

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le “esternalità costituzionali”

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1908930> since 2023-06-06T10:20:30Z

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le “esternalità costituzionali”*

Marco Giraudo

Abstract

L'avvento dei social media ha eliminato le barriere di ingresso al dibattito pubblico, favorendo l'espansione del suo perimetro. A fronte di un aumento quantitativo del dibattito, vi è stata una riduzione della capacità del sistema di vagliare criticamente le idee e le informazioni in circolazione. Le soluzioni tecnologiche adottate per contrastare la proliferazione di “fake news” hanno ulteriormente aggravato la situazione in termini di sorveglianza e chilling effect sistemici, senza però riuscire a mettere sotto controllo la circolazione di notizie deliberatamente false. Il saggio affronta il tema della crisi del dibattito pubblico considerandolo come una un'infrastruttura sociale afflitta da una rara combinazione tra la “tragedia dei beni comuni” e degli “anti-comuni”. In tale quadro, suggerisce un parallelismo tra la proliferazione di “fake news” e l'eccesso di emissioni inquinanti, al fine di adattare modelli regolatori decentralizzati in uso in quest'ultimo settore. Propone l'introduzione di un “Cap” alle emissioni di informazioni e notizie per ripristinare l'infrastruttura del dibattito. Tali riflessioni tengono in considerazione le “esternalità costituzionali” dell'attuale modello e ne mettono in dubbio la “sostenibilità giuridica” sul lungo periodo.

The advent of social media has lowered the entry barriers to public debate, thus favoring the expansion of its perimeter. The flipside of such a quantitative increase in the debate has also been a reduction in the system's ability to critically screen the flow of ideas and information. The technological solutions adopted to counter the proliferation of “fake news” have further strained the situation in terms of bulk surveillance and systemic chilling effect, without however being able to keep under control the spread of deliberately false news. The essay addresses the crisis of public debate by framing it as rare combination of the “tragedy of the commons” and the “anti-commons” afflicting the social infrastructure of public debate. In this frame, it proposes a parallel between the proliferation of “fake news” and excess polluting emissions, in order to adapt decentralized regulatory models thereby in force. The prototypical Cap-and-Use model suggests to introduce a “cap” to the information and news

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

to be released on the infrastructure to restore a decentralized public debate. These reflections build on the notion of “constitutional externalities” of the current model and question its “legal sustainability” in the long term

Sommario

1. Introduzione. – 2. Cittadini “sovraccaricati” e dibattito pubblico in crisi. – 3. Effetti organizzativi, costituzionali e di fiducia di una crisi sistemica. – 4. Il discorso pubblico a cavallo tra le tragedie “dei beni comuni” e “degli anti-comuni”. – 5. Possibili percorsi alternativi: *Cap-and-Trade(Use)* a tutela del *free speech*? – 6. Una prospettiva di “sostenibilità giuridica”: fare i conti con le “esternalità costituzionali”. – 7. Conclusioni.

Keywords

fake news – Cap-and-Trade – sostenibilità giuridica – esternalità costituzionali – Cap-and-Use

1. Introduzione

Il problema della circolazione incontrollata di notizie non verificate e spesso deliberatamente false ha portato alla “rottura” del dibattito pubblico¹. Sempre più frequentemente possiamo assistere ad oscillazioni imprevedibili dell’opinione pubblica nelle democrazie occidentali, al punto da immobilizzare le decisioni politiche, a loro volta irretite dalla dittatura quotidiana dei sondaggi. Avversari esterni ed agenti politici interni alimentano e finanziano la circolazione delle cc.dd. “fake news”, indebolendo così dall’interno il sistema istituzionale delle democrazie, generando dissenso e scontro tra gruppi.

La democrazia vive grazie al libero dibattito pubblico, la cui vitalità viene presa ad esempio delle qualità del modello democratico. Dall’esercizio di un diritto individuale, quale la libertà di espressione, emerge un meccanismo decentralizzato di filtro critico delle idee a beneficio delle collettività: le idee non vengono solamente filtrate, ma anche integrate tra loro al fine di costruire un nucleo di strumenti interpretativi condivisi, necessari per deliberare su questioni di interesse comune.

L’avvento dei social media ha eliminato le barriere di ingresso al dibattito pubblico, favorendo l’espansione del suo perimetro. Sono così aumentati argomenti, notizie ed opinioni in circolazione, includendo parallelamente fasce di popolazione e gruppi una volta esclusi. Ad oggi, sono sufficienti “poche battute sulla tastiera” per partecipare al dibattito, aumentandone così l’intensità e la velocità.² La possibilità di prendere parte

¹ Appositamente nel saggio viene evitato ogni riferimento al concetto di “verità” delle idee. In democrazia la verità è un termine pericoloso. Esistono tuttavia notizie false ed idee poco fondate in termini di argomentazione, robustezza e capacità esplicativa di eventi di interesse comune. La circolazione incontrollata di simili idee distrugge la democrazia. V. N. Syed, *Real Talk About Fake News: Towards a Better Theory for Platform Governance*, in *The Yale Law Journal Forum*, 127, 2017, 337 ss.

² V. A. Chander – P. Uyén, “*Free speech*” in *Iowa Law Review*, 10, 2015, 501.

al discorso pubblico in maniera dis-intermediata e senza costi monetari ha alimentato grandi attese e speranze verso un avvenire dove l'informazione diffusa avrebbe rilanciato il modello democratico su scala planetaria³.

Tuttavia, a fronte di un aumento quantitativo del dibattito, vi è stata una riduzione della capacità del sistema di vagliare criticamente le idee e le informazioni in circolazione. L'iper-offerta di notizie ed idee ha travolto i singoli partecipanti, che non sono più in grado di soppesare la montagna di informazioni che ricevono per limiti di tempo e capacità cognitive. Per di più, le soluzioni tecnologiche adottate nell'ambito dell'economia dell'attenzione hanno ulteriormente aggravato la situazione: l'utilizzo di sistemi di profilazione, uniti ad algoritmi di posizionamento dei contenuti guidati da dinamiche di *hype*, rende gli utenti strumenti di diffusione di informazioni, loro malgrado ingabbiati nelle *filter bubbles* di cui sono spesso inconsapevoli⁴. Le persone risultano così sempre meno abituate a confrontarsi con idee differenti rimanendo racchiuse all'interno di discorsi artificialmente omogenei nei modi e nei contenuti, assumendo così posizioni polarizzate ed estreme, per poi confrontarsi in modo sempre più violento con chi manifesti idee differenti⁵.

Le risposte normative a tale crisi si sono concentrate su soluzioni dirette a regolare il contenuto del dibattito autorizzando, se non addirittura sollecitando, attività di sorveglianza, censura e profilazione da parte degli operatori privati delle piattaforme, secondo la cc.dd. *new-school speech regulation*.⁶ Parafrasando le recenti dichiarazioni di fronte al Congresso Americano di una “*whistleblower*”, di fronte ai fallimenti dei social media la risposta è stata quello di dare ancora più potere agli operatori delle piattaforme stesse⁷. Nonostante ciò, le fake news continuano a circolare, poiché i filtri algoritmici non riescono ad identificarle correttamente e le piattaforme non investono a sufficienza per contrastare l'azione di agenti esperti e facoltosi capaci di “giocare” gli algoritmi stessi. Se da un lato, quindi, il livello crescente di sorveglianza e censura non evita proliferazione e diffusione di fake news, dall'altro sta incidendo gravemente su diritto di parola, riservatezza delle persone e *rule of law* nel suo complesso, scuotendo dalle fondamenta l'ordine costituzionale così come lo conosciamo⁸. In effetti, l'idea che i gestori privati delle infrastrutture tecnologiche su cui viaggiano le idee abbiano il potere di stabilire

³ J. Balkin, *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*, in *New York University Law Review*, 79(1), 2004, 3 ss.

⁴ M. Büchi – E. Fosch-Villaronga – C. Lutz – A. Tamò-Larrieux – S. Velidi, *Making sense of algorithmic profiling: user perceptions on Facebook*, in *Information, Communication & Society*, 2021.

⁵ V. K. Hosanagar – A. Miller, *Who Do We Blame for the Filter Bubble? On the Roles of Math, Data, and People in Algorithmic Social Systems*, in K. Werbach (ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity*, Cambridge, 2020, 103 ss.

⁶ J. Balkin, *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*, cit., nt. 4.; A. 'Sajó - C. Ryan, *Judicial Reasoning and New Technologies: Framing, Newness*, in O. Pollicino - G. Romeo (eds.), *The Internet and Constitutional Law*, London - New York, 2016, 23; v. anche B. Leiter, *Cleaning cyber cesspools: Google and Free Speech* in S. Levmore - M. Nussbaum (eds.), *The Offensive Internet*, Harvard, 2010.

⁷ K. Paul – D. Milmo, *Facebook putting profit before public good, says whistleblower Frances Haugen*, in *The Guardian*, 4 ottobre 2021.

⁸ G. De Gregorio – O. Pollicino, *The European Constitutional Road to Address Platform Power*, in *VerfBlog*, 31 ottobre 2021.

quali di queste possano circolare fa suonare più di un campanello d'allarme⁹. Sono sempre più evidenti situazioni di conflitto di interesse, opacità degli algoritmi, diversità di trattamento tra utenti e fumosità nei criteri utilizzati per governare il discorso¹⁰. Nonostante ciò, le risposte politiche e legislative attuali sembrano andare tutte nella direzione del rafforzamento del modello di sorveglianza-censura.

In una sorta di TINA 2.0 (*There Is No Alternative*), è come se non vi fosse spazio per una regolazione che preservi la libertà di decidere cosa pensare e condividere, senza che vi sia un censore, statale o meno¹¹, a stabilire se ed in che modo un'idea o un'informazione possano circolare. Il dubbio è che le attuali risposte di contrasto alle fake news siano un paravento per giustificare il mantenimento del modello di business alla base dell'economia digitale, fondato esso stesso sulla profilazione e "gestione" dell'attenzione¹², ad oggi in piena crisi di identità giuridica¹³. In effetti, accettare la mercificazione dei dati personali rischia di comportare la rinuncia ad una parte significativa delle libertà personali, favorendo la costituzioni di poteri privati in grado di manipolare le scelte di vaste platee di persone. Quest'ultimo fatto viene visto da molti, compreso chi scrive, come un'anomalia incompatibile con le democrazie costituzionali pluralistiche a cui bisogna rispondere con coraggio¹⁴.

Il presente saggio intende proporre alcune riflessioni sulla necessità di ripristinare il dibattito pubblico, in modo da preservare la libertà di parola ed il rispetto dei diritti fondamentali delle persone. Lo sfondo culturale a cui si attinge è rintracciabile nel liberalismo classico e negli insegnamenti della *old-school speech regulation*¹⁵, secondo cui se la libertà di parola viene messa al servizio di una verità definita centralmente si stanno creando i presupposti per nuove forme di schiavitù, indipendentemente dalle intenzioni del censore¹⁶. L'idea è di considerare l'adozione di soluzioni regolatorie, sul modello di quelle oggi in vigore per la gestione di infrastrutture comuni. Due esempi vengono in mente: il primo è il sistema di governo delle emissioni di CO₂ in conseguenza delle attività economiche in campo industriale; il secondo è il sistema dei limiti

⁹ E. Gräf, *When automated profiling threatens our freedom: a neo-republican perspective*, in *Eur Data Protect Law Rev.*, 3(4), 2017, 441 ss; K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131(6), 2017, 1598 ss.

¹⁰ V. S. Schachner, *Facebook Is Rebuked by Oversight Board Over Transparency on Treatment of Prominent Users*, in *Wall Street Journal*, 21 ottobre 2021. V. anche K. Paul, *'Super polluters': the top 10 publishers denying the climate crisis on Facebook*, in *The Guardian*, 2 novembre 2021. S. Biddle, *Revealed: Facebook's Secret Blacklist of "Dangerous Individuals and Organizations"*, in *The Intercept*, 12 ottobre 2021.

¹¹ V. il già risalente B. Schneier, *The public-private surveillance partnership*, in *Bloomberg Opinion*, 1 agosto 2013.

¹² Anche le ultime proposte in materia di DCA non si discostano dal modello. Per una panoramica di contributi si veda M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione* in questa Rivista, 2, 2021.

¹³ V. J. Cannataci - V. Falce - O. Pollicino, *Legal Challenges of Big Data*, Celtenham - Northampton, 2020.

¹⁴ V. S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*. Profile Books. 2019; B. Frischmann – E. Selinger, *Re-engineering Humanity*, Cambridge, 2018.

¹⁵ V. J. M. Balkin, *Old-school/New-school Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014, 2296 ss; v. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, cit., nt. 13.

¹⁶ V. il classico M. Polanyi, *The Logic of Liberty*, Chicago, 1951.

di velocità da applicare all'esercizio della libertà di circolazione sulle strade. In entrambi i casi, il sistema istituzionale ha saputo elaborare modelli di regolazione e coordinamento dell'esercizio di diritti individuali (di natura fondamentale), senza ricorrere alla sorveglianza sistemica ed alla pianificazione discrezionale di un regolatore centrale¹⁷. Il contributo è organizzato nella maniera seguente. La seconda e la terza sezione trattano della crisi del dibattito pubblico nelle sue diverse dimensioni. La sezione successiva riconduce l'origine del problema ad un esempio di "tragedia dei beni comuni" generata dall'eccessivo utilizzo del dibattito, a cui si aggiunge una "tragedia degli anti-comuni", che viene a realizzarsi come conseguenza dei sistemi di sorveglianza e censura adottati. La quinta sezione affronta la possibilità di utilizzare modelli decentralizzati di governo del dibattito pubblico. Nella sesta sezione, si riflette sulla pretesa efficienza del modello di governo del dibattito pubblico fondato su sorveglianza e censura, complementare al modello di business fondato sulla mercificazione dei dati. Tale riflessione si arricchisce della nozione di "esternalità costituzionali" intese come costi di lungo termine non considerati dell'attuale modello di business e tali da mettere in dubbio la pretesa "efficienza" e "sostenibilità giuridica" del modello economico attualmente dominante. L'ultima sezione conclude.

2. Cittadini "sovraccaricati" e dibattito pubblico in crisi

Il dibattito pubblico è in crisi così come la democrazia costituzionale¹⁸. In molti propongono l'analogia tra mercato delle idee e dibattito pubblico¹⁹, sottolineando come entrambi siano caratterizzati da un meccanismo istituzionale decentralizzato attraverso cui si comparano "oggetti", intellettuali o meno, mediante un vaglio spontaneo da parte dei partecipanti. Come accade nei mercati tradizionali, fondati sul sistema dei prezzi, il funzionamento del mercato delle idee dipende dalla condivisione di credenze comuni, attraverso le quali le informazioni che il sistema veicola vengono valutate e filtrate²⁰. La stabilità ed il funzionamento del mercato delle idee deriva da investimenti individuali diretti a testare sulla realtà le regole interpretative condivise di fronte a fatti nuovi o conflitti tra credenze esistenti²¹.

Il cittadino partecipante al dibattito pubblico svolge un duplice ruolo: da un lato quello di soggetto richiedente il vaglio critico delle sue idee immesse nel dibattito, dall'altro

¹⁷ Per brevità il presente saggio si concentra sul modello di gestione delle emissioni di CO2 Cap-and-Trade.

¹⁸ V. riflessioni generali sulla crisi delle democrazie costituzionali. A. Celotto, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020, 60 ss; A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferita tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, 1, 2020, 212.

¹⁹ V. A. Nicita. *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*. Bologna, 2021.

²⁰ V. sul punto le riflessioni più generali svolte da L. Lachmann, *Capital and Its Structure*, Kansas City, 1978; J. Beckert – C. Musselin. *Constructing Quality: The Classification of Goods in Markets*, Oxford, 2013.

²¹ Per una definizione operativa di "credenze condivise" e regole interpretative v. A. Greif – J. Mockyr, *Cognitive rules, institutions, and economic growth: Douglass North and beyond* in *Journal of Institutional Economics*, 13(1), 2017, 25 ss; Sul ruolo del "commitment to shared beliefs" nei processi di scoperta collettivi v. ancora M. Polanyi, *The Logic of Liberty*, cit., nt. 17.

quello di valutare le idee altrui, presenti nel dibattito stesso. Il “costo” o “prezzo” implicito richiesto all’utente per l’uso del sistema consiste proprio nell’attività di filtro che ciascuno svolge nel soppesare le idee in circolazione. È sempre possibile che alcuni partecipanti si limitino ad immettere idee nel dibattito senza curarsi di vagliare le idee altrui. Ciò può avvenire per le ragioni più diverse, che spaziano dalle motivazioni opportunistiche alla presenza di limiti di tempo e cognitivi. Quel che è certo è che se una frazione eccessiva di utenti utilizza il dibattito senza provvedere in cambio all’analisi critica di quanto già in circolazione il meccanismo entra in crisi.

L’attuale incapacità di filtrare le notizie sembra ricadere in quest’ultimo scenario su scala sistemica. Già con riferimento al mercato delle opere creative (arte e musica) molti hanno sottolineato come sia difficile comparare una varietà di offerta così ampia, dati i limiti di tempo e di conoscenza delle persone partecipanti al mercato²². La ragione principale viene individuata nella sproporzione tra il tempo a disposizione che ciascun partecipante ha da destinare alla valutazione comparativa di beni di intrattenimento presenti. A ben guardare, anche nel campo del mercato delle idee limiti di tempo, cognitivi e di valori rendono sempre più difficile effettuare una valutazione comparativa di quanto in circolazione, a tutto svantaggio della capacità del sistema di assicurare uno screening efficace delle informazioni. Forse per la prima volta il mercato online delle idee sta dimostrando che esistono limiti quantitativi alle informazioni che esso stesso può gestire.

Ogni utente, infatti, si trova di fronte ad una struttura dei “costi” squilibrata a favore della immissione di informazioni e notizie, a svantaggio dell’attività di filtraggio e vaglio critico delle idee altrui. L’utente è propenso a condividere sempre più informazioni, anche le meno rilevanti,²³ data l’assenza di costi monetari e di tempo. La presenza di tali costi avrebbe invece svolto una funzione deterrente, portando a diffondere solo le notizie più rilevanti sulla base di una preliminare valutazione comparativa. Si genera così una situazione di *information overload* sul versante delle notizie ricevute, poiché ogni utente condivide più di quanto possa materialmente vagliare. Tale condizione di sovraccarico, nella quale l’utente non può eseguire un’analisi approfondita delle informazioni, depotenzia significativamente la capacità del sistema di processare e filtrare notizie ed idee sulla base di credenze condivise, risultando in una perdita progressiva della capacità analitica ed esplicativa dello stato delle cose

3. Effetti organizzativi, costituzionali e di fiducia di una crisi sistemica

L’attuale crisi del sistema di governo del dibattito pubblico si articola su diversi piani,

²² P.E. Earl – J. Potts, *The Creative Instability Hypothesis*, in *Journal of Cultural Economics*, 37(2), 2013, 153; v. anche E. Dekker, *Exemplary Qualities: Market Coordination and the Valuation of Singular Products*, in *Valuation Studies*, 2017.

²³ S. Talwara - A. Dhira - P. Kaurc - N. Zafare - M. Alrasheedyf, *Why do people share fake news? Associations between the dark side of social media use and fake news sharing behavior* in *Journal of Retailing and Consumer Services*, 51, 2019, 73. V. anche R. Caplan – L. Hanson – J. Donovan, *Dead reckoning: navigating content moderation after “fake news”*, in *Data and Society*, 2018.

tre dei quali vale la pena richiamare. Il primo aspetto è di natura organizzativa, in quanto così com'è strutturato oggi il sistema di governance del dibattito pubblico non funziona. Da un lato, la selezione spontanea di idee e notizie in circolazione non avviene più in maniera efficace, dall'altro l'utilizzo di strumenti di sorveglianza e censura non riesce a fermare la proliferazione delle fake news²⁴. Infatti, i filtri algoritmici utilizzati per proteggere il dibattito possono essere facilmente aggirati da utenti esperti²⁵. Stanno inoltre emergendo con maggiore chiarezza le ulteriori conseguenze negative sull'esercizio della libertà di espressione online degli utenti non esperti. Invero, la presenza degli algoritmi stessi alimenta *filter bubbles* che indirettamente facilitano la diffusione di idee manipolate o poco approfondite da parte degli utenti comuni (non esperti) sulla spinta di *confirmation bias*, conformismo e FOMO (*Fear of Missing Out*)²⁶.

L'immagine che emerge è un discorso pubblico vulnerabile a manipolazioni da parte di utenti esperti e frammentato in molteplici dibattiti a cui gli utenti comuni partecipano sulla base dei profili loro assegnati dai gestori delle piattaforme. All'interno di tali conversazioni, data l'assenza di idee ed interpretazioni differenziate, si vengono a rinforzare posizioni sempre più polarizzate e incompatibili con quelle in via di formazione all'interno di altre "bolle". Da ciò deriva che il perimetro di credenze e strumenti interpretativi comuni e trasversali, il famoso minimo comune denominatore, diventa sempre più piccolo²⁷.

Il secondo piano su cui si sta espandendo lo stato di crisi è di natura costituzionale. È sempre più evidente come l'attuale modello di governo del discorso pubblico abbia implicazioni profonde sull'esercizio della libertà di espressione, sul diritto alla riservatezza delle persone e sull'ordine democratico nel suo complesso²⁸. Le decisioni in merito alla rimozione di fake news vengono infatti prese in maniera centralizzata dai gestori delle piattaforme private, che hanno ogni interesse ad investire il meno possibile in risorse umane, ricorrendo ad algoritmi e intelligenza artificiale, il cui funzionamento risulta del tutto opaco ed insuscettibile di verifica e controllo esterno²⁹.

Quest'ultimo metodo, però, risulta poco accurato, in quanto ad essere decisivo ai fini della "censura" non è il contenuto della notizia, ma il fatto che essa si distanzi o meno da andamenti statistici ritenuti "normali" o sulla base di richieste provenienti da gruppi organizzati o politicamente influenti. Ne deriva così che possa venir concesso ampio spazio a fake news accuratamente ingegnerizzate, mentre notizie scomode e devianti

²⁴ D. Seetharaman – J. Horowitz – J. Scheck, *Facebook Says AI Will Clean Up the Platform. Its Own Engineers Have Doubts*, in *The Wall Street Journal*, 17 ottobre 2021.

²⁵ V. T.S. Allen - S. Rodriguez, *To Protect Democracy, Protect the Internet*, in *Foreign Policy*, 14 luglio 2020.

²⁶ «Più le persone utilizzano gli strumenti informatici, meno sarà probabile che incontreranno articoli o idee diverse dalle loro» (trad. dell'autore) in K. Hosanagar – A. Miller, *Who Do We Blame for the Filter Bubble? On the Roles of Math, Data, and People in Algorithmic Social Systems*, cit., 105; P. Meel - D. Kumar Vishwakarma, *Fake news, rumor, information pollution in social media and web: A contemporary survey of state-of-the-arts, challenges and opportunities*, in *Expert Systems with Applications*, 153, 2020.

²⁷ B. Hogan, *The presentation of self in the age of social media: distinguishing performances and exhibitions online* in *Bull. Sci. Technol. Soc.*, 30(6), 2010, 377.

²⁸ B.F. Jackson, *Censorship and Freedom of Expression in the Age of Facebook*, in *New Mexico Law Review*, 44, 2014, 121 ss.

²⁹ F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015.

rispetto alle norme sociali o indesiderate da alcuni gruppi vengano escluse³⁰, favorendo dinamiche di reciproci veti incrociati.³¹ Di fronte alla frequenza degli interventi ed il grado di discrezionalità di cui godono le piattaforme, una significativa porzione di utenti si conforma così spontaneamente ad un canone sempre più neutrale.³² Il cc.dd. *chilling effect* su larga scala si traduce in un discorso pubblico banale, monocorde ed impoverito in termini di pluralismo e libertà di espressione³³. Il venir meno di un'effettiva competizione tra idee, notizie e prospettive sta corrodendo la capacità del sistema di innovare i propri strumenti interpretativi depotenziando le nostre società, economie e democrazie.

L'ultimo aspetto della crisi riguarda la fiducia nei confronti dei co-regolatori privati da molti descritti come “gestori illuminati”³⁴. L'ampia discrezionalità delle piattaforme nel rimuovere le “fake news” presupporrebbe un rapporto di fiducia tra Stato, piattaforme e utenti che al contrario si è incrinato da tempo. La “triste verità”³⁵ è che il modello di business alla base dell'economia dell'attenzione, proprio delle piattaforme online, appare sempre di più viziato da un conflitto di interesse di fondo³⁶ a causa del quale i diritti degli utenti non possono che essere messi in secondo piano³⁷. Il cortocircuito tra diritti fondamentali dei cittadini ed incentivi economici delle piattaforme sta portando a trattamenti differenziati tra utenti³⁸, tanto da confermare la fama delle piattaforme di “digital gangsters”³⁹. L'opacità con cui vengono trattati temi come il cambiamento climatico⁴⁰ o le informazioni riguardanti gli effetti psicologici negativi

³⁰ K. Paul, *Facebook whistleblower hearing: Frances Hangen calls for more regulation of tech giant – as it happened*, in *The Guardian*, 5 ottobre 2021.

³¹ Cfr. S. Frenkel - C. Kang, *An Ugly Truth Inside Facebook's Battle for Domination*, Massachusetts, 2012; B. Frischmann – E. Selinger, *Why a Commitment to Pluralism Should Limit How Humanity Is Re-Engineered*, in K. Werbach (ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity*, Cambridge, 2020, 155.

³² M. Büchi - E. Fosch-Villaronga - C. Lutz - A. Tamò-Larrieux - S. Velidi - S. Viljoen, *The Chilling Effects of Algorithmic Profiling: Mapping the Issues*, in *Computer Law & Security Review*, 36(10), 2020, 53 ss; B. Hogan, *The presentation of self in the age of social media: distinguishing performances and exhibitions online*, in *Bull. Sci. Technol. Soc.*, 30(6), 2010, 377 ss.

³³ Sul *chilling effect* v. I. Manokha, *Surveillance, panopticism, and self-discipline in the digital age*, in *Surveillance Society*, 16(2), 2018, 219 ss; B. Marder – A. Jonson - A. Shankar, *The extended 'chilling' effect of Facebook: the cold reality of ubiquitous social networking*, in *Comput Human Behav.*, 60, 2016, 582 ss; A. Marthews – C. Tucker, *The impact of online surveillance on behavior*, in D. Gray - S. Henderson (eds.), *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*, Cambridge, 437 ss.

³⁴ V. A. Sajó - C. Ryan, “Judicial Reasoning and New Technologies: Framing, Nowness, Fundamental Rights and the Internet, cit.,” 19; K. Klonick, *The New Governors*, cit.

³⁵ V. S. Frenkel, C. Kang, *An Ugly Truth Inside Facebook's Battle for Domination*, Massachusetts, 2021.

³⁶ V., *Facebook, l'accusa dell'ex manager: «Profitti più importanti della salute degli utenti»*, in *Il Sole 24ore*, 4 ottobre 2021.

³⁷ V. per esempio K. Paul - D. Milmo, *Facebook putting profit before public good, says whistleblower Frances Hangen*, in *The Guardian*, 4 ottobre 2021.

³⁸ J. Horwitz, *Facebook Says Its Rules Apply to All. Company Documents Reveal a Secret Elite That's Exempt*, in *The Wall Street Journal*, 13 settembre 2021; v. anche E. Grynszpan, *En Asie centrale, Facebook et YouTube s'ajustent à la censure politique favor nei confronti del governo locale*, in *Le Monde*, 12 novembre 2021.

³⁹ V. il rapporto della Camera dei Comuni del Regno Unito, *The House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee. Disinformation and 'fake news': Final Report. Eighth Report of Session 2017–19*, 14 febbraio 2019.

⁴⁰ V. C. McGreal, *Facebook let fossil-fuel industry push climate misinformation, report finds*, in *The Guardian*, 5

derivanti dell'uso dei social network sono esempi eclatanti in tal senso⁴¹. Non solo, ma gli stessi utenti stanno perdendo fiducia nel sistema nel suo complesso arrivando a diffidare delle fonti di informazione da loro stessi prescelte, giungendo così a minare alle fondamenta la fiducia dei cittadini nel dibattito pubblico⁴².

4. Il discorso pubblico a cavallo tra le tragedie dei “beni comuni” e degli “anti-comuni”

Per provare a comprendere l'origine della crisi sopra descritta e trovare eventuali soluzioni è possibile ricorrere alla cornice teorica offerta dal concetto di “tragedia dei beni comuni”⁴³. Tale fenomeno solitamente si verifica a causa del sovra-utilizzo di un'infrastruttura comune priva di barriere di ingresso (monetarie o fisiche) e a causa della carenza di investimenti nella manutenzione della stessa, che ne generano il congestionamento ed il prematuro depauperamento⁴⁴. Secondo questa prospettiva, il dibattito pubblico può essere inteso come un'infrastruttura sociale di diffusione e vaglio critico di notizie ed idee immesse dai partecipanti: affinché essa possa funzionare, è necessario che vi siano altrettanti investimenti soggettivi da parte degli utenti necessari per filtrare e valutare le informazioni in circolazione.

Abbiamo visto come l'abbattimento delle barriere di ingresso abbia inondato di informazioni il sistema senza che la capacità di filtro aumentasse altrettanto. Concomitano quindi un problema di sovra-utilizzo della risorsa ed un problema di sotto investimento individuale nella sua manutenzione, che va ad aggravarne lo stato di crisi. Gli utenti tendono infatti a utilizzare la piattaforma per condividere notizie ed idee di loro interesse senza svolgere più (o svolgendo sempre meno) alcuna attività di filtro. Infatti, la paura di non condividere notizie importanti o trend popolari prevale sulla deterrenza marginale a condividere, dato che, in fondo, pubblicare un post o inviare un messaggio in più “non costa nulla”⁴⁵.

La minore propensione al lavoro di filtro delle idee in circolazione non è dovuta solamente a limiti cognitivi, ma anche alla mancanza di incentivi a mettere in ordine di importanza le notizie ricevute e diffuse. Quest'ultima attività richiede un investimento di natura comparativa dei contenuti in circolazione che pochi utenti fanno spontanea-

agosto 2021.

⁴¹ Sugli effetti psicologici dei social network e sulle presunte omissioni delle piattaforme cfr. G. Wells – J. Horwitz – D. Seetharaman, *Facebook Knows Instagram Is Toxic for Teen Girls, Company Documents Show*, in *The Wall Street Journal*, 14 settembre 2021.

⁴² V. E. Shearer, *Two-thirds of U.S. adults say they've seen their own news sources report facts meant to favor one side*, Pew Research Center, 12 novembre 2020.

⁴³ H. Garrett, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162(3859), 1968, 1243 ss.; B. M. Frischmann - A. Marciano - G. B. Ramello, *Retrospectives: Tragedy of the Commons after 50 Years in The Journal of Economic Perspectives*, 33(4), 2019, 211 ss.

⁴⁴ J. H. Dales, *Beyond the Marketplace*, in *Canadian Journal of Economics*, 8 (4), 1975, 483 ss.

⁴⁵ G. Pennycook - D.G. Rand, *Lazy, not biased: Susceptibility to partisan fake news is better explained by lack of reasoning than by motivated reasoning* in *Cognition*, 2019.

mente a causa della presenza di *cognitive dissonance*, *confirmation bias*, o semplice pigrizia⁴⁶. La mancanza di investimenti critici e creativi soggettivi ha l'ulteriore effetto negativo di rallentare la formazione di regole interpretative condivise che vengono progressivamente a mancare. Ne deriva la progressiva perdita della capacità di confronto con idee⁴⁷. Il risultato finale è il depauperamento dell'"infrastruttura comune", che è sotto gli occhi di tutti.

Come detto in precedenza, gli interventi finora attuati per risolvere tale "tragedia dei beni comuni" si basano su sistemi centralizzati di sorveglianza e censura. L'utilizzo di tali misure, a ben guardare, crea le condizioni per il sorgere di un'ulteriore "tragedia" che va ad assommarsi quella appena tratteggiata. Le risposte della *new-school speech regulation* hanno creato le condizioni affinché il dibattito pubblico cada vittima anche di una tragedia degli "anti-comuni"⁴⁸. In estrema sintesi la "tragedia degli anti-comuni" si realizza quando la presenza di un numero eccessivo di diritti di veto sull'utilizzo di un'infrastruttura porta al sottoutilizzo della stessa. Anche in questo caso, al problema del sottoutilizzo si unisce quello del sotto-investimento nella manutenzione della risorsa da parte dei potenziali utenti con il risultato (del tutto simile alla tragedia precedente) che la risorsa si depaupera progressivamente.

La situazione di *chilling effect* sistemico in cui versa il dibattito pubblico sembra ricadere proprio nell'ambito della "tragedia degli anti-comuni". Il crescente ruolo dei veti incrociati tra gruppi attivi sulle piattaforme ha l'effetto di impedire l'utilizzo dell'infrastruttura del dibattito, limitandone la fruizione a coloro che vogliono condividere idee neutrali, di poca sostanza. Infatti, la cultura della rimozione delle idee devianti e provocatorie non è altro che una forma di esclusione dall'uso dell'infrastruttura stessa a danno di alcuni individui o gruppi devianti⁴⁹. Gli interventi diretti a regolare il contenuto del dibattito aggravano una simile dinamica in quanto assegnano ai gestori il potere discrezionale di avallare o meno tali richieste di veto. Un potere quest'ultimo che si attiva anche su richiesta degli utenti o dei gruppi attivi sulle piattaforme online attraverso il modello *notice and take down*, dando vita a dinamiche censorie dagli esiti difficili da prevedere.

L'effetto distorsivo di simili inediti poteri censori non solo porta al sottoutilizzo del dibattito pubblico, ma lo fa soprattutto a danno delle minoranze. Infatti, di fronte alle sollecitazioni censorie e nell'impossibilità di approfondire il merito di tutte le richieste, le piattaforme hanno ogni incentivo a propendere verso l'iper-deterrenza e quindi censurare posizioni minoritarie e devianti rispetto alle norme sociali dominanti. In assenza di chiari criteri oggettivi di valutazione, l'incentivo economico alla base delle scelte delle piattaforme non può che portare a favorire i gruppi numericamente più forti o

⁴⁶ Y. Citton, *The Ecology of Attention*, London, 2016.

⁴⁷ V. ad es *Polarization of the american public*, del Pew Research Center, 12 giugno 2014, e successivi aggiornamenti.

⁴⁸ V. M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 111(3), 1998, 621 ss.

⁴⁹ 'A. Sajó - C. Ryan, *Judicial Reasoning and New Technologies: Framing, Newness, Fundamental Rights and the Internet*, cit., 23

meglio organizzati e favorire l'*engagement* del maggior numero di utenti⁵⁰. Il paradosso, quindi, è che per sfuggire alla “tragedia dei beni comuni” si ricade nella “tragedia degli anti-comuni”.

5. Possibili percorsi alternativi: *Cap-and-Trade(Use)* a tutela del *free speech*?

Alla luce di quanto esposto, sembra giunto il momento di volgere lo sguardo verso soluzioni “ripristinatorie” di alcuni aspetti tradizionali del dibattito pubblico. Se parte del problema risiede nell'eccessivo utilizzo dell'“infrastruttura”, è possibile affrontarlo a monte prendendo ispirazione dalle soluzioni adottate nel campo della gestione delle emissioni inquinanti⁵¹. Infatti, molti propongono un parallelismo tra lo stato attuale di congestionamento del “mercato delle idee” con il tema dell'eccesso di emissioni in campo ambientale, sulla base dell'idea che la diffusione di fake news stia inquinando il dibattito pubblico⁵².

Nel caso della governance delle emissioni inquinanti associate alle attività industriali, ci si è trovati di fronte all'insostenibilità delle esternalità legate all'esercizio indiscriminato della libertà di impresa. Con lo sviluppo tecnologico, infatti, sono state abbattute quelle barriere che in precedenza avevano saputo tenere sotto una certa soglia la attività industriali umane. Tali limiti “naturalisti” all'esercizio della attività di impresa garantivano che, attraverso la fotosintesi ed altri processi, l'ecosistema terra tenesse sotto controllo il livello di CO₂. Il crollo di tali limiti ha portato ad un incremento di emissioni progressivo, fino a rendere insufficiente il sistema di filtro garantito dal nostro ecosistema. Al dibattito pubblico, come visto in precedenza, è accaduto qualcosa di simile: l'innovazione tecnologica ha abbattuto barriere alle “emissioni” di idee e notizie, senza che al contempo aumentasse la capacità di filtro del sistema, mettendone sotto pressione la capacità di rimanere in equilibrio. Questa “esternalità” è l'inevitabile complemento dell'esercizio della libertà di espressione, come lo è la CO₂ per l'esercizio del diritto di iniziativa economica.

Nell'ambito della governance delle emissioni di CO₂ il modello oggi più collaudato e di relativo successo è appunto il *Cap-and-Trade*, che rappresenta l'esempio più efficace nella regolazione decentralizzata delle emissioni inquinanti⁵³. In estrema sintesi esso si fonda sulla definizione di un limite massimo di emissioni (*Cap*) che il sistema è in grado di sostenere, ed assegna a tutti gli agenti economici coinvolti un numero finito di diritti di emissione di CO₂ acquistabili, necessari per poter svolgere attività economiche inquinanti e diretti a “compensare” le esternalità negative delle attività medesime. Il fatto che esistano diritti di emissione “scarsi” introduce una barriera quantitativa

⁵⁰ K. Trendacosta, *What the Facebook Whistleblower Tells Us About Big Tech*, Electronic Frontier Foundation, 8 ottobre 2021.

⁵¹ Per una riflessione sull'analogia ecologica v. Y. Citton, *The Ecology of Attention*. Cambridge, 2016.

⁵² P. Meel - D. K. Vishwakarma, *Fake news, rumor, information pollution in social media and web*, cit.

⁵³ V. R. Schmalensee – R. N. Stavins, *Lessons Learned from Three Decades of Experience with Cap and Trade*, in *Review of Environmental Economics and Policy*, 11(1), 2017.

al livello complessivo delle attività inquinanti esercitabili, favorendo il ripristino della capacità eco-sistemica di filtrare e mantenere sotto controllo la CO₂.

A parità di inquinamento, il sistema dei prezzi tende a favorire le imprese più produttive le quali possono acquistare i diritti di emissione da altre meno efficienti. Il punto qualificante del modello di *governance* delle emissioni di CO₂ sta proprio nell'introduzione di limiti quantitativi all'esercizio di diritti al fine di mantenere un ecosistema in equilibrio, senza che nessun potere centrale possa decidere arbitrariamente quali attività (e quali gruppi di elettori) preferire.

Per analogia, nel campo della *governance* del dibattito pubblico online si potrebbe introdurre un limite massimo di informazioni che ciascun utente può condividere su ogni piattaforma in un determinato arco di tempo. Tale metodo porrebbe un *Cap* al numero massimo di informazioni e idee che in ogni periodo possono essere gestite a livello complessivo dal sistema, distribuendo equamente tra gli utenti "titoli di emissione". Il risultato auspicabile sarebbe il riavviarsi spontaneo del meccanismo decentralizzato di selezione delle idee "migliori", facendo venir meno la giustificazione di sorveglianza e censura alla base del sistema attualmente in essere. L'introduzione di limiti quantitativi all'ingresso consentirebbe anche il ripristino di alcuni aspetti qualitativi, ristabilendo le condizioni in cui il governo del discorso pubblico possa avvenire senza conculcare al tempo stesso diritti e libertà delle persone

Certamente, nel campo della libertà di espressione non sarebbe immaginabile un sistema in cui il diritto di condividere informazioni possa essere "venduto", senza che ciò comporti il pericolo di mercificare nuovamente un diritto fondamentale. Per tale motivo, si potrebbe adattare il modello *Cap-and-Trade* alla natura personalissima dei "diritti di emissione" nel campo della libertà di espressione, stabilendo che essi non siano cedibili a terzi. Utilizzando una definizione classica⁵⁴, si potrebbe stabilire l'inalienabilità dei titoli di emissione ed ipotizzare di chiamare il modello con un nome diverso, ad es. *Cap-and-Use*. È chiaro che una simile riforma non possa essere da sola in grado di risolvere ogni problema, ma potrebbe essere un primo passo. Infatti, come accade per le emissioni di CO₂, l'obiettivo è quello di contenere sotto livelli di sostenibilità ecosistemica la circolazione di notizie false, non la loro, impossibile, eliminazione⁵⁵.

Ad un primo sguardo, lo sviluppo di modelli *Cap-and-Use* potrebbe essere utile sotto due punti di vista. In primo luogo, sul piano collettivo, il sistema verrebbe rimesso nella condizione di poter vagliare e filtrare in maniera decentralizzata le idee in circolazione senza l'intervento costante e continuo di un censore pubblico o privato che sia. Non solo, esso renderebbe possibile il superamento della falsa dicotomia tra proliferazione incontrollata di fake news e accettazione di sorveglianza e censura, consentendo di uscire dallo stato attuale di *chilling effect*. In secondo luogo, dalla prospettiva del singolo utente, l'introduzione di limiti quantitativi alle emissioni di idee ed informazioni imporrebbe di vagliare più approfonditamente il valore e la fondatezza delle stesse, andando così a selezionare le idee considerate di maggior interesse e valore dall'utente

⁵⁴ G. Calabresi – A. D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 85(6), 1972, 1089 ss.

⁵⁵ V. R. Schmalensee – R.N. Stavins *Lessons Learned from Three Decades of Experience with Cap and Trade*, cit., nt. 54.

stesso. Sin da subito un simile filtro iniziale favorirebbe l'emissione di informazioni che, almeno per il singolo, sembrano più robuste e credibili. Il cc.dd. *low level speech*, diffusosi grazie all'abbattimento delle barriere, verrebbe in larga parte escluso in partenza dagli stessi utenti i quali, dovendo scegliere, tenderebbero a condividere contenuti dal valore (soggettivo) superiore⁵⁶.

6. Una prospettiva di “sostenibilità giuridica”: fare i conti con le “esternalità costituzionali”

Le somiglianze ed i parallelismi tra regolazione del discorso pubblico e delle emissioni di CO₂ si comprendono ulteriormente se si assume un punto di vista che potremmo definire di “sostenibilità giuridica” dell'intera economia dell'informazione basata sul *free speech*⁵⁷. Infatti, anche se a parere di molti i sacrifici imposti nel campo dei diritti e delle libertà fondamentali sembrano trovare giustificazione nella “*newness*” di internet, vi sono numerose ragioni di allarme sul piano della “sostenibilità” di un simile stato di eccezione. Tali *unintended consequences* appaiono sempre di più una forma di “esternalità costituzionali” dell'attuale modello di governo del discorso, sulla cui compatibilità nel tempo con il modello democratico molti sollevano più di un dubbio.

Simili riflessioni presentano elementi di similitudine con il dibattito economico e di policy riguardo alla sostenibilità ambientale del modello di sviluppo che ha caratterizzato la seconda metà del XX secolo fino ai giorni nostri. Forse per eccesso di ottimismo e ragioni di comodo, già allora non sono stati ascoltati i numerosi campanelli d'allarme che ricercatori e società civile suonavano da tempo.⁵⁸ Infatti, la travolgente crescita economica che ha caratterizzato quel periodo è stata possibile anche grazie all'impiego di tecnologie tanto performanti quanto inquinanti, che oggi non sarebbero più consentite, a causa delle gravi esternalità ambientali ad esse associate. Eppure per decenni tali esternalità sono state sottovalutate da parte di molti governi e di numerosi accademici.

Nessuno sembrava disposto a porre limiti allo sviluppo economico alimentato dalle tecnologie del tempo solo per il timore che sul lungo termine avrebbero potuto non risultare sostenibili. Vi era infatti la radicata convinzione che l'innovazione tecnologica avrebbe trovato una soluzione per rendere sostenibile il sistema economico, in modo da garantire la rigenerazione del capitale naturale a favore delle presenti e future

⁵⁶ A. Sajó - C. Ryan, cit., 19; B. Leiter, “*Cleaning cyber cesspools*,” cit.

⁵⁷ Anche esponenti della società civile hanno suggerito l'uso della metafora climatica per affrontare i temi legati all'economia dell'informazione, v. C. Blengino, *Privacy e cambiamenti climatici*, in *Il Post*, 2 novembre 2021.

⁵⁸ Per una cronistoria v. J.H. Dunk – D.S. Jones *Sounding the Alarm on Climate Change, 1989 and 2019* in *New England Journal of Medicine*, 382, 2020, 205 ss.; per un aggiornamento sullo stato attuale v. O. Milman, *World is failing to make changes needed to avoid climate breakdown, report finds*, in *The Guardian*, 28 ottobre 2021.

generazioni⁵⁹. La fiducia nella tecnica era allora tanto forte quanto lo è oggi⁶⁰, e molti accademici si sono spesi per articolare teorie economiche dello sviluppo spesso compiacenti: una vera e propria attività di *framing* accademica e politica diretta a presentare come sostenibili i tassi di depauperamento del “capitale naturale”. Tali idee poggiavano sull’assunto che il “capitale naturale” fosse sostituibile con “capitale tecnologico” funzionalmente equivalente. Questo approccio, che sostiene aspettative ottimistiche riguardo alla capacità della tecnologia di compensare le perdite ecosistemiche causate dalle esternalità ambientali, prende il nome di “*weak sustainability*”⁶¹.

Con il passare degli anni, grazie all’emergere di nuove consapevolezze e di dati pressoché inoppugnabili relativi all’emergenza climatica, l’ottimismo ha lasciato spazio a posizioni più prudenti e consapevoli rispetto alla (in)sostituibilità di alcune risorse naturali. È così emerso il cc.dd. paradigma della “*strong sustainability*”: le teorie che fanno riferimento a quest’ultimo approccio sottolineano come vi sia un nucleo di risorse naturali che costituiscono il capitale insostituibile ed essenziale per il mantenimento della capacità dell’ecosistema di riprodursi. Senza la tutela ed il mantenimento di tali risorse, l’ambiente naturale ed il sistema economico stesso perderebbero la capacità di replicarsi stabilmente portando a disastri ambientali, sociali ed economici, già oggi visibili. Tale cambio di paradigma non si è ridotto ad essere un fenomeno accademico, bensì sta avendo un significativo impatto politico, economico e giudiziario. Si sta infatti assistendo progressivamente ad iniziative politiche e sentenze giudiziarie dagli effetti profondi sulle strategie di impresa anche di grandi multinazionali. Il diverso approccio alla sostenibilità ambientale si sta riverberando in decisioni giudiziarie senza precedenti, in cui vediamo alcune corti giudiziarie arrivare ad imporre a multinazionali residenti nel proprio Paese la riduzione delle emissioni inquinanti, anche quando esse avvengano al di fuori della propria giurisdizione. Obbligo che si traduce in un’accelerazione del processo di conversione tecnologica, favorendo l’adozione di soluzioni meno inquinanti a costo di subire salate multe nel caso di mancato rispetto di obiettivi di sostenibilità ambientale.⁶² Il costo economico per le imprese attive in settori altamente inquinanti sta diventando insostenibile, tanto che alcune di esse sembrano disposte a trasferire

⁵⁹ Per un utilizzo della nozione di sostenibilità in materia di artefatti culturali (di cui il diritto è parte), v. I. Rizzo - D. Throsby, *Cultural Heritage. Economic Analysis and Public Policy*, in A.V. Ginsburgh – D. Throsby (eds.), *Handbook of the Economics of Art and Culture*, Amsterdam, 2006

⁶⁰ E. Morozov, *Silicon Valley: i signori del silicio*, Torino, 2016.

⁶¹ Per un approfondimento sui paradigmi della sostenibilità, v. G.R. Davies *Appraising Weak and Strong Sustainability: Searching for a Middle Ground Consilience*, in *The Journal of Sustainable Development*, 10(1), 2013, 111.

⁶² Il 26 maggio 2021 il District Court di The Hague ha imposto alla Royal Dutch plc di ridurre del 45 % le emissioni di CO₂ entro il 2030 rispetto al livello del 2019. Una decisione storica, ora appellata, ma che dà la misura di quanto la questione della sostenibilità possa arrivare a superare obiezioni di tipo economico legati ai “costi di transizione”. V. D. Boffey, *Court orders Royal Dutch Shell to cut carbon emissions by 45% by 2030* in *The Guardian*, 26 maggio 2021. La decisione è importata al punto che alcuni commentatori parlano di *Shell Effect*. Ancora più recentemente una corte francese ha condannato lo stato francese Agence France-Press, *Court orders French government to ‘repair’ carbon emissions overshoot*, in *The Guardian*, 14 ottobre 2021. Per una prospettiva sul tema delle “*climate change litigation*” v. J. Setzer – C. Higham, *Global trends in climate change litigation: Policy report 2021*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Centre for Climate Change Economics and Policy, United Kingdom, 2021.

la sede principale in Paesi extra UE pur di non doversi adeguare al nuovo cambio di paradigma anche a livello giudiziario⁶³.

Dalle vicende appena richiamate, possiamo tracciare alcuni parallelismi con il dibattito in merito alla “sostenibilità giuridica” delle attuali regole in materia di contrasto alle fake news. Potremmo ricondurre le attuali posizioni teoriche a sostegno di soluzioni di regolazione del dibattito pubblico fondate su sorveglianza e censura ad un paradigma di “sostenibilità giuridica debole”. Tali prospettive sono propense a considerare le libertà individuali e la riservatezza come aspetti sacrificabili nel contesto del dibattito online, senza che ciò possa comprometterne la compatibilità costituzionale. In questo senso, i fautori di un approccio “debole” alla sostenibilità giuridica del sistema ritengono che tali libertà e diritti siano pertanto “sostituibili” con l’introduzione di soluzioni tecnologiche⁶⁴. Per quanto un pizzico di ottimismo sia stato più che comprensibile in un primo momento, l’effettiva capacità di simili soluzioni tecnologiche di sostituire libertà di espressione viene oggi sistematicamente smentita dai fatti.

Tali posizioni ottimistiche rischiano di sottovalutare i costi delle “esternalità costituzionali” dell’attuale modello regolatorio, andando così a depauperare il “capitale giuridico” delle nostre democrazie, di cui diritti e libertà fondamentali costituiscono un elemento insostituibile. Rimanendo nella metafora dell’inquinamento, stiamo correndo il rischio di considerare sostenibile ed efficiente un paradigma di crescita nel campo digitale fondato sulla mercificazione di dati e libertà di parola che, invece, risulterà *ex post* insostenibile.

Al contrario, i tempi sembrano maturi per l’adozione di un approccio che potremmo chiamare di “sostenibilità giuridica forte”, senza aspettare di ritrovarci in un ecosistema giuridico e costituzionale ormai compromesso. L’idea del *Cap-and-Use* è solo una provocazione per stimolare l’evoluzione del discorso in tal senso. Certamente, i costi economici di breve periodo legati alla transizione tecnologica necessaria al ripristino di un ambiente giuridicamente sostenibile non sarebbero trascurabili. Alcuni agenti economici, che nel frattempo hanno investito nella tecnologia della sorveglianza, potrebbero sostenere costi inattesi. Al contempo, tuttavia, un intervento tempestivo da parte di corti giudiziarie e legislatori eviterebbe costi collettivi ben maggiori, risparmiando alle nostre società tutte imprevedibili crisi di natura costituzionale e dagli esiti incerti.

7. Conclusioni

Lo stato di crisi in cui versa il dibattito pubblico online è sotto gli occhi di tutti e nessuno allo stato attuale ha in mente una ricetta per rimediare rapidamente⁶⁵. Vi è sempre più la consapevolezza che stiamo raggiungimento (abbiamo già raggiunto?) un punto di rottura, un “*boiling point*”⁶⁶, oltre il quale non sarebbe opportuno andare, a costo di

⁶³ V. *Shell to shift tax base to UK and ditch dual share structure*, in *Financial Times*, 15 novembre 2021.

⁶⁴ L. Rainie – J. Anderson – J. Albright, *The Future of Free Speech, Trolls, Anonymity and Fake News Online*, Pew Research Center, 29 marzo 2017.

⁶⁵ Per una panoramica delle diverse idee a riguardo v. *ibidem*.

⁶⁶ G. Buttarelli, *Speech to LIBE on Annual Report 2017*, Bruxelles.

mettere a repentaglio la sostenibilità costituzionale dell'economia dell'informazione. Il paradosso che ci troviamo a vivere è che da un lato il dibattito pubblico si ritrova vittima di fake news ingegnerizzate e diffuse da parte di organizzazioni specializzate, dall'altro la gran parte delle persone vive gli effetti distorsivi del *chilling effect*, limitandosi a condividere informazioni e idee riconducibili ad un "comune denominatore" sempre più piccolo. Un'agorà digitale sempre più sorvegliata e silenziosa, che viene funestata da raid ostili da parte di forze straniere e nazionali intese a trarre vantaggio dall'attuale stato di crisi delle democrazie pluralistiche. Il riflesso sul piano costituzionale è preoccupante: conformismo, autocensura e sorveglianza massiva pubblico-privata stanno minando l'autonomia dei cittadini colpendo così il cuore della *rule of law*⁶⁷. La convinzione di chi scrive è che gli attuali modelli abbiano costi costituzionali che dovranno essere presi in considerazione prima che esplodano in maniera incontrollata⁶⁸. Esistono limiti all'innovazione giuridica strumentale all'innovazione tecnologica⁶⁹, non riconoscerli potrebbe avere ripercussioni tanto gravi quanto la sottovalutazione delle esternalità ambientali. Sempre di più l'insegnamento di un Maestro diventa istruttivo: il valore della libertà lo si apprende quando inizia a mancare⁷⁰. La democrazia muore se i democratici peccano di ottimismo smettendo di ascoltare le sirene di allarme nel campo dei diritti e delle libertà. È forse il momento di guardare altrove e pensare all'introduzione di limiti quantitativi alle "emissioni" sui social media. Se un *business model* o una industria risultano "troppo inquinanti" il diritto può e deve imporre che tali emissioni vengano ridotte.

Non sarebbe la prima volta in cui il diritto imporrebbe il superamento di un modello di sviluppo inquinante ed insostenibile, anche a costo di accettare ingenti perdite in alcuni settori dell'economia. Si pensi alla fermezza con cui il modello di sviluppo fondato sull'estrazione di combustibili fossili è oggi oggetto di grandi riforme, anche molto costose per gli agenti economici coinvolti. Una trasformazione imposta senza sottostare ai desiderata dell'industria, come dimostrano decisioni giudiziarie come quelle citate poc'anzi sulla riduzione delle emissioni. In maniera simile, ci si può attendere (e già se ne vedono i primi sentori) che le nuove consapevolezze in termini di (in)sostenibilità giuridica dell'attuale modello di sviluppo nel campo dell'economia digitale si traducano in decisioni giudiziarie forti ed iniziative politico-normative ben più intense di quelle attualmente in essere.

⁶⁷ V. sul punto R. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021.

⁶⁸ Sia consentito di rinviare a M. Giraudo, *On legal bubbles: some thoughts on legal shockwaves at the core of the digital economy* in *Journal of Institutional Economics*, in corso di pubblicazione, 2021.

⁶⁹ B. Frischmann – E. Selinger, *Why a Commitment to Pluralism Should Limit How Humanity Is Re-Engineered*, in K. Werbach (ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity*, Cambridge, 2020, 155 ss. V. anche M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. *Spunti di comparazione*, cit.

⁷⁰ V. P. Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione agli studenti di Milano* del 26 gennaio 1955, in Id., *Discorso sulla Costituzione ed altri scritti*. Napoli, 2007 [1955].