

Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione

MICHELA MANETTI*

Data della pubblicazione sul sito: 6 febbraio 2020

Suggerimento di citazione

M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Siena (attività didattica prestata presso l'Università degli studi di Roma "Tre"). Indirizzo mail: michela.manetti@unisi.it.

1. L'espulsione del Presidente degli Stati Uniti da Facebook, Twitter e altri social media è stata interpretata, da alcuni, come lecita applicazione delle condizioni contrattuali, da altri come una illecita censura privata.

Tra i primi, qualcuno ha addirittura invocato l'estensione della misura al resto del mondo: dopo questo precedente, infatti, le piattaforme sarebbero obbligate a chiudere gli account di tutti i politici che incitano alla violenza¹. Tra i secondi, molti (anche tra coloro che *politicamente* concordavano con la necessità di mettere a tacere le *fake news* e gli appelli alla violenza di Trump), si sono dimostrati preoccupati dell'eventualità che le piattaforme possano silenziare anche forme di dissenso legittimo, approfittando dei poteri che *giuridicamente* detengono sulla base delle condizioni d'uso proposte, ma di fatto imposte, agli utenti².

Vale la pena riflettere su queste interpretazioni, perché rivelano quanto la logica privatistica sia giunta ad impedire non solo la vigenza, ma la stessa visibilità dei principi costituzionali, nella Rete e non solo.

2. L'idea che i titolari di funzioni pubbliche o costituzionali siano portatori della libertà di pensiero al pari di tutti gli altri cittadini deriva dall'esigenza, costituzionalmente imposta, di rispettare i diritti della persona che riveste la carica³. All'opposto che in passato, l'oggettività della funzione non prevale in via generale su quei diritti (dando luogo al totale assorbimento dell'essere umano nel *munus*), ma si afferma nella sola e stretta misura necessaria ad assicurare l'efficacia dell'agire pubblico.

Ora, le cariche monocratiche chiamano massicciamente in causa tale necessità, dal momento che rendono difficile, e al limite impossibile, distinguere i comportamenti tenuti al di fuori anziché nell'esercizio delle funzioni. Quando si parla del Capo dello Stato, tipicamente, i messaggi, volontari o non, verbali o non, che non siano circondati da uno scrupoloso riserbo, assumono inevitabilmente un significato pubblico, come dimostra a sazietà il dibattito sulle esternazioni formali e informali del nostro Presidente della Repubblica⁴.

¹ Così S. SREENIVASAN (intervistato da J. D'ALESSANDRO), in *La Repubblica*, 10 gennaio 2021.

² Tra i tanti R. LUNA, *Popper nella Silicon Valley*, in *La Repubblica*, 10 gennaio 2021, che si domanda: «che democrazia è quella che leva la parola al presidente democraticamente eletto?» e risponde: «Trump ha violato le regole della comunità di Twitter ed è stato espulso, non dalla vita politica, ma da quella comunità».

³ V. ora al riguardo C. BOLOGNA, *La libertà di espressione dei funzionari*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

⁴ Da non dimenticare in quest'ambito il tema affrontato da R. BORRELLO, *L'accesso del Presidente del Consiglio al mezzo radiotelevisivo*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*.

Non suona quindi paradossale predicare che questi personaggi, a causa delle funzioni rivestite, vedano ridursi i propri spazi di libertà⁵; e di conserva ritenere che, quando usava i social media con l'intento di diffondere il proprio pensiero *urbi et orbi*, Trump non stava esercitando una libertà, ma il potere spettante al Presidente di comunicare con i propri concittadini, e sia pure al di fuori delle vie ufficiali.

Il fatto poi che i personaggi politici preferiscano sottrarsi a tali vie, adottando lo stile informale (e talvolta corrivo) dei social media al fine di dialogare “da pari a pari” con i propri elettori, è evidentemente frutto dello stile populistico imperante. Tuttavia esso diventa non solo politicamente ingannevole, ma anche costituzionalmente illegittimo quando tali personaggi sono titolari di poteri giuridici autoritativi, e ciò nonostante rivendicano la libertà di pensiero come chiunque altro. Se è lecito e condivisibile infatti cercare di superare il divario tra le istituzioni e i cittadini utilizzando sedi di incontro e di colloquio informali, non lo è invece negare e occultare la funzionalizzazione che presiede ai messaggi diffusi pubblicamente dai rappresentanti delle stesse istituzioni, cui consegue d'altronde un regime di responsabilità ben diverso da quello dei comuni cittadini.

3. L'idea che gli spazi messi a disposizione dai social media, o almeno da quelli più importanti, siano soggetti integralmente ed esclusivamente alla disciplina contrattuale predisposta (o meglio imposta) dalle piattaforme è univoca espressione del punto di vista “interessato” di queste ultime. Ma questo è a sua volta il riflesso delle scelte dei poteri pubblici, che fin dall'inizio hanno voluto sottrarre la Rete a qualsiasi forma di intervento (salvo l'investimento degli ingenti capitali necessari a realizzarne le infrastrutture), pretendendo che in tal modo sarebbe stata assicurata agli utenti la massima libertà possibile.

Oggi è chiaro che quelle scelte hanno bensì favorito l'espansione della Rete, come si ripromettevano, ma l'hanno anche consegnata nelle mani di pochi potentati economici, che oltre a sfruttare a scopo di profitto i messaggi degli utenti esercitano su di essi veri e propri poteri di censura⁶. Sotto le forme del diritto privato si nasconde dunque (Santi Romano insegna) l'esercizio di poteri

⁵ Cfr. A. PACE, sub *Art. 21*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione* Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 102 ss.: «L'importanza della carica pubblica, in tali ipotesi, assorbe, infatti, nella sfera pubblica (quanto meno tendenzialmente) ogni manifestazione, quand'anche privata, dei titolari di essa e conseguentemente da un lato restringe la possibilità di effettuare pubbliche esternazioni di pensieri privati, dall'altro sottopone tali pubbliche esternazioni alla disciplina «funzionale» delle attività e degli atti degli organi pubblici».

⁶ Sia consentito rinviare a M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Medialaws.eu*, 3 giugno 2020, disponibile all'indirizzo www.medialaws.eu/rivista/regolare-internet/.

pubblicistici, fondati sull'originarietà e indipendenza che gli ordinamenti costituiti dalle imprese in questione sono riusciti ad affermare, sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento.

Rimane il fatto che dal punto di vista dell'ordinamento generale, e del diritto costituzionale in particolare, i social media – quando non vengano usati per comunicazioni riservate – possono tendenzialmente equipararsi o ad un *public forum*, come una strada o una piazza messa a disposizione della collettività, che richiede al gestore la più assoluta imparzialità, oppure ad un *massmedium*, che attribuisce all' esercente il potere di selezionare, nell'esercizio delle proprie libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, i messaggi che gli vengono sottoposti per la pubblicazione.

Nessuno dei due regimi è però, almeno per il momento, giuridicamente viabile, perché le piattaforme vogliono esercitare ed esercitano poteri di controllo sui messaggi (secondo le proprie regole, e talvolta anche in base ad un'impropria delega dei poteri pubblici), ma non vogliono e non possono essere equiparate ad editori, in quanto le norme statunitensi ed europee (sia pure in termini diversi) escludono espressamente la loro responsabilità per i messaggi illeciti diffusi.

Peraltro l'attività giurisdizionale, la riflessione dottrinale e qualche sporadica iniziativa legislativa mostrano di voler superare questo assetto, facendo emergere i diritti e i principi costituzionali che tramite le condizioni generali d'uso delle piattaforme vengono condannati all'oblio⁷.

4. Ciò posto, chi scrive ritiene che la chiusura degli account di Trump non possa essere spiegata nell'ottica privatistica or ora criticata, in quanto detta chiusura non è stata frutto dell'applicazione - lecita o illecita - delle condizioni d'uso delle piattaforme.

Anche ammettendo che al Presidente in carica spetti il *free speech* al pari di tutti gli altri cittadini, e che alle piattaforme spetti di imporre le condizioni d'uso che preferiscono, è da dubitare infatti che i messaggi diffusi da Trump nell'ultimo periodo della sua presidenza siano qualificabili come esercizio della libertà di pensiero, e che essi siano stati rimossi/inibiti per inosservanza di clausole contrattuali.

È bene innanzi tutto distinguere le c.d. *fake news* relative allo svolgimento delle elezioni presidenziali dall'appello al popolo che le ha seguite.

Alla chiusura degli scrutini Trump ha più volte affermato che la legge elettorale era illegittima e/o che c'erano stati brogli, e che a causa di ciò la vittoria gli era stata ingiustamente strappata. Molti *media* statunitensi hanno riportato fedelmente le sue affermazioni, ma hanno contestualmente fatto presente che queste non erano

⁷ V. al riguardo l'attenta disamina di M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, Roma, 2019.

suffragate da nessun elemento di fatto. Nel sistema statunitense, infatti, non esiste la notizia falsa; esiste la notizia com'è presentata, inevitabilmente, alla luce delle convinzioni dell'oratore, alla quale si può reagire non censurandola, ma esponendo versioni diverse. Il rimedio alle *fake news* quindi non è la censura, ma è “*more speech*”, ossia la prosecuzione del dibattito (ad eccezione dei momenti nei quali il dibattito diventa impossibile, ad esempio perché il Paese si trova in guerra)⁸.

Così dovrebbe essere in tutte le democrazie, anche se sappiamo che in Europa esistono radicate tendenze alla censura dei messaggi falsi (o ritenuti tali, questo è il punto), laddove sarebbe preferibile - e forse anche più efficace - riconoscere e potenziare, attraverso siti ben fatti ed agguerriti, una funzione pubblica di educazione all'uso della Rete e di lotta alla disinformazione⁹.

Quando le possibilità di rovesciare per vie legali la vittoria di Biden sono svanite, Trump ha fatto ricorso all'*extrema ratio*, chiamando il popolo a ripristinare, se necessario con la forza, quella che a suo avviso era la legalità costituzionale violata.

Ora, un appello del genere, se viene lanciato da un privato qualsiasi (da un partito, un'associazione) non è considerato negli Stati Uniti (e tanto meno in Europa), esercizio di *free speech*, bensì incitamento all'azione violenta e/o illegale, punibile come reato. È questo il punto fermo posto dalla sentenza “*Brandenburg v. Ohio*” del 1969, che considerò legittima l'incriminazione di un gruppo di neonazisti che aveva chiamato tutti i bianchi americani a recarsi a Washington per *costringere* il Governo a “eliminare i privilegi concessi alle altre razze”. Com'è noto, nel *categorical approach* della Corte Suprema esistono invero alcuni tipi di messaggi cui è negata la protezione del Primo Emendamento, quali ad esempio le oscenità, le minacce, le c.d. *fighting words*, nonché l'incitamento o l'istigazione in esame.

E se è vero che le piattaforme in generale non possono considerarsi responsabili nel caso in cui diffondano messaggi illeciti, certo l'*advocacy* in questione, caratterizzata dalla peculiare efficacia persuasiva che assumono le parole di un Presidente in carica, recava con sé un rischio talmente grave ed imminente di violenza (poi puntualmente realizzatasi), da comportare una possibile complicità (dei titolari) dei mezzi che l'avessero diffusa¹⁰.

⁸ «*Under the First Amendment there is no such thing as a false idea*»... «*we protect some falsehood in order to protect speech that matters*»: così le arcinote parole usate dalla Corte Suprema in *Gertz v. Robert Welch* (1974).

⁹ Questa è anche l'idea di G. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*. Giappichelli, Torino, 2018.

¹⁰ In quest'ottica definisce «dura, ma inevitabile» la decisione delle piattaforme E. CHELI (intervistato da V. ERRANTE), in *Il Messaggero*, 10 gennaio 2021.

Nel caso in questione tuttavia c'era un elemento differenziale rispetto al semplice, e pur concretamente pericoloso, appello alla illegalità e alla violenza: il Presidente con le sue parole e con i suoi comportamenti stava tentando un colpo di Stato. È qui che rileva clamorosamente la differenza tra la libertà di pensiero del *quisque de populo* e la funzione comunicativa o esternatoria del Capo dello Stato: solo quest'ultimo è in grado di attentare concretamente alla Costituzione tramite un semplice messaggio su Facebook. Solo Trump poteva chiedere obbedienza in virtù del proprio ruolo e ordinare al contempo la disobbedienza verso gli altri rappresentanti delle istituzioni, ivi inclusi i tribunali che avevano respinto i suoi ricorsi.

Ora, quando il Presidente usa tutta la propria autorità per contestare la legittimità dell'ordinamento che dovrebbe impersonare, questo comportamento non può essere bloccato nelle normali forme della repressione penale, ma richiede uno sforzo molto più intenso, non solo dell'apparato statale, ma anche dei comuni cittadini.

Le forze di polizia e l'esercito debbono decidere se obbedire o non obbedire al proprio capo; i cittadini debbono decidere se rimanere fedeli all'ordinamento vigente o abbandonarlo al suo destino. Nei drammatici momenti nei quali la legge non è più in grado di imporre automaticamente l'obbedienza (e non è esagerato pensare che il 6 gennaio scorso queste fossero le circostanze a Capitol Hill), ciascuno di noi è invero chiamato a prendere posizione: non riguardo ad un'opinione, ma riguardo all'adesione verso il sistema nel suo complesso. Quando la Costituzione è messa alla prova, tutti sono costretti a schierarsi, o per la conservazione o per l'instaurazione di un nuovo regime.

Come ha fatto notare Carlo Esposito, è nei momenti di crisi dell'ordinamento che il cittadino è chiamato ad agire in prima persona, dimostrando spontaneamente alla Costituzione quella fedeltà cui l'apparato coercitivo statale non è più in grado di obbligarlo¹¹. Ma lo stesso può dirsi dal punto di vista della Costituzione allo stato nascente che a quella vigente si contrappone, reclamando dai cittadini una eguale e contraria fedeltà.

Nel conflitto di lealtà tra i due ordinamenti in competizione, chi credeva a Trump ha ritenuto che fosse giusto ribellarsi e ha agito di conseguenza; chi non gli credeva ha cercato di bloccarlo: non ha risposto al suo appello e non lo ha diffuso ad altri.

Non si è trattato di una scelta politica partigiana, ma di una scelta fondamentale sulla sorte del regime *quo utimur*. È questo che hanno fatto le piattaforme, agendo in verità come comuni cittadini, e non come soggetti dotati di speciali poteri censori. E poco importa se esse hanno giustificato l'espulsione di Trump come una

¹¹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 37 ss.

forma di applicazione delle condizioni d'uso che chiunque voglia appartenere ai *social network* deve sottoscrivere: d'altra parte rischiavano di rispondere in prima persona, se alla fine Trump fosse riuscito ad imporsi¹².

È grazie al prevalere della fedeltà tra i cittadini, oltre che tra i rappresentanti delle istituzioni statunitensi, che oggi appare perfettamente legittimo l'impeachment votato dal Congresso contro un Presidente che è venuto meno al proprio giuramento di "proteggere e difendere la Costituzione degli Stati Uniti". Una vicenda memorabile per il diritto costituzionale, e non per il diritto dei contratti.

¹² Per questo non sembra neppure lecito accusarle di essersi volute ingraziare a buon mercato il nuovo Presidente (così R. LUNA, *Popper nella Silicon Valley*, cit.)