarizzate, la cui denominazione dovrebbe essere "Romanticismo"» (36).

costruito attraverso una serie d'invenzioni metaforiche³¹, o ancora alla categoria della «fonte del diritto»³²; ma l'elenco degli esempi potrebbe essere molto più lungo.

Quel che merita soprattutto sottolineare è però il ruolo *costitutivo della realtà giuridica* che le metafore hanno svolto e continuano a svolgere, specie attraverso la loro trasformazione in finzioni del diritto (esempio emblematico è proprio quello della persona giuridica, che, nata come una metafora letteraria, si è successivamente tramutata in una *fictio*, grazie alla dottrina ecclesiastica del *corpus mysticum*)³³. Una funzione, quest'ultima, che solleva questioni che non è possibile qui nemmeno sfiorare, come quelle relative allo statuto epistemologico e alla natura dell'oggetto della scienza giuridica³⁴.

Benché l'aspetto "finzionale" risulti consustanziale alla stessa realtà giuridica, tuttavia, l'impiego del linguaggio metaforico e figurato nelle argomentazioni degli operatori del diritto (soprattutto in quelle dei giudici) non è sempre stato accolto in modo favorevole. Così, ad esempio, nel dibattito nordamericano, Posner ha affermato che «*analogies can be suggestive, like metaphors, similes and parallele plots in literature - devices that analogies resemble. [...] But analogies cannot resolve legal disputes intelligently. To say that something is in some respects like something else is to pose questions rather than answer them*»³⁵. E prima di lui, Cardozo, nei panni di giudice, aveva sostenuto che «*methaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it*»³⁶ (ed è singolare che Cardozo, nell'esprimere tale condanna nei confronti delle metafore, lo avesse fatto ricorrendo all'uso di una doppia metafora, quella appunto della liberazione del pensiero e quella della riduzione a schiavitù dello stesso).

Più in generale, la creazione di nuove finzioni da parte dei giudici viene vista con sospetto da diversi studiosi angloamericani, in quanto tale attività metterebbe a rischio quel «*judicial candor*» che dovrebbe caratterizzare, in tesi, i procedimenti decisionali di giudici e Corti³⁷.

Anche senza approdare necessariamente a visioni estremistiche sulla "purezza" delle decisioni giudiziarie rispetto ad ogni possibile influenza proveniente da fattori politico-sociali esterni, non sembrano potersi trascurare, tuttavia, le questioni suscitate dall'uso (e dall'abuso) di costruzioni metaforiche da parte degli organi giudiziari soprattutto in ambiti, come quello di Internet, caratterizzati da un'elaborazione concettuale recente e ancora molto incerta. Del resto, dall'analisi di alcuni casi giurisprudenziali emblematici (sui quali ci si soffermerà nei prossimi paragrafi) emerge la notevole distanza che separa le decisioni di organi giudiziari che metaforizzano in modo diverso il mondo del *web*.

³¹ Cfr. F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, ed. e-book, Bologna, il Mulino, 2011, spec. cap. II.

³² Sulle ambiguità provenienti dall'uso metaforico della parola «fonte» cfr. E. PARESCHE, *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XVII (1968), 893 ss.

³³ Ne ricostruisce ora il percorso E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2013, 285 s., al cui approfondito studio si rinvia. In tema di metafore, finzioni e miti nella dimensione giuridica di grande interesse è anche il lavoro di E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Milano, Giuffrè, 2004.

³⁴ Su tali aspetti sia consentito rinviare ad A. MORELLI, *Come lavora un costituzionalista?*, cit., 513 ss. e *Id.*, *Comparazione e ipotesi scientifiche*, cit. 1 ss.

³⁵ R.A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, US, Harvard University Press, 2008, 181.

³⁶ *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 155 N.E. 58, 61 (N.Y. 1926).

³⁷ D.L. SHAPIRO, *In Defense of Judicial Candor*, in 100 *Harv. L. Rev.*, 1986-1987, 731, e P.J. SMITH, *New Legal Fictions*, in 95 *Geo. L. J.*, 2006-2007, 1484.

4. Segue: c) la prospettiva del *judicial frame*

La terza premessa teorica è, come si accennava, la traslazione della categoria del *frame*, elaborata nell'ambito degli studi cognitivi, alla dimensione dello *ius dicere*. In tale prospettiva, per *judicial frame* si vuole intendere la struttura espressiva e, più ampiamente, il contesto di riferimento entro cui si colloca l'argomentazione giudiziaria. Un'operazione concettuale, questa, utile a far emergere come la scelta di un determinato *judicial frame*, per un giudice che si ponga il problema di come un diritto debba essere tutelato nella transizione dal mondo degli atomi a quello dei *bit*, e la connessa opzione per un punto di vista "esterno" o "interno" rispetto al *novum* tecnologico siano in grado di determinare bilanciamenti diversi e soluzioni anche molto distanti per casi sostanzialmente analoghi (se non identici).

Come emergerà dall'analisi della casistica giurisprudenziale, lo studio dei *judicial frames* appare necessario per almeno due ordini di motivi.

Da un lato, come si è detto, i costrutti metaforici, nelle argomentazioni degli organi giudiziari, operano, per usare, ancora una volta, una metafora, come "veicoli" idonei a condurre verso aree concettuali e contesti valoriali diversi. Dietro ogni metafora c'è un mondo di concetti logicamente interrelati e la scelta di un mondo concettuale anziché di un altro è frutto di una precisa opzione assiologica del decisore. L'analisi dei *judicial frames* di riferimento e dei domini concettuali di origine e di destinazione delle traslazioni metaforiche consente non soltanto di ricostruire con esattezza i percorsi argomentativi dei procedimenti decisionali giudiziari, ma anche di misurare con maggiore precisione l'aderenza (o la distanza) delle pronunce adottate rispetto agli orientamenti precedentemente seguiti dagli stessi decisori o da altri che si siano pronunciati su questioni identiche o analoghe. La concettualizzazione metaforica, come si è detto, è un'attività necessaria alla risoluzione delle controversie giudiziarie nella dimensione del *web*, che, da questo punto di vista, costituisce un campo d'indagine di grande interesse. Lo studio delle modalità di svolgimento di tale attività offre, dunque, elementi preziosi per la ricostruzione delle attuali tendenze seguite dalle giurisdizioni supreme delle democrazie contemporanee.

Dall'altro lato, sul versante delle dinamiche inter-istituzionali e ordinamentali, l'analisi delle concettualizzazioni metaforiche di Internet da parte delle Corti supreme offre elementi utili al dibattito da tempo in corso sui rapporti tra decisori politici e organi giudiziari. Anche in tale prospettiva si giustifica la scelta, che si è fatta in questa sede, di comparare orientamenti giurisprudenziali relativi a un diritto centrale per gli ordinamenti democratici contemporanei qual è la libertà di espressione.

5. Metafore, *frames* e punti di vista nei discorsi relativi alla tutela dei diritti in Internet

Per provare a esemplificare quanto sostenuto fino ad ora e fare dunque emergere la connessione tra linguaggio metaforico, *judicial frame* e tutela dei diritti fondamentali in ambito digitale può essere utile mettere a confronto due brani.

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

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

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

I due brani apparentemente hanno pochissimo in comune. Nel primo caso si tratta di giudici italiani (la Cassazione a Sezioni Unite)³⁸ che si pronunciano, nel gennaio 2015, su una specifica questione legata all'applicazione a Internet (e in particolare alle riviste telematiche ed elettroniche) di regole originariamente previste per la carta stampata.

Nel secondo caso, si tratta di un altro giudice, Frank Easterbrook³⁹, che però scrive nella sua "capacità accademica", in occasione di un convegno a Chicago, dedicato al nascente *cyberspace* (ritorneremo su questa metafora costitutiva), e si chiede ironicamente, nel 1995, alle origini del *web*, che senso abbia parlare di «diritto dei cavalli» quando basterebbe riferirsi al genere «diritto degli animali», e propone di non adottare alcun *novum* regolamentare per il mondo dei *bit* ma, semplicemente, di applicare al nuovo ambiente tecnologico, secondo una scelta di buon senso, le regole giuridiche tradizionali del mondo degli atomi.

In realtà, però, pur nella loro diversità, i due brani evidenziano il medesimo dilemma in cui si trovano operatori, interpreti, ma anche legislatori quando devono "trasferire" alcune categorie, non solo giuridiche, dal campo analogico a quello digitale. La scelta è fra la traslazione e la traduzione *sic et simpliciter* delle categorie tradizionali al nuovo contesto tecnologico e la necessità di ripensare e rimodulare le stesse categorie per l'esigenza di adeguarle (manipolandole) ad uno scenario tecnologico completamente diverso.

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

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

Nel secondo caso, invece, emerge dalle parole di Easterbrook una cornice valoriale, un *frame* di resistenza alla tecnologia emergente che si concretizza nella proposta di una mera traslazione applicativa dello strumentario giuridico tradizionale allo scenario digitale. Ma, tanto in un caso quanto nell'altro, sia quando si propone una rilettura (anche manipolativa) delle regole esistenti in forza del mutamento del fattore tecnologico⁴⁰, sia invece quando si propende per una semplice traslazione di dette regole dal piano materiale a

³⁸ Cass. pen., SS. UU., 17 luglio 2015 (ud. 29 gennaio 2015), n. 31022.

³⁹ F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 207, 1996.

⁴⁰ P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, Relazione al convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 su *Costituzionalismo e globalizzazione*, Associazione Italiana Dei Costituzionalisti, Napoli, Jovene, 2014, 43-82.

quello immateriale, l'interprete, e specialmente il giudice, non può fare a meno di esercitare la sua *legal imagination*, per dirla con James Boyd White⁴¹.

È evidente che, qualunque sia la soluzione adottata, il giudice in generale, e quello costituzionale (o supremo) in particolare, sembra svolgere un ruolo molto delicato, perché deve scegliere, per usare le parole di Sunstein⁴² tra «*constitutional traslation and constitutional caution*», ovvero decidere se tradurre i valori che stanno dietro i principi costituzionali originari attraverso un'interpretazione tecnologicamente orientata dei parametri rilevanti, in modo da consentirne un'estensione alle nuove esigenze emerse con l'evolvere dell'evoluzione tecnologica o se, invece, preferire un approccio di *self-restraint*, lasciando questo compito al decisore politico. In altri termini, si tratta di capire se sia di *judicial deference* o di *judicial activism* l'atteggiamento più opportuno in questi casi, anche considerando la non trascurabile questione, su cui si tornerà nelle notazioni conclusive, del rapporto tra politica e giurisdizione nel contesto del diritto digitale.

Nell'ambito qui considerato, appare utile il già richiamato concetto di *frame* proposto da Lakoff, che esprime un uso costitutivo della metafora in forza del quale quest'ultima è il punto focale di un *contesto* che ne costituisce l'indispensabile *cornice*.

L'utilità ai nostri fini della nozione di *frame* è evidente: trasferendo tale concetto dall'ambito della teoria del linguaggio e delle scienze cognitive a quello delle teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione, e quindi individuando, come sottocategoria del *frame*, quella del *judicial frame*⁴³, è possibile fare emergere quali opzioni valoriali di base facciano da cornice all'utilizzo di una specifica metafora da parte delle Corti e costituiscano il fondamento di una determinata operazione di *judicial balancing*.

Apparentemente – ma vedremo tra un momento come lo scenario sia molto più complesso –, sembrerebbero esserci due sole opzioni argomentative: da una parte, quella di ricontestualizzare i parametri rilevanti, creando nuovi *frames*, alla luce dell'ambiente tecnologico; dall'altra parte, quella di adottare un atteggiamento di *judicial deference* nei confronti del legislatore. Quest'ultima è la soluzione sostenuta, ad esempio, da Lessig: «*My sense is that, knowing nothing, or at least not very much, terrified by the threats of which they don't know, these judges will defer to democratic authority*»⁴⁴.

Rimane però un problema: il giudice deve decidere il caso che gli è sottoposto, non ha molta scelta. Emblematico a questo proposito quanto Justice Kennedy scrive nella sua *dissenting opinion* nel caso *Denver Area Educational Telecommunications Consortium*⁴⁵, avente ad oggetto la regolamentazione della televisione via cavo e deciso nel 1996 dalla Corte Suprema statunitense. Quest'ultima, nel caso di specie, è arrivata a dire, con riferimento al fattore tecnologico (a quel tempo nuovo), «*we don't know yet, but here's the best we can*». Kennedy incalza i giudici di maggioranza sostenendo che «*doubt and caution may be reasons for the Supreme Court not to take a case, but once taken, it is hard to accept the attitude of the Court to not decide. This is why metaphors and analogies to other areas of our First Amendment case law become a responsibility, rather than the luxury the plurality considers them to be*». In altri termini, il caso va deciso, in qualche modo il fattore tecnologico va affrontato, ed è qui che il *frame*, inteso dagli scienziati del linguaggio come la

⁴¹ J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, 2ed edition, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1985.

⁴² C.R. SUNSTEIN, *Constitutional Caution*, in *University of Chicago Legal Forum*, Iss. 1, Article 11, 1996.

⁴³ A. SAJO, C. RYANN, *Judicial reasoning and new technologies: framing, newness, fundamental rights and the internet*, in O. POLLICINO, G. ROMEO (cur.), *Internet and Constitutional Law, The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London, Routledge, 2016, 3 ss.

⁴⁴ L. LESSIG, *Reading the Constitution in Cyberspace*, in *Emory Law Journal* 45(3), 1996, 874.

⁴⁵ *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).

struttura cognitiva designata per facilitare la comprensione, diventa *judicial frame* e tecnica argomentativa grazie alla quale persuadere attraverso metafore o applicazioni analogiche, ossia mediante uno spostamento dal prototipo familiare al nuovo contesto tecnologico.

La distinzione che sembra doversi applicare, al riguardo, è quella tra un *frame* di resistenza alla tecnologia, da una parte, e uno di apertura al fattore tecnologico, dall'altra. Cornici valoriali che possono sintetizzarsi in ostilità o inclinazione a riconoscere, per un verso, o a negare, per un altro, il *novum* della tecnologia in oggetto rispetto al passato, quindi ragionare, rispettivamente, in termini di discontinuità o di continuità rispetto allo *status quo*.

In ogni caso, qualunque sia il *frame* prescelto, sia che esso vada nel senso del riconoscimento di una continuità o in quello di una discontinuità rispetto all'assetto tecnologico preesistente, l'operazione in esame non è mai neutrale, perché condizionata da un'altra importante alternativa, spesso sottovalutata nella ricostruzione della rappresentazione del giudice di fronte al fattore tecnologico: la possibilità che egli adotti, per riprendere la contrapposizione tra punto di vista esterno ed interno di matrice hartiana (ma nella più pregnante accezione di MacCormick), una prospettiva interna alla nuova tecnologia o invece una esterna a quest'ultima. Una tale contrapposizione tra punto di vista esterno ed interno al *novum* tecnologico emerge già, *ante litteram*, rispetto alla nascita di Internet, con riguardo al mezzo telefonico, nella decisione *Olmstead*⁴⁶, della Corte Suprema e, in particolare, nella *dissenting opinion* di Justice Brandeis. Secondo l'opinione di maggioranza, l'utilizzo di intercettazioni telefoniche ottenute da agenti federali senza alcuna autorizzazione da parte del giudice e poi utilizzate quali prove in dibattimento non violava il IV Emendamento in quanto «*listening to a private telephone conversation did not require a physical search or entry into a person's private space*». Il *judicial frame* che caratterizza la *dissenting opinion* di Brandeis è invece di natura contraria e insiste per un riconoscimento della discontinuità tecnologica tra l'allora nuovo mezzo e lo *status quo* e quindi propende per una interpretazione tecnologicamente orientata di *seizure* e *search*, alla base, come è noto del IV Emendamento⁴⁷.

Perché *frames* così diversi sono assunti da giudici che compongono, nello stesso momento, la medesima Corte? La differenza potrebbe spiegarsi, come si è accennato, proprio applicando la distinzione tra la prospettiva interna di chi fa parte del gioco rispetto a quella esterna dell'*outsider*. In fondo, mentre la maggioranza della Corte in *Olmstead* si pone in una prospettiva esterna, anche spazialmente, rispetto a chi è coinvolto in una conversazione telefonica, Brandeis, al contrario, elabora, da *internal player* (e non da *outsider*) il suo *judicial frame* guardando al nuovo (allora) mezzo tecnologico da una prospettiva interna allo stesso, e concependo la rete telefonica come un mezzo privilegiato per creare un «*virtual closet*, in cui i segreti», utilizzando le stesse parole di Brandeis, «possono essere sussurrati». Sulla base di tale cornice valoriale, strutturalmente differente rispetto a quella che si è vista caratterizzare il *frame* dell'opinione di maggioranza, Brandeis non ha difficoltà a concludere che, seppure non *physical*, vi è stata comunque un'intrusione, se non nella proprietà, in ogni caso nella sfera privata dei soggetti intercettati, che ha portato alla violazione del IV Emendamento.

Se la possibile contrapposizione tra prospettiva esterna e prospettiva interna, con riguardo all'identificazione del *novum* tecnologico, emerge sicuramente prima di Internet, è

⁴⁶ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

⁴⁷ Il IV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*».

con l'esplosione del *web* che tale contrapposizione trova il suo *habitat* privilegiato, nel quale maggiormente si manifesta la dialettica tra apertura e resistenza a detto *novum*. Il che non può stupire. Non è un caso, infatti, che Internet sia l'unico *medium* dotato di una propria metafora spaziale costitutiva: il *cyberspace*. Questo perché, a differenza delle altre tecnologie, il contesto, la cornice di riferimento, ha una natura talmente costitutiva e autosufficiente da poter competere con la realtà fisica, tanto da spingere il giudice che si trovi a dover applicare il diritto in Internet a compiere una scelta tra quale prospettiva caratterizzare il suo *judicial frame*.

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

6. La libertà di espressione in Internet secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

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

Prendendo le mosse dall'analisi della casistica giurisprudenziale relativa all'art. 10 della Convenzione europea⁴⁸, si deve in primo luogo riconoscere che il perimetro della protezione garantita da questa disposizione è stato definito nel mondo degli atomi, e quindi *offline*, in modo ampio dalla Corte di Strasburgo, che ha segnato, sin dai casi *Handyside c. Regno Unito*⁴⁹ e *Jersild c. Danimarca*⁵⁰, alcuni importanti punti fermi.

⁴⁸ L'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo recita: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

⁴⁹ Corte EDU, 7 dicembre 1976, n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*.

⁵⁰ Corte EDU, 23 settembre 1994, n. 15890/89, *Jersild c. Danimarca*.

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

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

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

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

Rispetto al *judicial frame* che si è descritto con riferimento alla protezione apprestata dalla Corte di Strasburgo alla protezione della libertà di espressione e d'informazione nel mondo degli atomi, quale cornice valoriale sembra invece emergere nella giurisprudenza della stessa Corte quando la medesima libertà è al contrario esercitata nel mondo dei *bit*?

Guardando alle decisioni in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di ricorsi occasionati da presunte violazioni della libertà di espressione in Internet, si nota un'inclinazione a rimodulare quella portata espansiva che aveva contraddistinto la precedente giurisprudenza sulle applicazioni dell'art. 10 in ambiente analogico. Questa nuova modulazione dell'ambito e della portata della libertà di espressione in rete sembra radicarsi nel convincimento che l'utilizzo delle tecnologie digitali presenti un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi con cui l'esercizio della libertà di

parola deve confrontarsi⁵¹. Beninteso, il carattere “relativo” e “cedevole” rispetto a operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU non costituisce certo una novità, ma questo carattere appare accentuato nella giurisprudenza relativa alla dimensione di Internet.

Questa lettura per così dire “restrittiva” conosce i suoi prodromi nella pronuncia *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*⁵² del 2011, in cui la Corte ebbe modo di argomentare che: «*The Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned*».

A differenza della Corte Suprema che, come si vedrà, nella sentenza *Reno v. ACLU*⁵³ del 1997 ha da subito messo in luce il potenziale che la Rete possiede in riferimento ad una possibile espansione (definita “fenomenale”) dello spazio di esercizio della libertà di pensiero, la Corte europea è parsca, in questa pronuncia, preoccupata soprattutto della criticità dell'uso del mezzo Internet e dei rischi connessi a una lesione più significativa di altri diritti fondamentali che potrebbero scontrarsi con la libertà di espressione e d'informazione.

Occorre poi ricordare che, come evidenziato in precedenza, la Corte europea ha da sempre indicato nella libertà di espressione, e in particolare nella libertà di stampa, una sorta di cartina di tornasole (il “cane da guardia”) del livello di democrazia di un ordinamento. Sembra che anche questo portato consolidato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia stato rivisitato. Dapprima, nella sentenza *Stoll c. Svizzera*⁵⁴ del 2007, la Corte è parsca convalidare l'imposizione di obblighi più stringenti in capo ai giornalisti nel caso di utilizzo di Internet rispetto alla carta stampata: «*The safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism [...] These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance*». Inoltre, un indirizzo analogo trova conferma nella pronuncia *KU c. Finlandia*⁵⁵ del 2008: «*Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be*

⁵¹ O. POLLICINO-M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. SAVIN-J. TRZASKOWSKI (eds.), *Research Handbook On EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2014, 508 ss.; in tema cfr. anche P. COSTANZO, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista*, in *DPCE on line*, 3/2017, 767 ss.

⁵² Corte EDU, 5 maggio 2011, n. 33014/05, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*.

⁵³ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

⁵⁴ Corte EDU (Grande Camera), 10 luglio 2007, n. 69698/01, *Stoll c. Svizzera*.

⁵⁵ Corte EDU, 2 dicembre 2008, n. 2872/02, *KU c. Finlandia*.

respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context. Such framework was not, however, in place at the material time, with the result that Finland's positive obligation with respect to the applicant could not be discharged».

Non si deve, naturalmente, dimenticare che le decisioni della Corte europea riposano in larga parte sulla specificità delle singole situazioni che hanno occasionato, di volta in volta, i ricorsi. Il che induce a ridimensionare o comunque a non sopravvalutare la portata di pronunciamenti all'apparenza radicali. Tale discorso vale, per esempio, per il caso *Delfi AS c. Estonia*⁵⁶, una decisione della Grande Camera del 2015 che pure conferma la linea di tendenza descritta finora, incline a validare, con maggior favore, possibili limitazioni della libertà di espressione *online* (basti, tra tutti, questo inciso: «*Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online*»).

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

Va detto che la stessa vicenda sarebbe stata verosimilmente giudicata in altro modo dalla Corte di giustizia, il cui scrutinio però si sarebbe fondato su criteri diversi rispetto a quelli adottati da un giudice dei diritti fondamentali come la Corte di Strasburgo, appuntandosi all'opposto sul tema dell'eventuale responsabilità del gestore del portale *online* e dunque sull'applicazione della Direttiva 2000/31/CE. La sentenza in parola è senz'altro problematica e difficile da conciliare con il diritto dell'Unione europea: al netto della necessità di adottare una prospettiva d'indagine non fuorviante (il *thema decidendum* qui era se l'imposizione di un risarcimento in forma pecuniaria, di entità ridotta, potesse configurare una violazione ingiustificata dell'art. 10 della Convenzione europea, e non la compatibilità di tale opzione con la Direttiva 2000/31/CE), la sentenza apre uno spiraglio rispetto alla possibilità d'imputare all'editore di un portale contenuti illeciti pubblicati da terzi al verificarsi di determinate circostanze.

Tali indicazioni emergono soprattutto se si confronta la portata della sentenza *Delfi* con quella, di alcuni mesi successiva, che ha visto la Corte di Strasburgo prendere nuovamente posizione su un caso analogo, seppure con esito differente, nella sentenza *MTE c. Ungheria*⁵⁷. La vicenda non presentava sostanziali differenze, in quanto il ricorso era diretto a provocare uno scrutinio sulla compatibilità con l'art. 10 della Convenzione europea della condanna comminata al gestore di un portale d'informazione a causa dei commenti diffamatori riportati da terzi, in forma anonima, ossia tramite l'utilizzo di pseudonimi, in calce a una notizia pubblicata sul giornale. La Corte di Strasburgo è giunta, come precisato, a una

⁵⁶ Corte EDU (Grande Camera), 16 giugno 2015, n. 64569/09, *Delfi AS c. Estonia*.

⁵⁷ Corte EDU, 2 maggio 2016, n. 22947/13, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.Hu Zrt c. Ungheria*.

pronuncia di segno opposto, nel senso della sussistenza di una violazione dell'art. 10, allontanandosi così dal suo precedente in *Delfi*. Secondo la Corte, i due casi si differenziano a causa della natura dei commenti offensivi e del loro diverso disvalore: in *Delfi*, infatti, i contenuti inseriti da terzi presentavano una particolare carica offensiva al punto di configurare una forma di *hate speech*, essendo essi connotati da toni incitanti alla violenza e all'odio razziale; tale connotazione, che per la Corte sembra provocare una maggiore attrazione di utenti, non si ritrova invece nel caso *MTE* ed è proprio la carenza di questo attributo di manifesta illiceità a giustificare un diverso atteggiamento nei confronti dell'*Internet service provider*.

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

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

Anzitutto, nella decisione sul caso *Ashby Donald e altri c. Francia*⁵⁸ del 2013 era in discussione se la previsione di una sanzione pecuniaria in relazione alla pubblicazione in un sito Internet di alcune fotografie realizzate da alcuni fotografi professionisti in occasione di un evento, senza il consenso della casa di moda, integrasse o meno una violazione dell'art. 10 della Convenzione europea. La risposta del giudice di Strasburgo è stata negativa, dal momento che l'interferenza sull'esercizio della libertà di espressione è stata ritenuta giustificata, anche alla luce della natura commerciale delle forme di espressione in discorso, per la cui disciplina gli Stati contraenti dispongono di un margine di apprezzamento più ampio rispetto ad altri ambiti.

Altro caso significativo è quello che ha tratto origine dalla condanna dei gestori del portale The Pirate Bay per violazione delle norme svedesi sulla tutela del diritto d'autore⁵⁹. Chiamata a pronunciarsi sul ricorso contro la condanna, la Corte ha rilevato che: «*Since the Swedish authorities were under an obligation to protect the plaintiffs' property rights in accordance with the Copyright Act and the Convention, [...] there were weighty reasons for the restriction of the applicants' freedom of expression*».

7. Segue: ... e secondo quella della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America

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

Questo atteggiamento trova emersione nella cornice valoriale adottata dalla Corte Suprema, incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in materia l'inedita dimensione libertaria

⁵⁸ Corte EDU, 10 aprile 2014, n. 36769/08, *Ashby Donald e altri c. Francia*.

⁵⁹ Corte EDU, 13 marzo 2013, n. 40397/12, *Fredrik Neij e Peter Sunde Kolmisoppi c. Svezia*.

del fenomeno Internet. Da subito, agli occhi della Corte Suprema statunitense, Internet offre coordinate e spazi nuovi per l'esercizio della libertà di parola, ai quali occorre guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in *Reno v. ACLU*, di mutuare dalla celebre *dissenting opinion* di Justice Holmes l'utilizzo della metafora del *free marketplace of ideas*, la cui perdurante rilevanza, come si dirà oltre, potrebbe essere messa in discussione alla luce dei cambiamenti che hanno interessato Internet nel corso dei suoi primi anni di vita.

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

La Corte Suprema accoglie la metafora del libero mercato delle idee, anzi la esalta individuando in Internet un terreno elettivo peculiare dove questo libero scambio conosce un'eccezionale espansione.

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

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

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

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

Si coglie così un *judicial frame* tendenzialmente opposto a quello che ha contraddistinto le Corti europee, che anziché cavalcare Internet come volano della libertà di manifestazione del pensiero, ne hanno percepito e soppesato soprattutto la portata critica per l'esercizio di diritti concorrenti.

8. Punti di vista e *frames* a confronto

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

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

Confrontiamo questi passaggi con quanto emerge dalle decisioni che si sono richiamate in precedenza, sempre meno rare negli ultimi tempi, in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità al parametro convenzionale fornito dall'art. 10 della Convenzione europea dei limiti imposti, dallo Stato convenuto, all'esercizio, su

Internet, della libertà di espressione del ricorrente. Dall'analisi, come si è cercato di dimostrare, è possibile identificare un *judicial frame* volto a una rimodulazione ed un'attenuazione della portata espansiva della protezione accordata dall'art. 10 rispetto all'amplicissimo ambito di tutela, prima ricordato, che la libertà di espressione si è vista riconoscere in ambiente analogico. Rimodulazione e attenuazione la cui elaborazione più compiuta si trova forse, per la prima volta, nel 2011, allorché la Corte EDU ha avuto modo di affermare che «*the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned*»⁶⁰.

È evidente come la Corte di Strasburgo, nel passaggio considerato, abbia accentuato, più che i vantaggi di un'ulteriore amplificazione, sul *web*, dell'esercizio della libertà di espressione, come fa invece la Corte Suprema, i rischi che una tale amplificazione – attraverso uno strumento tecnologico che sfugge, almeno *prima facie*⁶¹, al controllo degli Stati – può avere nei confronti di una tutela effettiva di diritti e altre libertà che, sullo stesso *medium*, possono trovarsi, volta per volta, in contrasto.

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

A differenza del *digital distrust*, della sfiducia nella nuova tecnologia che emerge dalla giurisprudenza della Corte europea, è evidente come il *frame* alla base della giurisprudenza richiamata della Corte Suprema sia di fiducia incondizionata nel mezzo che viene considerato in grado di ulteriormente amplificare il portato di libertà insito nel I Emendamento⁶².

Ai fini della presente analisi, occorre sottolineare come la necessità di esaminare il *novum* del mezzo tecnologico, comparandolo ai media tradizionali, assuma una valenza diversa a seconda del *frame* di riferimento. Nel caso della Corte Suprema, in nome di quella cornice valoriale di fiducia per “la novità” del *web*, l'originalità del mezzo tecnico è richiamata per sostenere l'esigenza di una minore intrusività regolamentare nei confronti della rete rispetto all'assetto regolatorio caratterizzante il regime televisivo; nel secondo caso, al contrario, il medesimo argomento è richiamato per giustificare l'intrusione maggiore da parte degli Stati nei confronti della libertà di espressione quando è esercitata su Internet rispetto a quando è esercitata, ad esempio, sulla carta stampata. Tutto questo in nome di quel *frame* connotato da una sostanziale sfiducia per la nuova tecnologia e dalla preoccupazione per la

⁶⁰ Si veda ancora *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, § 63.

⁶¹ J. GOLDSMITH-T. WU, *Who controls internet? Illusions of a Borderless World*, New York, Oxford University Press, 2006.

⁶² Il I Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».

potenziale amplificazione del rischio che su Internet altri diritti in contrasto con la libertà di espressione possano essere maggiormente lesi rispetto a quanto può capitare nel mondo degli atomi.

9. Scelta del *frame*, creatività giurisprudenziale e ruolo istituzionale degli organi giudiziari: notazioni conclusive

Nei casi analizzati, la selezione del *frame*, di un contesto valoriale ad alta matrice figurativa, entro il quale collocare la definizione delle controversie, non corrisponde semplicemente all'uso di un espediente retorico-argomentativo utile a persuadere l'uditorio circa la bontà della decisione adottata. Al contrario, si è visto come tale scelta abbia delle immediate ricadute sulle modalità con cui il giudice si rapporta al *novum* tecnologico e, in ultima analisi, sull'esito del bilanciamento tra diritti e libertà che si fronteggiano in rete.

Ma anche metafore come quella che descrive Internet come *a new free marketplace of ideas* e il diritto del *web* come *Law of the Horse* sono in grado, grazie alla loro capacità esplicativa e immaginifica, d'incidere fortemente sul *frame* di riferimento, condizionando per forza di cose l'ambito della cornice valoriale che viene utilizzata dal giudice o dal decisore di turno. Se, infatti, come si è visto, il richiamo al «mercato libero delle idee» per definire il portato espansivo della tecnologia digitale riflette una visione della Corte Suprema che amplifica, se possibile ulteriormente rispetto a quanto accade nel mondo degli atomi, la componente di sconfinata libertà di espressione che connota il I Emendamento quando tale libertà è esercitata sul *web*, al contrario il provocatorio riferimento al diritto dei cavalli da parte di Easterbrook fa emergere un'attitudine opposta di non completa accettazione (se non rifiuto) del *novum* tecnologico, tipica di chi guarda ad Internet da un punto di vista esterno, quello della realtà analogica.

La libertà di cui, di fatto, dispongono le Corti, nella dimensione digitale, di scegliere il cosmo metaforico idoneo ad offrire i parametri decisivi ai fini della risoluzione delle controversie ad esse sottoposte offre ulteriori elementi di discussione al dibattito, da tempo in corso sia nel contesto nordamericano sia in quello europeo, sul ruolo istituzionale degli organi giudiziari⁶³. Si tratta di questioni fin troppo note, sulle quali, pertanto, non è necessario intrattenersi oltre, e che possono essere in buona misura ricondotte a una obiezione da più parti mossa circa la presunta carenza di legittimazione democratica di un potere decisorio dai confini così ampi ed evanescenti.

⁶³ In generale, sul ruolo crescent dei giudici in Europa cfr. A. ROSAS, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1, 2; in una prospettiva più ampia v. R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2004; J. ALLARD-A. GARAPON, *Les juges dans le mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005, trad. it. ID., *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, Liberilibri, 2006; in tema, anche G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, cit., 919 ss.; A. RIDOLFI, *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti*, in *Riv. AIC*, 3/2016, 1 ss.

D'altra parte, è innegabile che oggi le Corti occupino una posizione privilegiata, all'interno dei rispettivi ordinamenti, per identificare i rischi di collisione di portata costituzionale tra diritti, in particolare con riferimento all'identificazione dello standard più elevato di tutela dei medesimi diritti in gioco e, conseguentemente, per intervenire, appunto attraverso lo strumento del dialogo, al fine di evitare il rischio di una "collisione" intercostituzionale e per migliorare la qualità dell'interazione tra ordinamenti.

Tutto ciò, ed è il punto più rilevante ai nostri fini, sembra ancora più vero per quella specifica interazione tra Corti che si ha nel campo di Internet, in cui il rischio di collisione cui prima si faceva riferimento è ancor più elevato, per almeno due ragioni, una di carattere sostanziale, l'altra di natura procedurale.

Con riguardo alla prima ragione, da un parte, il continuo e vorticoso mutamento dello scenario tecnologico rilevante e, dall'altra, la natura per molti versi (anche se non tutti, come invece spesso si tende a credere) transnazionale della rete amplificano a dismisura le difficoltà, già emergenti in altri campi d'esperienza, da parte dei legislatori nazionali (ma anche a livello normativo sovranazionale) di apprestare una tutela normativa anche solo minima, in grado di far fronte alle questioni più rilevanti. È evidente che conseguenza immediata di tale inerzia o inadeguatezza sul versante legislativo sia l'amplificazione, in termini di supplenza, del ruolo creativo delle Corti.

Con riferimento alla seconda ragione, che si è definita di carattere procedurale, il suddetto ruolo e, più in generale, la centralità del "momento" giurisprudenziale sono ulteriormente amplificati, per un verso, dalla circostanza che le questioni legate, per l'appunto, alla giurisdizione rilevante assumono un ruolo cruciale a causa della natura *cross-border* del *web* e, per altro verso, dal fatto che l'identificazione della legge applicabile – questione logicamente connessa (anche se concettualmente autonoma) a quella relativa alla fissazione della giurisdizione rilevante – ha implicazioni assai significative per quanto riguarda lo standard di tutela dei diritti fondamentali in gioco.

Tutto questo è sufficiente a giustificare la permanenza di *un uomo solo al comando* o, se si vuole, di *pochi uomini soli al comando*? Fuor di metafora, i fattori illustrati conducono alla preminenza del potere giurisdizionale rispetto a quello politico/rappresentativo nell'identificazione dei conflitti di natura para-costituzionale tra diritti fondamentali (e ordinamenti) quando il campo di gioco è quello dei *bit*? Probabilmente no.

Il recupero di un ordine istituzionale in grado di assicurare standard sufficienti di prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, nel contempo, un'articolazione dei poteri coerente con i principi ispiratori delle democrazie costituzionali contemporanee sembra obiettivo realisticamente (e forse doverosamente) perseguibile. Il problema è come raggiungerlo, se, in particolare attraverso la restituzione di un ruolo significativo alle istituzioni politiche rappresentative o mediante l'adozione, da parte degli stessi organi di giustizia, di atteggiamenti di *self-restraint*, senza rischiare che la *legislative inertia* di cui si discuteva prima diventi inerzia *tout court*. E quindi immobilismo e stagnazione.

Queste sono, però, questioni che, per la gran parte, esulano dalle finalità e dai limiti del presente scritto. Quel che, invece, si vuole sottolineare, a conclusione dell'indagine svolta, è l'importanza di studiare i percorsi argomentativi seguiti dalle Corti nelle proprie decisioni, prestando particolare attenzione alle metafore attraverso le quali esse giungono a dare risposta, in un senso o nell'altro, alle varie domande di giustizia che le sono rivolte.

Anche nel mondo del diritto il linguaggio metaforico struttura le narrazioni; l'analisi delle strategie seguite dai principali "narratori" del *web* appare, dunque, necessaria sia per

comprendere le dinamiche di sviluppo dell'attuale realtà giuridica sia per verificare la coerenza di quest'ultima, pur nei nuovi contesti tecnologici e globalizzati, con i paradigmi tradizionali del costituzionalismo moderno.