

*Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali**

di MARCO BETZU

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Cagliari e dottore di ricerca nell'Università di Ferrara.

«A word is not a crystal, transparent and unchanged,
it is the skin of a living thought and may vary greatly in color
and content according to the circumstances and the time in which it is used»,
Oliver Wendell Holmes, *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418 (1918).

1. Per un'interpretazione evolutiva dell'art. 15 della Costituzione.

Le società si trasformano. La nostra è diventata la società della comunicazione tecnologica, ma le norme costituzionali di riferimento, gli artt. 15 e 21, non sono mutate. O forse sì?

Nel 1952 Franco Pierandrei, in un fondamentale saggio sull'interpretazione costituzionale, ribadiva con fermezza che «se l'interpretazione delle norme giuridiche in generale presenta e non può non presentare carattere evolutivo, evolutiva in modo eminente è l'interpretazione delle regole costituzionali»¹. Così ragionando l'illustre A. applicava alla giovane Costituzione i più maturi risultati cui era giunta nei primi del Novecento quella dottrina giuridica italiana, specialmente civilistica, che aveva definitivamente lacerato il velo apposto a suo tempo dalla concezione oggettivistica delle interpretazioni meccanicistiche del diritto². Basti ricordare quanto affermato con limpida

* Saggio vincitore del IV Concorso a tema "L'impatto della scienza e della tecnica sul diritto e sui diritti" della Rivista *Quaderni costituzionali*, il Mulino, Bologna, e ivi pubblicato nel n° 3 del 2006, p. 511 ss.

¹ F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 509.

² Concezione propria di una teoria che, utilizzando le categorie di N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 250, suole definirsi giuspositivistica in senso stretto.

chiarezza da Betti, secondo il quale l'ordinamento giuridico non avrebbe potuto essere in alcun caso inteso in termini statici, «come un'ossatura fossilizzata o come una formazione graduale di cristalli», ma dinamici, «come un organismo in perenne movimento»³. L'interpretazione in funzione normativa non ha ad oggetto costruzioni dogmatiche logicamente autosufficienti; non aspira «a una astratta e immobile giustizia, ma alla composizione nel modo più adeguato possibile [...] della convivenza tra soggetti individuali e collettivi»⁴. Si realizza così una interdipendenza tra le regole giuridiche e il loro sostrato fattuale che, se per un verso si estrinseca in un circolo ermeneutico tra regola e caso⁵ (tanto che può arrivare a parlarsi di “pressioni” del caso sul diritto⁶), da un altro si lascia apprezzare in una dimensione diacronica, evolutiva per eccellenza. La concezione oggettivistica in senso estremo viene dunque sconfitta perché dinnanzi a una serie di casi variegata e proiettata nel tempo la nuda lettera viene riempita di significati diversi attraverso i quali, in via a un tempo progressiva e simultanea, mantiene vivo l'ordinamento particolare di cui è parte nell'evolversi continuo dei rapporti sociali.

La necessità di un'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali era già stata illustrata, tra gli altri, da Smend, che nell'ambito della teoria dello Stato come integrazione aveva sostenuto che è il senso stesso di una costituzione, «la sua intenzione tendente non al particolare, ma alla totalità dello Stato e alla totalità del suo processo di integrazione», ad esigere «quell'interpretazione elastica, suppletiva della costituzione, che è di gran lunga lontana da ogni altra interpretazione del diritto»⁷. Negli Stati Uniti il giudice Holmes descriveva le disposizioni costituzionali parlando di «organiche istituzioni viventi» e rifuggiva l'idea che esse potessero essere considerate mere «formule matematiche che trovano la loro essenza nella loro forma»⁸. In *Missouri v. Holland*, Holmes

³ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, (1949), 1971, 31.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 41 s.

⁵ V. H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1965.

⁶ V. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 41 s. Per un esempio recente nella giurisprudenza costituzionale sia consentito rinviare a M. BETZU, *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in *Le Istituzioni del Federalismo 2005*, 875 ss.

⁷ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 150 s.

⁸ Lo riferisce F. PIERANDREI, *op. cit.*, 510, che a sua volta si rifà a GALL, *Judicial Decisions and Judgement*, New York, 1946, 57.

così ammoniva quanti ritenevano fosse possibile intendere il significato del testo costituzionale attraverso operazioni “euclidee”⁹: «With regard to that we may add that when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation»¹⁰.

Simili impostazioni sono particolarmente feconde se applicate nello studio dei diritti costituzionali, soprattutto quando si pone l’accento sulla tensione che sarebbe venuta a crearsi tra il testo costituzionale e il mutato contesto sociale di riferimento. Ponendosi in questa visuale quel che risulta più interessante è misurare il grado di “apertura” delle disposizioni costituzionali sui diritti, e quindi la relativa capacità di recepire – senza arrivare al punto di rottura – significati aggiuntivi dal sostrato materiale e dalle fonti sottostanti¹¹.

Seguendo questo modo di ragionare, vi è una libertà in riferimento alla quale le innovazioni tecnologico-normative degli ultimi anni innescano problematiche che sembrano rendere per certi aspetti palesemente inadeguate le impostazioni dogmatiche tradizionali: la libertà di corrispondenza e comunicazione. La polifunzionalità dei mezzi trasmissivi resa possibile dalle nuove tecnologie pone, tra le altre, una questione particolarmente significativa per il costituzionalista: il corretto inquadramento costituzionale delle diverse attività comunicative, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano delle rispettive garanzie e limiti¹². Si impone un’interpretazione evolutiva dell’art. 15 che sia in grado di dipanare quell’intreccio che, venutosi a creare con

⁹ L’espressione è utilizzata, in altro contesto, da R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 61.

¹⁰ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

¹¹ La terminologia utilizzata si deve a S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 407 ss.

¹² Cfr. P. CARETTI, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Bologna, 2005, 210 ss.; E. CHELI, *Conclusioni*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2003, 184 s.; A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, 143 ss., 187 ss.

l'art. 21, appare logicamente inestricabile se analizzato attraverso le categorie dogmatiche tradizionali.

2. Nuove tecnologie, vecchi paradigmi..

Secondo tradizione, il criterio atto a distinguere la sfera di applicabilità dell'art. 15 da quella dell'art. 21 Cost. risiede, oltre che nel carattere di attualità della comunicazione, soprattutto nella sua intersubiettività. Tale secondo requisito consiste in ciò che, a differenza che nella seconda fattispecie, le espressioni di pensiero cui si riferisce la prima devono essere formulate da un soggetto mittente (persona fisica o giuridica) al fine di farle pervenire nella sfera di conoscenza (o conoscibilità) di uno o più soggetti destinatari previamente individuati¹³.

In senso conforme alla dottrina dominante, la Corte costituzionale ha precisato che la distinzione in parola «si incentra nell'essere la comunicazione, nella prima ipotesi, diretta a destinatari predeterminati e tendente alla segretezza e, nell'altra, rivolta invece ad una pluralità indeterminata di soggetti»¹⁴.

Tale ricostruzione rinveniva un fondato appoggio nell'assetto delle telecomunicazioni, incentrato sulla coincidenza tra il mezzo utilizzato e il servizio che per il suo tramite era trasmesso, cosicché sulla base del mezzo concretamente impiegato era possibile desumere con sufficiente certezza il carattere intersoggettivo o meno della comunicazione. Tale struttura era ben esplicitata nella definizione adoperata nelle Convenzioni internazionali di Madrid del 6 dicembre 1932 e di Buenos Aires del 22 dicembre 1952, secondo cui «per telecomunicazioni si intende ogni emissione, trasmissione o ricezione di segni, di segnali, di scritti, di immagini, di suoni o di informazioni di qualsiasi natura, per filo, radioelettrica, ottica o a mezzo di altri sistemi elettromagnetici». L'innovazione realizzatasi nelle tecnologie comunicative, con

¹³ Così, tra i molti, P. BARILE, E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 744; P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 202.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 1030/1988, in *Giur. cost.* 1988, 5000, ove l'espressione «tendente alla segretezza» pare appunto assegnare a questa un carattere meramente eventuale, quale elemento naturale ma non necessario della comunicazione ex art. 15.

particolare valenza nell'ultimo decennio, ha reso questa definizione e le distinzioni che ne derivano del tutto inadeguate.

I principali passaggi dello sviluppo tecnologico sono comunemente collegati a tre innovazioni di rilievo: l'applicazione dell'informatica alle comunicazioni, l'introduzione di nuovi mezzi di trasmissione dei segnali, il passaggio dal sistema analogico a quello digitale. Il primo, cui si è dato il nome di telematica, è il più risalente. La telematica, termine derivante dalla contrazione semantica di "telecomunicazioni" e "informatica" coniato da Nora e Minc nel 1978¹⁵, è un «metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza mediante l'impiego di un linguaggio computerizzato»¹⁶. Essa consiste quindi «nella fornitura di servizi di natura informatica attraverso le reti di telecomunicazione»¹⁷, di modo che si passa da una mera trasmissione dei dati a una loro più complessa elaborazione. Ma l'innovazione maggiore e più recente, rispetto alla quale le altre si pongono in una posizione a un tempo prodromica e servente, è rappresentata dall'evoluzione delle tecniche di trasmissione e, quindi, dal passaggio graduale dal sistema analogico, basato su una «rappresentazione originale»¹⁸ dei segnali trasmessi, a quello numerico-digitale, tramite il quale si realizza una «scomposizione di dati, immagini e suoni nei loro componenti atomici e nella loro riduzione ad un agglomerato di bit, cioè di impulsi in successione, che assumono l'aspetto di "uno" e "zero"»¹⁹. E' proprio la "rivoluzione digitale" a segnare una linea di discontinuità rispetto al passato, perché, unitamente alle tecniche di compressione dei segnali che riducono all'essenziale la quantità di *bit* necessari a veicolare suoni, dati e immagini, ha definitivamente implementato il processo di convergenza tecnologica. La convergenza ha rotto la tradizionale corrispondenza tra mezzi e servizi perché ha reso neutre le reti rispetto ai contenuti trasmessi, garantendo una interoperabilità tendenzialmente completa tra i diversi sistemi. Il cuore della convergenza è proprio la multimedialità, attraverso la quale

¹⁵ S. NORA, A. MINC, *L'informatisation de la société*, Paris, 1978.

¹⁶ V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 60.

¹⁷ R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 181.

¹⁸ *Ivi*, 183.

¹⁹ R. ESPOSITO, *La risposta normativa all'evoluzione tecnologica*, in *Informazione e telecomunicazione*, a cura di R. Zaccaria, Padova, 1999, 251.

più linguaggi comunicativi transitano sullo stesso mezzo. Se permangono le differenze fisiche tra i mezzi, come il televisore o il telefono, vengono infatti meno quelle che attengono alla funzione, cosicché «una stessa, singola comunicazione è in grado oggi di convogliare lo stesso contenuto informativo, lo stesso servizio, indipendentemente dalla rete su cui transita per raggiungere l'utente finale purché esso sia dotato di un qualunque terminale»²⁰. Paradigmatico in tal senso proprio il caso del telefono cellulare, che da mezzo tipicamente adibito alla comunicazione intersoggettiva è ormai in condizione, grazie al sistema UMTS, di ricevere non più soltanto suoni, ma anche immagini, se non trasmissioni televisive o – addirittura – opere cinematografiche²¹.

Di grande rilievo nell'assecondare il processo di convergenza tecnologica è stato (ed è) l'apporto del legislatore comunitario. Si pensi all'impulso che in questa direzione è stato dato dalla politica europea delle telecomunicazioni, tutta improntata, a partire dalla sentenza *British Telecommunications* del 1985 della Corte di giustizia²² e fino al pacchetto delle direttive del 2002²³, alla liberalizzazione dei mercati e all'armonizzazione delle legislazioni nazionali²⁴. Essa ha avuto un forte effetto "a cascata" nell'ordinamento italiano, sia in chiave di un superamento dei monopoli pubblici nel mercato delle telecomunicazioni, sia – in seguito al varo delle direttive cosiddette di seconda generazione – sul versante più strettamente organizzativo, nell'ottica di una convergenza normativa delle autorità di regolazione²⁵. Ma si pensi anche alla significativa definizione di cui alla lettera *dd*) dell'art. 1 del *Codice delle comunicazioni elettroniche*²⁶, secondo cui sono reti di comunicazione elettronica «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi

²⁰ S. CINCOTTI, *La convergenza tecnologica*, in *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2005, 25 s.

²¹ E' il caso del servizio offerto di recente dalla compagnia H3G.

²² Corte di giustizia, sent. 20 marzo 1985, ove è affermato il principio dell'applicabilità delle regole della concorrenza al settore delle telecomunicazioni.

²³ Sono la direttiva 2002/21/CE (detta quadro), la direttiva 2002/19/CE, la direttiva 2002/20/CE, la direttiva 2002/22/CE.

²⁴ *Amplius*, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Torino, 1999.

²⁵ Cfr. S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 33 ss.

²⁶ D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, con il quale sono state recepite le direttive comunitarie del 2002.

elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato», laddove viene in evidenza la piena neutralità dei mezzi utilizzabili rispetto ai diversi servizi fornibili²⁷. Si tratta di una nozione non a caso ampia e generica, in quanto essenzialmente «tesa a cogliere le implicazioni, sul versante della regolamentazione pubblica, del processo di convergenza tecnologica, funzionale ed economica dei settori delle telecomunicazioni, della televisione e dell'informatica»²⁸.

La carica dirompente delle innovazioni tecnologiche – e, a ruota, normative, tanto di diritto comunitario che di diritto interno, principalmente volte ad assecondare le prime nella predisposizione di un quadro normativo unitario – dianzi sinteticamente descritte appare dunque con tutta evidenza, così come è ormai palese l'insufficienza del criterio della determinatezza nel tracciare una solida distinzione tra i diversi tipi di comunicazioni. Due esempi per tutti: il servizio di *video on demand* e le nuove funzioni dei più recenti telefoni cellulari.

Come è noto, il primo consiste in un servizio interattivo che consente all'utente di richiedere la trasmissione ad orari predeterminati di programmi video, che, tra l'altro, possono essere avviati e fermati come se si utilizzasse un normale lettore *dvd*²⁹. Se si ha riguardo alla posizione del soggetto emittente, non sfuggirà in questo caso la scarsa rilevanza della determinatezza del destinatario del servizio. Pur essendo la persona individuata nella propria identità, sostenere che si è di fronte a un atto di esercizio della libertà di comunicare riservatamente sarebbe piuttosto disinvolto. Trascurerebbe, inoltre, la reale natura dell'interesse costituzionale che l'art. 15 è chiamato a selezionare e tutelare.

²⁷ E' tuttavia da segnalare in termini critici quanto previsto dal comma 3 dell'art. 2, secondo cui rimangono ferme le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi. Sul punto v. P. CARETTI, *Diritto dell'informazione*, cit., 208.

²⁸ M. CLARICH, G. F. CARTEI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva giuridica*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura dei medesimi, Milano, 2004, 1 s.

²⁹ Cfr. R. ESPOSITO, *La risposta normativa*, cit., 260 ss.

Giacché, ai fini che in questa sede rilevano, l'interesse che qui viene in considerazione non è quello di proteggere quel particolare aspetto della persona umana collegato alla relativa sfera di intimità e ai rapporti che in essa si svolgono³⁰, ma quello di natura strettamente economica connesso all'esercizio dell'attività di impresa, la cui tutela sarà quindi da rinvenire *massime* negli artt. 21 e 41, primo comma, Cost. La volontà di selezionare determinati destinatari non rappresenta infatti in questo caso l'espressione di una particolare sfera spirituale nella relativa dimensione relazionale, ma soltanto lo strumento necessario al conseguimento di un utile economico, perché la scelta è subordinata unicamente alla stipula di apposito contratto cosiddetto di "abbonamento", rientrando per l'appunto nell'ampia categoria dei contratti di impresa, e all'adempimento delle obbligazioni dallo stesso nascenti. Diversamente, se si prende in considerazione la posizione giuridica del soggetto utente che si estrinsechi nella richiesta di quel determinato programma a quella certa ora. In questo caso, infatti, a nulla rilevano le caratteristiche "commerciali" del ricevente, potendo egli essere tanto una persona fisica che un ente privato³¹, sicché, data la determinatezza e infungibilità del destinatario e la (tendenziale) segretezza della comunicazione, la libertà che viene in rilievo è quella tutelata dall'art. 15³².

D'altro canto attraverso il sistema UMTS (*Universal Mobile Telecommunication System*) è possibile ricevere sul monitor del telefonino qualsiasi tipo di contenuti. Si pensi non solo alla possibilità di inviare messaggi multimediali a una cerchia talmente ampia di destinatari da risultare nei fatti indeterminata, ma, soprattutto, alla capacità di ricevere

³⁰ Ossia quello tutelato dall'art. 15 Cost., secondo l'autorevole definizione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. 2, Padova, 1975, 1062.

³¹ Del resto, titolari della situazione giuridica (diritto soggettivo) garantita dall'art. 15 Cost. possono essere non solo le persone fisiche, ma anche le formazioni sociali nelle quali, ai sensi dell'art. 2 Cost., le prime possono svolgere la loro personalità. Cfr. ad es. A. PACE, *Art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 98; P. CARETTI, *Corrispondenza*, cit., 202. Rimangono pertanto esclusi lo Stato e gli altri enti pubblici, le cui comunicazioni dovrebbero rinvenire fondamento e limiti nelle disposizioni costituzionali (e nella legislazione ordinaria che delle prime costituisce lo svolgimento) sull'organizzazione dell'amministrazione pubblica: A. PACE, *op. loc. cit.*, 98; *contra* V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 30.

³² V., acutamente, V. ZENO ZENCOVICH, *Appunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in *Dir. inf.* 1996, 400; A. CERRI, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, *ivi*, 790 ss. *Contra* A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione*, cit., 210.

contenuti radiotelevisivi quali, tra gli altri, trasmissioni di intrattenimento, eventi sportivi, opere cinematografiche. Valgono anche in questo caso le considerazioni svolte con riferimento ai servizi di *video on demand* e, quindi, *massime*, l'insufficienza del requisito della determinatezza dei destinatari della comunicazione, il quale finisce per trascolorare in un criterio di massima, assolutamente non decisivo in concreto. Detto altrimenti, una condizione certo necessaria, ma non sufficiente, e pertanto non del tutto appagante sul piano euristico.

3. Comunicazioni e manifestazioni del pensiero nel prisma della libertà di informazione.

L'intreccio esistente tra le comunicazioni intersoggettive riservate e le mere manifestazioni del pensiero è apprezzabile anche sotto un'altra angolazione. Deve infatti evidenziarsi come la convergenza abbia definitivamente messo in luce quell'affinità strutturale tra gli artt. 15 e 21 che già Esposito aveva avuto modo di rimarcare, sottolineandone l'identica matrice contenutistica³³. La neutralità del mezzo rispetto al contenuto, di cui Internet è un paradigma, ha comportato un ampliamento notevole delle potenzialità della comunicazione riservata tra soggetti determinati. Il riferimento è alla tradizionale coincidenza tra forma espressiva e scrittura, con tutte le materiali limitazioni che ne derivavano. Ma la trasformazione del linguaggio scritto in una successione di *bit* ha determinato tanto un aumento in senso quantitativo delle comunicazioni intersoggettive, quanto un incremento qualitativo delle capacità comunicative dei cittadini. Si pensi alle finalità *lato sensu* informative delle *mailing list* chiuse, dei *blog* (veri e propri diari personali *on line*) o dell'*Internet Relay Chat* con procedura *Direct Client To Client*. E' evidente che per questa via si relativizza la dicotomia tra comunicazione pubblica e comunicazione privata³⁴. La riconosciuta possibilità di instaurare rapporti comunicativi particolarmente ampi e, a un tempo, la capacità tecnica di mantenerli segreti ai terzi estranei spostano

³³ Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 22 s. Peraltro l'opinione formulata dall'A., secondo cui la prima costituirebbe una sottospecie della seconda, sembra eccedere largamente le premesse e pare pertanto non condivisibile. V. anche A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione*, cit., 148 ss.

³⁴ Cfr. A. D'ALOIA, *Libertà di manifestazione del pensiero e mezzi di comunicazione*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta e G. Silvestri, Milano, 2005, 106.

infatti di gran lunga il confine tra intersoggettività e diffusione. Non nel senso di renderlo evanescente, quanto nell'accrescere le capacità di penetrazione sociale delle comunicazioni individuali.

E' per questi motivi che deve essere sottoposta a critica – non certo per sue ipotetiche mende congenite, ma a causa dell'evoluzione sociale e tecnologica – la tradizionale costruzione che richiede una diversa impostazione a seconda che si tratti di libertà di comunicazione o di manifestazione del pensiero: nel primo caso la tutela del singolo avrebbe una «rilevanza individuale, o meglio “privata”, e sotto un profilo principalmente “negativo” ed “inattivo”»; nel secondo invece si sarebbe dinnanzi a una «manifestazione *esterna*, nel suo aspetto “positivo” ed “attivo”, in quanto cioè tende ad istituire un dialogo tra i soggetti della comunità politica»³⁵. In realtà l'ampliamento delle potenzialità comunicative rende superata la mera rilevanza privata delle comunicazioni intersoggettive, di talché appare sempre più chiaramente che «tra l'ambito di applicabilità dell'art. 15 e quello dell'art. 21 non vi è soluzione di continuità»³⁶. L'attitudine “reticolare” delle comunicazioni private resa possibile dall'eterogeneità tecnologica dei nuovi mezzi del linguaggio rende effettivo il significato originale del termine comunicare: rendere comune qualcosa con altri³⁷, conformemente all'etimo latino *commūnicāre* dal quale deriva.

Il prisma attraverso il quale saggiare i punti di contatto tra le due libertà costituzionali è dato dalla libertà d'informazione, intesa come una formula allusiva di esigenze del tutto eterogenee³⁸. L'affermarsi delle nuove tecnologie determina un parziale superamento dell'impostazione che la collegava all'art. 21³⁹. Come è stato osservato, «il fenomeno dell'informazione “reticolare” reagisce sugli stessi mezzi di diffusione “tradizionali”, potenziandone i contenuti nel senso dell'interattività con gli utenti e della combinazione tra strumenti comunicativi, ma altresì modificandone alcuni presupposti

³⁵ S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 14 s.

³⁶ A. PACE, *Libertà, pluralismo e autorità nella disciplina radiotelevisiva e delle telecomunicazioni*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, vol. II, Milano, 2002, 878.

³⁷ Come scrive il Tommaseo nel suo *Dizionario dei sinonimi*, citato da A. PACE, *op. ult. cit.*, 849.

³⁸ L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà d'informazione*, a cura del medesimo, Torino, 1979, 9.

³⁹ V. Corte cost., sent. n. 194/1987. In letteratura, anche per ulteriore bibliografia, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 319 ss.

strutturali. [...] Il paradigma originario dell'art. 21 subisce una sorprendente riscoperta, definendo insieme all'art. 15 un riferimento composito di questa nuova libertà di comunicazione informatica, che si manifesta attraverso modalità comunicative plurali»⁴⁰.

La libertà d'informazione perde dunque i tratti di un diritto professionale⁴¹, per assumere quelli di un diritto per l'appunto "reticolare", esercitabile tanto attraverso manifestazioni del pensiero quanto mediante comunicazioni intersoggettive. La circolazione delle informazioni non è più completamente mediata dagli attori tradizionali, ma in gran parte rimessa alle potenzialità tecno-comunicative del singolo. La conseguenza di più immediata percepibilità è la parziale inadeguatezza dell'impianto normativo attuale, fondato sulla connessione tra mezzi di diffusione e informazione: venuta in parte meno quella osmosi, si tratta di calibrare gli strumenti normativi attuali al fine di valorizzare le peculiarità dell'informazione mediata dalle comunicazioni intersoggettive digitali. Più in particolare, è opportuno predisporre misure adeguate ad arginare quella frammentazione sociale ingenerata dal progressivo venir meno degli intermediari di interesse generale che, ben rappresentata dall'ideale del *Daily Me*⁴², finisce per impoverire i luoghi del confronto fra opinioni contrastanti⁴³.

Ma l'effetto ordinamentale più rilevante è l'intreccio fra le tre libertà costituzionali: proprio l'informazione è l'esempio ulteriore della commistione tra i campi di applicabilità degli art. 15 e 21 provocata dalle nuove tecnologie. Un nodo che spetta all'interprete dipanare.

4. La funzione come chiave ermeneutica e gli atteggiamenti culturali nel diritto costituzionale.

Come si è visto, la convergenza multimediale sottopone a stress le costruzioni concettuali adottate in letteratura e ne revoca in dubbio l'idoneità a svolgere una reale funzione conoscitiva. Eppure, vale al riguardo l'autorevole monito secondo cui «ogni atto interpretativo della costituzione va a collocarsi non già in uno spazio vuoto, ma in una

⁴⁰ A. D'ALOIA, *op. cit.*, 105 s.

⁴¹ V. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Roma-Bari, 2004, 85.

⁴² N. NEGROPONTE, *Being Digital*, New York, 1995, 153.

⁴³ V. diffusamente C. SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton-Oxford, 2001.

trama fitta e composita, ai cui condizionamenti non riesce a sfuggire, se non altro ai fini della sua stessa implementazione»⁴⁴. Sussiste, cioè, la necessità di rapportarsi con le acquisizioni consolidate in modo da qualificarle ed eventualmente smitizzarle alla luce del dinamismo sociale esterno al sistema giuridico. Il che significa, innanzi tutto, evitare di ribadire acriticamente⁴⁵. Resta tuttavia ineludibile l'esigenza di mantenere all'interno del ragionamento una – pur minima – *pars costruens*, in modo da verificare se le disposizioni costituzionali che di quelle teorie rappresentano la base positiva siano anch'esse oramai superate o se, viceversa, mantengano la capacità di adeguarsi all'incessante evoluzione tecnologica in materia.

Le indicazioni provenienti dalla legislazione ordinaria non sembrano decisive. Vengono in rilievo, tra le altre, le disposizioni di cui agli artt. 616 e seguenti del codice penale. Lungi dal fornire all'interprete un sicuro criterio ermeneutico le disposizioni citate si limitano, infatti, a postulare le nozioni di corrispondenza e comunicazione⁴⁶. La stessa novella di cui alla l. 23 dicembre 1993, n. 547, ha dettato una disciplina per certi versi ridondante, per altri di dubbia legittimità costituzionale (si pensi alla formulazione non poco generica adottata dall'art. 623 *bis*, ai sensi del quale le disposizioni relative alle comunicazioni telegrafiche, telefoniche, informatiche o telematiche «si applicano a qualunque altra trasmissione di suoni, immagini od altri dati»)⁴⁷. Né a più fecondi risultati conduce l'analisi del recente *Codice delle comunicazioni elettroniche*, il quale appare – pur con alcune discutibili incongruenze⁴⁸ – condizionato dalla normativa comunitaria tesa ad assecondare la convergenza tecnologica in atto, e quindi in linea di principio insensibile alle esigenze discretime imposte dal testo costituzionale.

In base a quanto osservato l'impostazione che appare più consona alla *ratio* del testo, ma anche a un'interpretazione evolutiva condotta alla luce del dinamismo sociale, è

⁴⁴ S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 317.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *I delitti contro la persona*, Padova, 2005, 537.

⁴⁷ Cfr. A. VALASTRO, *La tutela penale delle comunicazioni intersoggettive, fra evoluzione tecnologica e nuovi modelli di responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 1003. Ma v. anche, in riferimento al richiamo ad «ogni altra forma di comunicazione a distanza» operato dall'art. 616 cod. pen., G. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 172.

⁴⁸ V. *supra*, nota 32.

quella proposta da chi, presupponendo l'inscindibilità del rapporto tra libertà e segretezza della comunicazione *ex art. 15*, ritiene che la linea di confine tra le comunicazioni rivolte alla generalità e quelle intersoggettive riservate risieda nelle modalità di espressione concretamente utilizzate⁴⁹. Seguendo questa linea di pensiero è da dirsi, infatti, che affinché una comunicazione possa dirsi riservata non è sufficiente che sia formalmente indirizzata a soggetti scientemente individuati, ma che le stesse modalità attraverso le quali è trasmessa siano tali da non renderla manifesta a terzi, quanto meno in via di principio⁵⁰. In questo senso, l'infungibilità che caratterizza le comunicazioni riservate non è data soltanto dalla determinatezza dei destinatari, ma anche dalla segretezza assicurata dalle modalità di trasmissione⁵¹. Libertà e segretezza costituiscono infatti una unica situazione soggettiva, in quanto «la particolare disciplina dell'art. 15 trova la sua ragione d'essere nella segretezza, e la segretezza rinviene la sua giustificazione nella libertà»⁵². Beninteso, quella di cui si discorre è la segretezza del messaggio dal punto di vista contenutistico, giacché per quanto concerne i dati esteriori essa non è invocabile se la conoscenza degli stessi da parte dell'operatore è *condicio sine qua non* la trasmissione⁵³. Il dato sul traffico sarà piuttosto tutelato sotto il diverso profilo della riservatezza, come del resto presupposto dall'art. 123 del *Codice in materia di protezione dei dati personali*⁵⁴. La segretezza del contenuto rappresenta l'elemento sostantivo che consente di tracciare una linea distintiva – flessibile ma sufficientemente chiara – tra le comunicazioni di cui all'art. 15 e quelle coperte invece dall'art. 21. Lo conferma un'analisi che valorizzi le potenzialità interpretative del testo, dal quale emerge inequivocabilmente che è proprio la segretezza della comunicazione che consente di sottrarre quest'ultima ai limiti imposti invece alle comunicazioni destinate ad essere rese pubbliche, e che per ciò stesso sono chiamate manifestazioni del pensiero⁵⁵. Non si spiegherebbe, altrimenti, la *ratio* dell'apposizione di

⁴⁹ E' la tesi sostenuta, per tutti, da A. PACE, *Art. 15*, cit., 83 ss.

⁵⁰ V. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 243.

⁵¹ Cfr. A. PACE, *Considerazioni finali*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 173 s.

⁵² A. PACE, *Contenuto e oggetto della libertà di corrispondenza e di comunicazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, 915.

⁵³ Cfr. A. PACE, *Problematica*, cit., 251.

⁵⁴ D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

⁵⁵ Cfr. A. PACE, *op. ult. cit.*, 912 ss.

un limite espresso, il buon costume, alle manifestazioni del pensiero e non alle comunicazioni *ex art.* 15.

La soluzione accolta appare preferibile tanto sul piano della dogmatica costituzionale (una dogmatica non pietrificata ma “fluida”⁵⁶, in accordo con il carattere problematico dell’argomentazione in diritto costituzionale⁵⁷), quanto sotto il profilo della selezione, nei differenti casi concreti, dell’interesse costituzionale da proteggere. Lungi dal fondarsi su criteri rigidamente assiomatici, essa si serve di *starting points* argomentativi flessibili. Difatti, una lettura aggiornata della tesi seguita non identifica le modalità trasmissive concretamente utilizzate unicamente sulla base del mezzo impiegato (perché questo significherebbe riproporre quel parallelismo tra mezzo e servizio oramai superato dalla convergenza tecnologica), ma soprattutto dalla funzione che tramite quello sia di volta in volta eseguita. Come si è visto, il mezzo è neutro rispetto ai contenuti mediati. Viceversa, è la funzione svolta che depone in maniera tendenzialmente netta per la segretezza della comunicazione effettuata e quindi per la sua riconducibilità all’una o all’altra disposizione costituzionale. Allorquando la funzione si sostanzia nel porre in essere, ad esempio, una comune conversazione telefonica riservata tra soggetti determinati, non v’è dubbio che questa goda delle garanzie di cui all’art. 15. Ma quando lo stesso *medium* venga utilizzato al fine di ricevere una comunicazione di tipo diffusivo è evidente che la soluzione debba essere opposta. In questo caso, infatti, non si è dinnanzi a un atto di esercizio della libertà di comunicazione non soltanto per la chiara fungibilità dei destinatari, quanto soprattutto a causa del carattere non segreto ma eminentemente “aperto” della medesima. Analoghi il problema e la soluzione nel caso della posta elettronica, la quale si presta a realizzare tanto atti di esercizio della libertà di cui all’art. 15 quanto manifestazioni del pensiero, sovente con finalità commerciali (è il caso delle *mailing list* aperte con le quali viene esercitata una funzione divulgativa).

In quanto elemento rivelatore della segretezza, la funzione rappresenta quel concetto “valvola” della costruzione che, inserendosi nel punto di sutura tra gli artt. 15 e 21, consente all’elaborazione giuridica di non farsi superare dalla complessità e dal

⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il metodo di Mortati*, in *Costantino Mortati*, a cura di F. Lanchester, Napoli, 1989, 51 ss.

⁵⁷ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 124.

dinamismo della realtà fattuale. Si tratta di trascorrere da una visione astratta e formalistica a una concreta e sostanziale: l'attività interpretativa dovrà essere condotta non su un piano logicamente autoreferenziale, attraverso quello che secondo la nota critica di Smend è stato detto «il metodo dell'ignoranza circa il senso del proprio agire»⁵⁸, ma alla luce del caso concreto. Sarà infatti il caso a porre tanto la questione di come risolverlo in termini giuridici⁵⁹ quanto a fornire gli elementi problematici idonei a guidare l'applicazione del diritto al fatto.

L'insegnamento secondo cui ogni costituzione è una costruzione che si realizza nel tempo, un'esperienza vivente soggetta ad evoluzione e adattamento costanti⁶⁰, conforta nella conclusione della perdurante vitalità dell'art. 15 dinnanzi alle nuove tecnologie della comunicazione. La sua "apertura" è tale da permettere un continuo adeguamento alle istanze emergenti a livello sociale⁶¹, purché si concordi sull'idea, invero non pacifica, che «le risposte ai problemi emergenti nella società contemporanea vanno pazientemente rinvenute nelle pieghe dell'articolato costituzionale, saggiando tutte le possibili virtualità interpretative insite nelle disposizioni costituzionali»⁶². Viceversa, è oggi ancora particolarmente diffuso nella cultura costituzionalistica l'atteggiamento consistente nell'analizzare i problemi attuali della comunicazione attraverso la lente delle categorie dogmatiche tradizionali. Infatti, talvolta si continua ad insistere, seppure in termini perplessi, nel riferimento ai mezzi di comunicazione utilizzati, secondo un criterio del quale è stata dimostrata la sterilità scientifica. Altre volte si persevera nel reputare non decisivo l'elemento della segretezza sulla base del rilievo della vulnerabilità dei sistemi comunicativi per effetto dell'evoluzione tecnologica. Infine, si esalta eccessivamente il collegamento tra gli artt. 15 e 21, attraverso un'interpretazione sistematica degli stessi dalla quale ricavare una generica libertà della comunicazione, intesa come un fascio

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 40; cfr. R. SMEND, *op. cit.*, 213.

⁵⁹ Sul caso come accadimento problematico v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 187 ss.

⁶⁰ Si v. M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, 405, nota 10.

⁶¹ Come sottolinea in riferimento all'art. 21 M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *I diritti costituzionali*, a cura di P. Ridola e R. Nania, vol. II, Torino, 2001, 571, «affiora la convinzione che la Costituzione non sarebbe stata improvvida nell'ignorare i nuovi mezzi di comunicazione di massa, ma anzi sottolineerebbe l'impossibilità di sancire una disciplina valida una volta per tutte, dando il giusto spazio al necessario adeguamento tra l'incessante evoluzione tecnologica e le complessive istanze costituzionali».

⁶² A. PACE, *Intervento*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 103.

complesso in cui confluirebbero le libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero, secondo un disegno organicistico nel quale i termini della questione risultano sostanzialmente invertiti e le diverse *rationes* di fatto confuse.

Contrariamente ad altri rami del diritto, maggiormente sensibili alle esigenze regolative dei casi concreti, la comprensione del ruolo svolto dalla funzione come elemento sintomatico della segretezza stenta a penetrare nella cultura costituzionalistica. Il problema è invece tutto di diritto costituzionale, perché la sua soluzione è propedeutica all'individuazione degli strumenti giuridici adeguati a tutelare le funzioni, e quindi la libertà. Limitarsi a registrare le interferenze tra gli artt. 15 e 21, o l'esistenza di una zona grigia tra i campi di applicabilità delle fattispecie, significa abdicare a questo compito.