

22 NOVEMBRE 2017

Il «lato oscuro» della Rete e l'esigenza
di una legislazione «responsabile». Due
recenti casi emblematici

di Veronica Neri
Ricercatrice di Filosofia morale
Università di Pisa



Il «dato oscuro» della Rete e l'esigenza di una legislazione «responsabile». Due recenti casi emblematici*

di Veronica Neri

Ricercatrice di Filosofia morale
Università di Pisa

Sommario: 1. Introduzione 2. Il Conseil constitutionnel francese e la criminalizzazione della consultazione di siti terroristici. 2.1. Il difetto del carattere di necessità della criminalizzazione. 2.2. Il carattere adeguato e proporzionato allo scopo perseguito 2.3. La dichiarazione di incostituzionalità ed il suo superamento 3. La Corte suprema statunitense e l'accesso ai social da parte dei sex offenders 3.1. Il caso 3.2. La declaratoria di incostituzionalità del divieto di accesso ai social 3.3. La *concurring opinion*. 4. Conclusioni

1. Introduzione

Nell'«orizzonte giuridico di internet»¹, le riflessioni che si sono sviluppate in questi anni, parallelamente all'evoluzione tecnologica ed all'estensione delle potenzialità della Rete, hanno messo in evidenza alcuni caratteri fondamentali, che connotano il fenomeno *sub specie juris*. Tra questi figurano due *dati*, che hanno un impatto profondo sull'intero diritto della rete. Il riferimento va, per un verso, alla constatazione che

* Nota sottoposta a referaggio.

¹ L'espressione, quanto mai fortunata, è, come noto, di V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. informazione e informatica*, 2000, 271 ss.

internet è una dimensione ormai insostituibile di sviluppo della personalità dell'individuo² e, per l'altro, alle difficoltà di normare *internet*³.

Questi due dati sono sovente presi in considerazione isolatamente. Il loro legame, del resto, non è di immediata evidenza, né sul piano pratico né su quello teorico. A ben vedere, però, le implicazioni reciproche sono di estrema importanza, ed anzi appaiono fondative per buona parte delle riflessioni che i giuristi sono venuti elaborando in merito alla Rete.

Se ne ha una dimostrazione già solo guardando alla prima grande sentenza che in materia è stata resa, vale a dire quella della Corte suprema federale statunitense sul caso *Reno v. ACLU* del 1997⁴, in cui i limiti alla libertà di espressione legislativamente imposti sono stati vagliati alla luce dell'innovatività – e delle potenzialità – di un mezzo di comunicazione affatto «nuovo» quale era, sul finire degli anni novanta, la rete. Dalla sentenza *Reno*, molte altre pronunce si sono succedute, alle più diverse latitudini⁵. E tutte sono state accomunate dal riconoscimento dell'importanza di internet per l'estrinsecazione della personalità individuale e del correlativo impegno – che deve essere proprio dei pubblici poteri – di assicurarne la fruizione. In quest'ottica, una delle decisioni che più di altre ha rappresentato un riferimento a livello comparatistico è stata quella resa dal *Conseil constitutionnel* francese in merito alla legge c.d. «Hadopi I»⁶, in

² La genericità di questa affermazione prescinde dall'inquadramento dell'accesso ad *internet*, e consente quindi di evitare di prendere posizione sul fecondo dibattito che, anche nella dottrina italiana, si è sviluppato in ordine alla definizione giuridica dell'accesso, che taluni hanno configurato alla stregua di un (mero) diritto di libertà (cfr., ad es., P. COSTANZO, *L'accesso ad Internet in cerca d'autore*, in *Diritto Internet*, 2005, n. 3, 247 ss.), talaltri come un diritto sociale (v., ancora ad es., L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, 2012, 263 ss.; G. DE MINICO, [Uguaglianza e accesso ad Internet](#), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2013; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in E. CAVASINO – G. SCALA – G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia, il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 517 ss.; in forma più problematica, P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2014, 13 ss.), mentre altri ancora accentuano piuttosto la fundamentalità del diritto (così T.E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in O. POLLICINO – E. BERTOLINI – V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013, 65 ss.). Per il quadro delle diverse posizioni, v. P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa: Reti di libertà*, Bari, Cacucci, 2015, 71 ss.; M. ROSPI, *Il diritto di accesso ad Internet come strumento di mobilità sociale e il ruolo del Governo*, in L. AZZENA – E. MALFATTI (a cura di), *Poteri normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali*, Pisa, Pisa University Press, 2017, 285 ss.

³ Anche sul punto, ci si limiterà a questa constatazione, lasciando così impregiudicata la questione circa il *quantum* di normazione possa concretamente prospettarsi per la Rete. Sul tema, v., in part., G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2013.

⁴ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, del 26 giugno 1997. Una traduzione in italiano della sentenza è consultabile in *Foro it.*, 1998, IV, 23 ss.; *ibidem* il commento di A. CUCINOTTA, «*Communications Decency Act*» per indecenza ciberspazio.

⁵ Con precipuo riferimento alle esperienze europee, un panorama compiuto della giurisprudenza in materia è quello offerto da O. POLLICINO – G. ROMEO (editors), *The Internet and Constitutional Law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London – New York, Routledge, 2016.

⁶ [Conseil constitutionnel, déc. n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009](#) (per una traduzione in lingua italiana, v. *Dir. informazione e informatica*, 2009, 524 ss.). La decisione è stata commentata da P. PASSAGLIA, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. «legge anti file-sharing»)*, in *Foro it.*, 2009, IV, 473 ss.; G.

cui si è collegata la tutela dell'accesso ad *Internet* alla tutela della libertà d'espressione, e dunque ad un corretto sviluppo della personalità umana, indicando nella Rete uno strumento mediante il quale, per un verso, l'individuo accresce le proprie risorse in termini di relazione e, per l'altro, si completano (almeno «allo stato attuale dei mezzi di comunicazione») le dimensioni nelle quali l'individuo può concretizzare le sue potenzialità espressive.

La lettura dei *leading cases* transnazionali, ma, più in generale, della giurisprudenza sviluppatasi nei primi lustri di questo secolo⁷, fa emergere chiara l'attenzione che si è mostrata per le potenzialità insite nella rete (le sue «virtù», verrebbe da dire), al punto che lo schema in cui è stato più facile imbattersi è stato quello di una reazione da parte del giudice nei confronti di una normazione censoria o liberticida posta in essere dal decisore politico, motivata da esigenze che si rivelavano non sufficientemente meritevoli di tutela: il caso classico è stato quello dell'invocazione della violazione dei diritti d'autore, su cui, in effetti, si sono potute rintracciare sentenze di grande momento in moltissimi ordinamenti (a partire proprio da quella precitata del *Conseil constitutionnel*). L'altro grande filone giurisprudenziale è legato alla protezione dei dati personali, messi a rischio da forme di controllo generalizzato che, proprio per non avere agganci con esigenze precise, rischiavano di mettere a repentaglio immotivatamente la libertà degli utenti di *Internet*.

Internet, però, non è quella dimensione arcadica che la lettura della giurisprudenza della «prima generazione» potrebbe suggerire. *Internet*, come *qualunque* altra dimensione di sviluppo della personalità umana, si presta ad utilizzi patologici. Lo si è sempre saputo, ma finora la dimensione della libertà da garantire ha prevalso, nelle statuizioni dei giudici, rispetto all'evidenziazione dei rischi. Negli ultimi tempi, però, si stanno affacciando nelle aule delle corti di massimo grado problematiche che richiedono di impostare il discorso in termini più articolati. Due decisioni rese nel 2017 possono offrire spunti interessanti, da questo punto di vista, sia per le questioni che affrontano sia – e forse soprattutto – per le soluzioni che offrono. La circostanza che le pronunce in discorso siano state rese proprio dai due giudici che hanno segnato, secondo quanto si è visto sopra, la prima generazione di giurisprudenza, cioè la Corte suprema statunitense ed il *Conseil constitutionnel*, se può essere un caso, può però accrescere la valenza simbolica delle due statuizioni. In queste pagine ci si soffermerà dunque su di esse, per cercare di trarre

VOTANO, *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, in *Dir. informazione e informatica*, 2009, 533 ss.; B. CAROTTI, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 643 ss.; N. LUCCHI, *La legge «Création et Internet»: le censure del Conseil constitutionnel*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 375 ss.

⁷ Per quanto attiene alla giurisprudenza (costituzionale) italiana, il *leading case* può essere senz'altro individuato in Corte costituzionale, sentenza 21 ottobre 2004, n. 307, commentata da A. PACE, *I progetti "PC ai giovani" e "PC alle famiglie": esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?*, in *Giur. costit.*, 2004, 3214 ss., e, successivamente, da F.G. PIZZETTI, *Il progetto "PC ai giovani" nel quadro della promozione dell'egualianza digitale da parte dello Stato e delle Regioni*, in *Federalismi.it*, 27 aprile 2008.

qualche spunto in ordine a ciò che lo sviluppo della Rete può implicare, non solo in relazione allo sviluppo della normazione e della giurisprudenza in materia, ma anche per i rapporti che possono andarsi a delineare tra il giudice costituzionale (o supremo) ed il legislatore nell'individuazione di punti di equilibrio tra contrapposte esigenze.

2. Il *Conseil constitutionnel* francese e la criminalizzazione della consultazione di siti terroristici

La decisione n. 2016-611 QPC, resa dal *Conseil constitutionnel* il 10 febbraio 2017⁸, ha avuto ad oggetto una previsione del Codice penale, l'art. 421-2-5-2, introdotto dalla legge n. 2016-731, del 3 giugno 2016, con cui veniva sanzionato con una pena fino a due anni di reclusione ed una ammenda di 30.000 euro «[i]l fatto di consultare abitualmente un servizio di comunicazione al pubblico *on line* che metta a disposizione messaggi, immagini o rappresentazioni che provochino direttamente alla commissione di atti terroristici oppure che faccia apologia di questi atti, quando, a tal fine, il servizio reca immagini o rappresentazioni che mostrino la commissione di tali atti consistenti in violazioni volontarie della vita». La consultazione di siti terroristici veniva dunque, di per sé, ad integrare un fatto-reato, a meno che – secondo quanto previsto dal secondo comma dell'articolo – la consultazione non fosse «effettuata in buona fede», non dipendesse «dall'esercizio normale di una professione avente lo scopo di informare il pubblico», non intervenisse «nel quadro di ricerche scientifiche» o non fosse realizzata «al fine di acquisire prove in giudizio».

La costituzionalità di queste disposizioni era revocata in dubbio, da parte di un imputato, sotto molteplici profili. Innanzi tutto, si adduceva la violazione della «libertà di comunicazione e di opinione», poiché il fatto-reato si sostanziava nella mera consultazione dei siti, senza che fosse richiesta anche la prova che il soggetto fosse mosso da intenti antiggiuridici. In secondo luogo, si ritenevano violati, stante l'imprecisione dei termini contenuti nella fattispecie incriminatrice, il «principio di legalità dei delitti e delle pene» e l'«obiettivo di valore costituzionale di accessibilità ed intelligibilità della legge». Ancora, si invocava la violazione del principio di eguaglianza, derivante, per un verso, dal fatto che solo talune persone fossero autorizzate, in ragione della loro professione, ad accedere ai siti e, per l'altro, dall'aver limitato la sanzione alla consultazione di contenuti su *Internet*, senza prevedere alcunché per quella su altri supporti. Infine, si contestava la violazione della «presunzione d'innocenza», giacché dalla mera consultazione di siti si ricavava la presunzione dell'intento di commettere atti terroristici⁹.

⁸ La decisione è consultabile *on line* alla pagina <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016611QPC2016611qpc.pdf>.

⁹ *Conseil constitutionnel*, *déc.* n. 2016-611 QPC, 10 febbraio 2016, *M. David P.*, par. 2.

Il *Conseil constitutionnel* è giunto alla declaratoria di incostituzionalità fondandosi sulla violazione della libertà di comunicazione, riconosciuta dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, secondo cui «[l]a libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi per l'uomo: ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla legge»¹⁰.

Lo stretto legame tra la libertà di comunicazione e l'accesso e la funzione di *internet* era stato sancito nella precitata decisione del 2009, la cui affermazione di principio è stata integralmente riprodotta all'inizio della parte motiva: «allo stato attuale dei mezzi di comunicazione ed avuto riguardo allo sviluppo generalizzato dei servizi di comunicazione al pubblico *on line* nonché all'importanza assunta da questi servizi per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione delle idee e delle opinioni, [il diritto alla libera comunicazione] implica la libertà di accedere a questi servizi»¹¹.

Proprio questo collegamento ha portato ad individuare il fulcro della questione nella possibilità o meno di inquadrare validamente la disposizione contestata nell'ambito di quelle condizioni che giustifichino la limitazione della libertà: il riferimento alla legge contenuto all'art. 11 della Dichiarazione del 1789 si è andato a saldare, infatti, con la previsione di cui all'art. 34 della Costituzione del 1958, ai termini della quale «[l]a legge stabilisce le regole concernenti [...] i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche»¹².

Così impostato il quadro di riferimento costituzionale, il *Conseil* ha proposto un bilanciamento basato, per un verso, sulla libertà di comunicazione e, per l'altro, sulla legittimazione del legislatore a porre norme atte a perseguire «l'obiettivo di lotta contro l'incitamento e la provocazione al terrorismo sui servizi di comunicazione al pubblico *on line*, che è parte dell'obiettivo di valore costituzionale di salvaguardia dell'ordine pubblico e di prevenzione degli illeciti». In buona sostanza, il legislatore ben può introdurre limitazioni all'esercizio della libertà individuale, ma tali limitazioni debbono essere «necessarie, adeguate e proporzionate all'obiettivo perseguito»¹³.

¹⁰ Che si tratti di una decisione destinata ad avere un impatto non trascurabile sulla giurisprudenza futura è messo in evidenza, in particolare, da V. GOESEL-LE BIHAN, *Une grande décision: la décision n° 2016-611 QPC*, in *Actualité juridique. Droit administratif*, 6 mars 2017, n. 8, 433.

¹¹ *Conseil constitutionnel*, *déc.* n. 2016-611 QPC, *cit.*, par. 4, che riprende testualmente *Conseil constitutionnel*, *déc.* n. 2009-580 DC, *cit.*, cons. 12.

¹² Per un inquadramento della decisione in commento nell'ambito della giurisprudenza del *Conseil* in tema di libertà di espressione, v. C.-É. SENAC, *Le contrôle des lois pénales incriminant des abus de la liberté d'expression par le Conseil constitutionnel*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, *chron.* n. 27, <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/le-controle-des-lois-penales-incriminant-des-abus-de-la-liberte-d-expression-par-le-conseil-constitutionnel/#return-note-6601-57>.

¹³ *Conseil constitutionnel*, *déc.* n. 2016-611 QPC, *cit.*, par. 5.

2.1. Il difetto del carattere di necessità della criminalizzazione

Le previsioni che venivano contestate di fronte al *Conseil* avevano avuto una gestazione che non è iperbolico definire «tribolata».

Una fattispecie incriminatrice quasi del tutto identica a quella che sarebbe stata introdotta con la legge del 3 giugno 2016 figurava, in effetti, già nel progetto di legge governativo – non adottato a causa della fine della legislatura – sul rafforzamento della prevenzione e della repressione del terrorismo presentato all'Assemblea nazionale l'11 aprile 2012, con l'esplicito intento di colmare la lacuna nella prevenzione che emergeva dal fatto che la consultazione dei siti terroristi denotasse, di per sé, «un rischio di passaggio al terrorismo attivo»¹⁴.

L'inserimento di tali previsioni aveva rappresentato un atto politicamente piuttosto impegnativo dell'esecutivo di centro-destra, dal momento che il Consiglio di Stato, adito in sede consultiva sul testo di legge da presentare, si era espresso in maniera assai critica nei confronti del reato di consultazione abituale di siti terroristici, di cui aveva messo in rilievo sia l'assenza di omologhi in altri sistemi giuridici sia l'inutilità in riferimento alla vigenza di altre disposizioni di lotta al terrorismo e l'inefficacia rispetto allo scopo perseguito dal Governo con il progetto di legge¹⁵.

Nella legislatura successiva, la stessa fattispecie incriminatrice era stata inserita in una proposta di legge sul rafforzamento della lotta contro il terrorismo, di iniziativa di un gruppo di senatori del centro-destra, che era stata presentata il 17 dicembre 2015 ed approvata dal Senato il 2 febbraio 2016. La proposta non era mai stata iscritta nell'ordine del giorno dell'Assemblea nazionale¹⁶, perché il 3 febbraio la camera bassa aveva adottato un progetto di legge governativo sullo stesso argomento¹⁷. Giunto il testo al Senato, era stato presentato e – nonostante la contrarietà del Governo (di centro-sinistra) – adottato un emendamento volto ad introdurre il reato di consultazione abituale di siti terroristici, in una versione quasi identica a quella che la camera alta aveva approvato il 2 febbraio. Nelle fasi successive del procedimento legislativo, l'emendamento era sopravvissuto, nonostante le riserve espresse dal relatore della legge all'Assemblea nazionale¹⁸, venendo così inserito nella legge del 3 giugno 2016.

¹⁴ Cfr. *Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme*, n. 4497, *Étude d'impact*, par. 2.1, consultabile *on line* alla pagina <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl4497-ei.asp>.

¹⁵ Il parere reso è contenuto in CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2013. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État le 21 mars 2013, Paris, La Documentation française, 2013, 202 s.

¹⁶ *Proposition de loi de M. Philippe Bas et plusieurs de ses collègues tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste*, n. 280.

¹⁷ *Projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, n. 3473.

¹⁸ Cfr. l'intervento di Pascal Popelin, nella seduta dell'Assemblea nazionale del 19 maggio 2016.

La storia legislativa della previsione è lungi dall'essere irrilevante¹⁹, nella misura in cui mette in evidenza quanto il nuovo reato sia stato oggetto di discussione, in sede politica, soprattutto in conseguenza della sua non acclarata utilità. Allo scopo, si era rilevato, sin dal parere del Consiglio di Stato del 2012, come il diritto penale francese offrisse già un apparato preventivo e repressivo sufficiente allo scopo perseguito. Proprio su questo aspetto si è concentrato anche il *Conseil constitutionnel* per valutare se, in effetti, lo scopo di prevenire l'indottrinamento di individui poi potenzialmente capaci di commettere atti terroristici richiedesse davvero una disposizione quale quella contestata.

La prevenzione di atti terroristici, ad avviso del *Conseil*, è assicurata da una serie di disposizioni penali sostanziali che puniscono atti preparatori²⁰, né mancano disposizioni che, in sede di indagine, offrono agli inquirenti ampi margini di azione, segnatamente grazie ad intercettazioni di comunicazioni (anche) elettroniche, tracciamento dei dati, perquisizioni e fermi, senza contare i poteri conferiti, a fini di prevenzione, alle autorità amministrative²¹.

Sulla scorta di queste constatazioni, si è dedotto che «le autorità amministrative e giurisdizionali dispon[eva]no, indipendentemente dall'articolo contestato, di numerose prerogative, non solo per controllare i servizi di comunicazione al pubblico *on line* che incitano al terrorismo o che ne fanno l'apologia e per reprimere i suoi autori, ma anche per sorvegliare una persona che consulti questi servizi e per interpellarla e sanzionarla quando questa consultazione si accompagni ad un comportamento indicante un intento terrorista, ancor prima che questo progetto sia entrato nella sua fase esecutiva»²². Il *test* di necessità della fattispecie incriminatrice che era stata denunciata non poteva, dunque, risolversi che in senso negativo, alla stessa stregua di ciò che già il Consiglio di Stato, nel suo parere del 2012, aveva

¹⁹ Se ne ha una dimostrazione anche ponendo mente all'analiticità con cui viene ricostruita nel *commentaire* della decisione redatto dalla Segreteria generale del *Conseil* (cfr. *Commentaire. Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, M. David P. (Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes)*, consultabile *on line* alla pagina http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016611QPC2016611qpc_ccc.pdf, 1 ss.

²⁰ In particolare, il *Conseil* ha fatto riferimento alle disposizioni che puniscono: la partecipazione ad una associazione o il concorso finalizzati alla preparazione di un atto terroristico (art. 421-2-1 del Codice penale); l'offerta o la promessa di vantaggi o la minaccia o le pressioni dirette alla partecipazione ad una associazione o ad un concorso (art. 421-2-4); la provocazione diretta a far compiere atti terroristici o l'apologia degli stessi (art. 421-2-5); gli atti preparatori di un atto terroristico variamente qualificati (art. 421-2-6; si noti che tale disposizione sarebbe stata di lì a breve dichiarata dallo stesso *Conseil* incostituzionale, per l'eccessiva ampiezza della fattispecie di reato, con la *déc.* n. 2017-625 QPC, 7 aprile 2017, *M. Amadou S.*).

²¹ Il *Conseil* ha richiamato, al riguardo, la possibilità di procedere ad intercettazioni a fini preventivi, senza l'autorizzazione giudiziaria (art. L. 811-3, 4°, del Codice della sicurezza interna), e la normativa inerente al potere di richiedere la rimozione da siti internet contenuti che incitano a compiere atti terroristici o che ne facciano l'apologia (art. 6-1 della legge n. 2004-575 del 21 giugno 2004, per la fiducia nell'economia digitale).

²² *Conseil constitutionnel*, *déc.* n. 2016-611 QPC, cit., par. 13.

dedotto e di ciò che il Governo, attraverso il Ministro della giustizia, aveva rimarcato nel dichiarare la sua contrarietà all'emendamento senatoriale da cui la previsione era originata²³.

Come dire, l'efficacia della lotta contro la minaccia terroristica ed i suoi canali *on line* non si misura con il numero di armi che si impieghino, ma con la possibilità per le armi esistenti di coprire quanto più possibile il novero delle condotte da sanzionare. Il difetto del carattere di necessità delle disposizioni impugnate, dunque, era il frutto del loro essere superflue.

Tale constatazione sarebbe stata già di per sé sufficiente ad inficiare la normativa oggetto del giudizio. Il *Conseil*, però, ha ritenuto di dover chiarire anche un altro aspetto, centrale – anzi, preliminare – delle disposizioni, consistente nella correttezza della previsione della sanzionabilità delle condotte: lo svolgimento del *test* di adeguatezza e di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito ha offerto l'occasione per potere intervenire sul punto. Ed il *Conseil* non lo ha fatto certo in maniera anodina.

2.2. Il carattere adeguato e proporzionato allo scopo perseguito

La fattispecie di reato introdotta dalla disposizione contestata colpiva una condotta consistente nella mera consultazione (ancorché abituale) di un sito. Mancava, in sostanza, qualunque riferimento alla «vicinanza», fosse anche solo morale, ai messaggi che il sito recava. La repressione penale scattava, in effetti, ancor prima che potesse darsi un comportamento idoneo ad integrare un collegamento con futuri reati-evento, con un'anticipazione che rendeva oggettivamente problematica l'applicazione dei canoni classici della responsabilità penale²⁴.

Proprio la divaricazione rispetto ai principi ispiratori del diritto penale francese gettava un'ombra scura sulla adeguatezza e la proporzionalità della fattispecie incriminatrice, ombra che le scriminanti indicate dal legislatore non hanno consentito di dissipare, ma che anzi hanno, per certi versi, addirittura aggravato. Come si è visto²⁵, il reato non era integrato allorché la consultazione abituale avvenisse per motivi professionali, quando la professione avesse lo scopo di informare il pubblico, per motivi di ricerca o per finalità istruttorie. A queste scriminanti, presenti sin dalla versione più risalente della disposizione (quella, cioè, del 2012), se era aggiunta, da ultima, un'altra, consistente nella consultazione «in buona fede». Proprio su di essa si è appuntato il *Conseil constitutionnel*, per trarre un ulteriore profilo di illegittimità della

²³ Nel senso che il reato introdotto si inquadrasse in una logica di manifesto politico della «tolleranza zero», ma che fosse afflitto da una sostanziale inutilità, si era espressa anche la dottrina: v., in part., C. RIBEYRE, *Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale – Et maintenant?, Droit pénal*, sept. 2016, étude n. 17 (ripreso anche dal *Commentaire. Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017*, cit., 13 s.).

²⁴ Per una critica alla disposizione legislativa argomentata su questa base, v. O. DÉCIMA, *Terreur et métamorphose, À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 1826 ss.

²⁵ Cfr. *supra*, par. 2.

disposizione²⁶: i lavori preparatori, infatti, «non permett[evano] di determinare la portata che il legislatore [avesse] inteso attribuire a questa esenzione dal momento che l'incriminazione introdotta [...] non richiede[va] che l'autore dei fatti [fosse] animato da un intento terroristico»²⁷. All'indeterminatezza del riferimento alla «buona fede», il Governo, nelle sue osservazioni, rispondeva evocando casi quali «l'insegnante che consulta [i siti] per prendere coscienza del livello della minaccia sul suo luogo di lavoro, il genitore che verifica se suo figlio non sia sulla vita della radicalizzazione, lo scrittore che desidera trattare l'argomento, l'educatore specializzato che si informa sui rischi e sull'ampiezza della minaccia di radicalizzazione»²⁸. Le precisazioni, evidentemente, non erano sufficienti, visto che – come lo stesso *Conseil* ha sottolineato – «le disposizioni contestate [facevano] pesare una incertezza sulla liceità della consultazione di certi servizi di comunicazione al pubblico *on line* e, di conseguenza, dell'uso di *Internet* per ricercare informazioni»²⁹.

L'indeterminatezza della fattispecie penale, quindi, si andava a sommare alla eccessiva anticipazione della condotta penalmente rilevante, marchiando così la fattispecie incriminatrice come non adeguata né proporzionata allo scopo perseguito dal legislatore.

2.3. La dichiarazione di incostituzionalità ed il suo superamento

L'argomentazione svolta ha portato il *Conseil* a dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni denunciate, in quanto recanti una compressione non necessaria, né adeguata, né proporzionata allo scopo perseguito dal legislatore. All'incostituzionalità si è dato effetto a decorrere dalla data di pubblicazione della decisione, rendendo così le norme caducate non applicabili a tutti i giudizi pendenti.

Nei fatti, gli effetti della statuizione del *Conseil* non hanno avuto modo di dispiegarsi se non per qualche giorno. Alla pubblicazione della decisione sul *Journal Officiel*, avvenuta il 12 febbraio, è infatti seguita una immediata reazione da parte della classe politica, che il giorno seguente ha inserito, in un testo legislativo il cui *iter* era prossimo alla conclusione³⁰, e che sarebbe divenuto la legge n. 2017-258 del 28 febbraio 2017

²⁶ Particolarmente esplicito, al riguardo, è il *Commentaire. Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017*, cit., 15, in cui si è rilevato che la violazione della libertà di comunicazione «était renforcée en l'espèce par l'exigence que la consultation ne soit pas réalisée de "bonne foi"».

²⁷ *Conseil constitutionnel*, *déc.* n. 2016-611 QPC, cit., par. 15.

²⁸ Il brano citato è tratto dal *Commentaire. Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017*, cit., 15: come noto, contrariamente a quanto avviene nei giudizi di costituzionalità in via preventiva, nei procedimenti originati da una *question prioritaire de constitutionnalité* le *observations* del Governo non sono rese pubbliche.

²⁹ *Conseil constitutionnel*, *déc.* n. 2016-611 QPC, cit., par. 15. Nel *Commentaire. Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017*, cit., 15, la censura è stata illustrata facendo riferimento al «cittadino che desideri semplicemente informarsi circa la realtà delle atrocità commessi dai movimenti terroristici» e ad una persona che «manifesti una forte curiosità per questi siti *internet* ma senza attrazione per il messaggio che essi veicolano».

³⁰ Si era nella fase della *commission mixte paritaire*, in cui deputati e senatori elaborano un testo comune, al fine di superare le discrasie tra i testi approvati dalle due assemblee.

relativa alla sicurezza pubblica, un art. 24 che reintroduceva l'art. 421-2-5-2 del Codice penale, in una versione emendata rispetto a quella caduta sotto la scure del *Conseil constitutionnel*.

Le modifiche introdotte miravano a rispondere alle censure del *Conseil*, segnatamente per quanto concerneva la adeguatezza e la proporzionalità del reato introdotto. Così, innanzi tutto, la condotta penalmente rilevante non era più integrata dalla mera consultazione abituale di siti, ma si introduceva anche l'assenza di un motivo legittimo («*sans motif légitime*»), individuato, con una elencazione da ritenersi non tassativa, in una di quelle ipotesi che già figuravano nel testo censurato, ad eccezione della «buona fede», che nella nuova versione veniva espunta, proprio per adeguarsi ai rilievi critici mossi in relazione alla sua indeterminatezza.

L'altro profilo critico che era stato evidenziato, quello inerente alla assenza di un qualunque indice dell'adesione al messaggio terroristico da parte dell'internauta, veniva pure preso in considerazione, subordinando la punibilità al fatto che la consultazione «si accompagna[ss]e ad una manifestazione dell'adesione all'ideologia espressa» sul sito.

Questo lavoro sul testo della disposizione poteva forse consentire di ovviare a talune censure formulate dal *Conseil*; non a tutte, però, giacché il primo difetto riscontrato era quello derivante dal mancato superamento del *test* di necessità della misura: il mantenimento dell'assetto normativo complessivo fa propendere per la tesi secondo cui la nuova fattispecie incriminatrice, anche ammettendo (senza concedere) che possa aver superato alcune delle criticità rilevate nella decisione del 12 febbraio, non può aver sanato tutti i vizi che affliggevano la precedente disposizione³¹.

Con questi rilievi non si intende certo negare la legittimazione del Parlamento a riprendere una misura su cui, politicamente, si intenda investire³². Il ruolo del giudice costituzionale è semplicemente quello di disegnare i confini entro i quali l'investimento politico può essere effettuato. Ora, la vicenda che si è descritta non pare che possa essere portata ad esempio di una corretta dialettica tra decisore politico e giudice costituzionale, nella misura in cui il primo, dopo una prima concessione a pulsioni securitarie, e dopo la censura del giudice costituzionale, ha di nuovo proposto una normativa frettolosa, frutto di una ponderazione soltanto parziale dei rilievi operati dal *Conseil*, e del sacrificio del resto sull'altare della propaganda politica, a qualche settimana dalla fine della legislatura.

³¹ In tal senso, v., con argomenti largamente condivisibili, M. CARPENTIER, [Un «lit de justice» contestable: la réintroduction du délit de consultation de sites terroristes](#), in *JP Blog*, 13 mars 2017.

³² Sul punto insiste, ad es., D. BARANGER, [Consultation de sites djihadistes: il ne faut pas réduire le Parlement au silence](#), in *JP Blog*, 16 février 2017,.

Al di là delle problematiche che solleva in relazione al rispetto del giudicato costituzionale³³, che pure meriterebbero un'analisi tutt'altro che sommaria, la rapida successione degli interventi del legislatore, del *Conseil constitutionnel* e di nuovo del legislatore è paradigmatica di come *Internet*, da spazio di libertà, sovente bollato addirittura come anomico, possa agevolmente diventare terreno di esplicazione di politiche censorie difficilmente giustificabili sul piano dei principi generali.

Altrimenti detto, ciò che non sarebbe seriamente censurabile nella realtà fisica, e cioè l'informarsi su un *quid*, diviene aggredibile, se avviene sulla Rete, evidentemente per il timore che la stessa sia un qualcosa che sfugge a controlli. Il suo «dato oscuro» (che esiste, come è chiaro, e che sarebbe assurdo ridimensionare nella sua importanza), da fenomeno patologico può agevolmente trasformarsi a paradigma definitorio di *Internet*, agli occhi di un decisore politico a caccia di consenso popolare a buon mercato.

Il giudice costituzionale francese, una prima volta, è stato in grado di arginare questa deriva, proprio mettendo in evidenza (*rectius*, ribadendo) l'importanza che la Rete ha assunto e la conseguente necessità di adottare una politica (anche) repressiva che delle virtù della Rete tenga conto. L'auspicio è che la normativa adottata in risposta alla declaratoria di incostituzionalità venga presto sottoposta allo scrutinio del *Conseil* e, soprattutto che, in tale evenienza, il *Conseil* sia nuovamente in grado di imporre l'adozione di una normativa che sappia bilanciare le esigenze di protezione della collettività ed i diritti individuali, la repressione delle condotte antisociali ed il rispetto dei canoni fondativi del diritto penale occidentale.

3. La Corte suprema statunitense e l'accesso ai *social* da parte dei *sex offenders*

A distanza di pochi mesi dalla decisione del *Conseil constitutionnel*, dall'altra parte dell'Atlantico, anche la Corte suprema statunitense ha avuto occasione di ritornare sul diritto dell'*Internet*, e lo ha fatto in modo così diretto da potersi dire che la sentenza sul caso *Packingham v. North Carolina*, del 19 giugno 2017³⁴, riprende le fila della sentenza *Reno* – non a caso più volte citata – e fa il punto, dopo vent'anni, di quello che *Internet* è divenuto, nel bene e nel male, per la società americana.

3.1. Il caso

Nel 2002, Lester Packingham, ventunenne del North Carolina, era stato condannato per aver avuto rapporti sessuali con una tredicenne, della quale affermava di non aver conosciuto l'età. La condanna

³³ Il tema è tra i più analizzati dalla dottrina francese in materia di giustizia costituzionale. Per un primo inquadramento, v. B. MATHIEU – M. VERPEAUX (sous la direction de), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2010; *Dossier: L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 30, 2011.

³⁴ 582 U. S. ____ (2017), No. 15-1194.

aveva comportato l'iscrizione di Packingham nel registro statale dei criminali sessuali, un'iscrizione destinata a perdurare ben oltre il periodo di espiazione della pena, potendo superare anche la soglia dei trent'anni.

Nel 2008, il legislatore del North Carolina aveva introdotto una nuova fattispecie di reato, consistente nel fatto che un individuo iscritto nel registro dei criminali sessuali accedesse ad un «*commercial social networking Web site*», allorché il criminale sessuale fosse a conoscenza che il sito permetteva a minori di diventare membri della *community* o di creare o mantenere pagine personali sul sito³⁵.

La nozione di «*commercial social networking Web site*» era stata definita, dallo stesso legislatore, facendo riferimento ad un sito *Internet* che integrasse le quattro seguenti condizioni. Innanzi tutto, doveva essere gestito da un individuo che ricavasse reddito dai proventi dell'iscrizione, dalla pubblicità o da altra fonte correlata al funzionamento del sito. In secondo luogo, doveva agevolare l'incontro sociale tra due o più persone per finalità di amicizia, di incontro o di scambio di informazioni. Inoltre, doveva permettere agli utenti di creare pagine *web* o profili personali contenenti informazioni quali il nome o il *nickname* dell'utente, fotografie da questi caricate, altre informazioni personali e *links* verso altre pagine personali sul sito, di amici o di collegamenti dell'utente accessibili da parte di altri utenti o visitatori. Infine, doveva offrire ad utenti o visitatori meccanismi per comunicare con altri utenti, come bacheche, *chat rooms*, messaggi di posta elettronica o messaggia istantanea³⁶.

Nell'aprile 2010, Packingham aveva inserito un *post* sulla sua pagina Facebook in cui esprimeva soddisfazione perché la contestazione di una contravvenzione per violazione delle norme sul traffico si era conclusa nella fase istruttoria con il ritiro della contravvenzione.

Il *post* era stato notato da un agente di polizia, che aveva verificato la corrispondenza tra il titolare dell'*account* Facebook e l'individuo iscritto nel registro dei criminali sessuali. La conseguente denuncia aveva condotto, in primo grado, ad una condanna di Packingham ad una pena detentiva. La Corte d'appello del North Carolina aveva rovesciato la decisione dichiarando l'incostituzionalità della *section* 14-202.5 del *North Carolina General Statutes*, sull'assunto che il divieto imposto ai criminali sessuali fosse lesivo del Primo emendamento. La Corte suprema statale, tuttavia, aveva a sua volta rovesciato la decisione

³⁵ «*Offense. – It is unlawful for a sex offender who is registered in accordance with Article 27A of Chapter 14 of the General Statutes to access a commercial social networking Web site where the sex offender knows that the site permits minor children to become members or to create or maintain personal Web pages on the commercial social networking Web site*» (*North Carolina General Statutes*, 14-202.5(a)).

³⁶ *North Carolina General Statutes*, 14-202.5(b). Si noti che erano espressamente esclusi dal novero dei siti così definiti quelli che offrivano solo uno dei seguenti «*discrete services*»: *photo-sharing*, posta elettronica, messaggia istantanea, *chat room*, bacheca; parimenti esclusi erano i siti la cui finalità principale fosse quella di agevolare le transazioni commerciali concernenti beni e servizi tra i membri della *community* o visitatori (*North Carolina General Statutes*, 14-202.5(c)).

della Corte d'appello, ritenendo la fattispecie incriminatrice sufficientemente delimitata e non eccessivamente penalizzante da poter integrare una violazione della Costituzione³⁷.

Il caso era quindi giunto all'attenzione della Corte suprema federale, che, l'8 ottobre 2016, aveva concesso il *certiorari*, attestando, già solo per questo, l'importanza delle questioni che il caso evocava³⁸. In esso, infatti, si fondevano due tematiche di particolare momento: per un verso, si poneva lo *status* dei *sex offenders*, una categoria di individui che, negli anni, ha assistito ad un inasprimento della politica di emarginazione condotta sulla base del mero inserimento nell'apposito registro, a prescindere dal tipo di reato commesso e dalla gravità dello stesso³⁹; per altro verso, veniva in rilievo l'impatto che *Internet* ed i *social networks* hanno sulla vita dei consociati.

Tra le due tematiche, la Corte suprema ha optato per concentrare l'attenzione sulla seconda⁴⁰, il che contribuisce, ovviamente, a rendere la decisione di particolare momento ai fini di queste pagine.

3.2. La declaratoria di incostituzionalità del divieto di accesso ai social

L'*incipit* della parte motiva della sentenza *Packingham* è estremamente significativo, nella misura in cui è sottolineato quanto sia centrale, perché si abbia una corretta attuazione del Primo emendamento, che «chiunque abbia accesso a luoghi in cui possa parlare ed ascoltare, e poi, dopo riflessione, parlare ed ascoltare ancora»⁴¹. Ed ancor più significativo è che, subito dopo, si sia constatato che, se nel passato potevano nutrirsi dubbi in ordine a quale fosse il luogo più importante da questo punto di vista, oggi dubbi di tal sorta non possano darsi: «sono il cyberspazio [...] ed i *social media* in particolare», visto che «sette statunitensi adulti su dieci usano almeno un servizio di *social network*»⁴².

Da questa constatazione, il *Justice* Kennedy, redattore della *Opinion of the Court*, ha preso spunto per specificare l'impatto che i *social media* hanno nella vita di ciascuno, e non può sfuggire come proprio in questa parte siano state utilizzate le citazioni della sentenza *Reno*, evidentemente a rimarcare il passaggio

³⁷ Per un'analisi della vicenda, anteriormente alla decisione della Corte suprema federale, v. P. GROSSMAN, [First They Came for the Sex Offenders ...](#), in *Slate.com*, March 1, 2017.

³⁸ Sul significato del *writ of certiorari* nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense, v., di recente, nella dottrina italiana, nella dottrina italiana, F. FERRARIS, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, Giappichelli, 2015, 33 ss.

³⁹ Su questi profili delle questioni poste di fronte alla Corte si sofferma B. SARMA, [The Supreme Court's Mixed Signals in Packingham](#), in *American Constitution Society Blog*, July 10, 2017. Un'ampia ricostruzione della *sex offenders legislation* e dell'impatto che su di essa avrebbe potuto avere la sentenza della Corte suprema era stata tracciata, *ex ante*, da E. TOLON, *Updating the Social Network: how Outdated and Unclear State Legislation Violates Sex Offenders' First Amendment Rights*, 85 *Fordham Law Review* 1827 (2017).

⁴⁰ Cfr. E. MYSTAL, [Packingham Decision Says More About The Power Of Facebook Than Sex Offenders](#), in *Above the Law*, June 21, 2017.

⁴¹ Corte suprema federale, *Packingham v. North Carolina*, 582 U. S. ____ (2017), *slip opinion*, 4.

⁴² Corte suprema federale, *Packingham v. North Carolina*, cit., 5.

per cui ciò che, venti anni fa, appariva essere la cifra – in larga misura ancora allo stato potenziale – della Rete si sia inverato con lo sviluppo dei *social networks*, che offrono «capacità relativamente illimitate, a basso costo per comunicazioni di tutti i tipi»⁴³. Un caleidoscopio di comunicazioni, si potrebbe dire, che la Corte suprema ha sintetizzato richiamando i contenuti quasi idealtipici dei tre principali *social*: «[s]u Facebook, per esempio, gli utenti possono discutere di religione e politica con i loro amici ed i loro vicini o condividere le foto delle vacanze»; «[s]u LinkedIn, gli utenti possono cercare lavoro, dare notizia della ricerca di lavoratori, o controllare segnalazioni sull'imprenditoria»; «[e] su Twitter, gli utenti possono interpellare i loro rappresentanti e, comunque, interagire con loro in maniera diretta», visto che «i Governatori di tutti i 50 Stati e quasi tutti i membri del Congresso hanno creato *accounts* a questo fine»⁴⁴. La gamma di attività che possono essere condotte è tanto ampia, l'impatto della Rete e dei *social* tanto profondo che «non possiamo ancora valutare tutte le [loro] dimensioni ed il [loro] grande potenziale di alterare come pensiamo, come ci esprimiamo, e definire chi vogliamo essere»⁴⁵. In sostanza, «[l]e forze e le direzioni dell'*Internet* sono così nuove, così proteiformi e di portata così ampia» da imporre una prudenza ed un approccio relativistico massimi in sede di definizione, se è vero che la Corte suprema stessa non ha esitato a rimarcare quanto «le corti debb[a]no essere coscienti che ciò che affermano oggi può essere obsoleto domani»⁴⁶.

L'ammissione dell'inevitabilità di un approccio di impronta relativistica non poteva, in ogni caso, impedire una analisi compiuta delle denunciate disposizioni legislative del North Carolina.

L'adozione di un test di giudizio di tipo intermedio⁴⁷ ha fatto sì che la legittimità delle previsioni contestate potesse essere asseverata qualora si fosse riscontrato che la compressione del *Free Speech* operata fosse compensata dal perseguimento di un legittimo interesse pubblico e dal carattere non eccessivo della compressione del diritto individuale rispetto al raggiungimento dell'obiettivo del legislatore.

Per effettuare il bilanciamento richiesto, la Corte ha da subito riconosciuto che norme limitative dell'accesso alla Rete ben possono essere animate dall'esigenza di tutelare un interesse pubblico, giacché *internet* ed i *social media*, alla stregua di ogni altra invenzione, si prestano ad usi patologici da parte di menti criminali.

⁴³ Il brano riportato corrisponde, appunto, ad una citazione della sentenza *Reno* (p. 870) operata dalla Corte nella sentenza *Packingham* (p. 5).

⁴⁴ *Loc. ult. cit.*

⁴⁵ *Ivi*, 6.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Trattandosi di una limitazione alla libertà di espressione basata sul mezzo e non sul contenuto dell'espressione stessa, la Corte suprema adotta il c.d. «*intermediate scrutiny*», meno rigoroso di quello che segue per le limitazioni collegate al contenuto dei messaggi veicolati.

Il «dato oscuro» della Rete, dunque, è stato certamente preso in considerazione; ma la motivazione si è presto spostata sul rapporto tra questo «dato», che giustifica l'intervento statale, e l'entità della limitazione dei diritti individuali. Ed alla luce di questo rapporto si è constatata l'estensione eccessiva delle previsioni legislative.

Innanzitutto, le definizioni late contenute nella legge avrebbero potuto «impedire l'accesso non solo agli ordinari *social media*, ma anche a siti vari come Amazon.com, Washingtonpost.com e Webmd.com»⁴⁸.

Al di là di questo, però, il vero punto cruciale dell'argomentazione è stato individuato nel fatto che, pur potendo e dovendo il legislatore reprimere gli atti criminali compiuti sulla Rete, non poteva ritenersi conforme al Primo emendamento una legge recante un divieto «*unprecedented*» per la sua portata. Un divieto che aveva ripercussioni eccessive sui diritti dei criminali sessuali, dal momento che il North Carolina vietava l'accesso «a quelle che per molti sono le principali fonti per conoscere ciò che accade, per controllare gli annunci di lavoro, per parlare ed ascoltare nella moderna piazza pubblica e, in ogni caso, per esplorare i grandi regni del pensiero e della conoscenza umani», in quanto «[q]uesti siti possono offrire forse il più potente meccanismo disponibile per un privato cittadino di far sentire la sua voce»⁴⁹.

In una *climax* motivazionale, la Corte suprema ha calato in questo quadro il caso specifico dei criminali (sessuali), dei quali si è andati a cogliere, non più le potenzialità «predatorie» che i *social* potrebbero favorire, ma le potenzialità di reinserimento sociale che i *social* potrebbero dispiegare: «[a]nche i criminali condannati – ed in certi casi specialmente i criminali condannati – potrebbero ricevere legittimi benefici da questi strumenti di accesso al mondo delle idee, in particolare se cercano di cambiare e di condurre vite nella legalità e di gratificazione»⁵⁰.

Se, dunque, i *social* possono essere un veicolo di risocializzazione, non possono essere declinati unicamente alla stregua di catalizzatori criminogeni: la legittimità di interventi repressivi, che il «dato oscuro» della Rete impone, non può giustificare in alcun modo divieti che colpiscano in maniera integrale

⁴⁸ Corte suprema federale, *Packingham v. North Carolina*, cit., 7.

⁴⁹ *Ivi*, 8.

⁵⁰ *Ibidem*. Per un bilanciamento largamente simile a quello suggerito dalla Corte suprema, volto a ponderare, da un lato, la protezione dei soggetti deboli della società e, dall'altro, la possibilità per i condannati che abbiano scontato la propria pena di reinserirsi nella società, v. J. HITZ, *Removing Disfavored Faces from Facebook: The Freedom of Speech Implications of Banning Sex Offenders from Social Media*, 89 *Indiana Law Journal* 1327 (2014), che sottolinea anche la tendenziale inutilità dei divieti del tipo di quello ora censurato da parte della Corte suprema, per il semplice fatto che «*the conduct they seek to proscribe is already illegal*». Nel senso della necessità di operare una rivisitazione della politica censoria posta in essere, negli Stati Uniti, nei confronti dell'accesso ad *Internet* da parte dei criminali sessuali, onde modulare i divieti a seconda delle reali esigenze di protezione della collettività, v. già E.P. EVANS, *Internet Access Restrictions for Convicted Child Pornography Sex Offenders: How Far Is Too Far?*, 36 *American Journal of Trial Advocacy* 329 (2012).

l'esercizio dei diritti di cui al Primo emendamento sul *web*, «tessuto connettivo della nostra moderna società e cultura»⁵¹.

3.3. La *concurring opinion*

Sulla declaratoria di incostituzionalità della normativa del North Carolina si è avuto un consenso unanime da parte dei giudici della Corte suprema⁵². Un analogo consenso non si è riscontrato, invece, sulla motivazione redatta dal *Justice Kennedy*, tanto che il *Justice Alito* ha redatto una *concurring opinion* che è stata sottoscritta anche dal *Chief Justice Roberts* e dal *Justice Thomas*.

La lettura dell'*opinion* si dimostra interessante perché prospetta un approccio alle tematiche della Rete volto a mettere in particolare evidenza il «dato oscuro»⁵³. L'esigenza di redigere un'opinione concorrente è stata infatti legata alle «implicazioni della retorica non necessaria della Corte», che, nell'equiparare *Internet* agli spazi fisici pubblici, si è espressa con parole che potrebbero essere interpretate nel senso che «gli Stati sono largamente imponenti nell'impedire finanche al più pericoloso dei predatori sessuali di visitare qualunque sito *Internet*, ivi inclusi, ad esempio, i siti di appuntamenti per *teenagers* ed i siti destinati a consentire ai minori di parlare dei loro problemi personali con i coetanei»⁵⁴.

Nel caso dei criminali sessuali, ed in particolare di coloro che possano abusare di minori, il «dato oscuro» della Rete si manifesta in tutta la sua potenza, in primo luogo perché «i bambini spesso usano *Internet* in un modo che offre ai criminali un accesso agevole alle loro informazioni personali», ed in secondo luogo perché «*Internet* offre forme, in passato non disponibili, di comunicare, di fare *stalking* e, in ultima analisi, di abusare di bambini», ad esempio creando un falso profilo sui *social*⁵⁵.

La visione certamente più cupa rispetto a quella della *Opinion of the Court* ha reso ancor più incisiva, nella *concurring opinion*, la constatazione dell'incostituzionalità della normativa del North Dakota: «[i]l problema fatidico del par. 14-202-5 [dei *North Carolina General Statutes*] è che la sua ampia portata preclude l'accesso ad un elevato numero di siti *Internet* che è molto improbabile che agevolino la commissione di crimini sessuali contro un bambino»⁵⁶. In sostanza, «[r]endendo questa serie di siti *internet* categoricamente al di

⁵¹ Corte suprema federale, *Packingham v. North Carolina*, cit., 10. La pervasività dei *social media* nella società contemporanea, e la conseguente difficoltà di scindere le molteplici dimensioni dell'individuo che in tali piattaforme si estrinsecano sono descritte, con specifico riguardo al *clivage* uso personale / uso professionale, ma con argomentazioni di ordine generale, da R. LIEBLER – K. CHANEY, *Here We Are Now, Entertain Us: Defining the Line Between Personal and Professional Context on Social Media*, 35 *Pace Law Review* 398 (2014).

⁵² Il collegio giudicante era composto da otto giudici, poiché il *Justice Gorsuch* è entrato in carica in un momento successivo alla trattazione del caso.

⁵³ Sulla divaricazione della concezione della Rete che emerge tra la *Opinion of the Court* e la *concurring opinion* del *Justice Alito*, v. C. DUAN, *'Internet' or 'internet'? The Supreme Court Weighs in*, in *Motherboard*, June 22, 2017.

⁵⁴ Corte suprema federale, *Packingham v. North Carolina*, cit., *slip opinion*, *Alito, J., concurring in judgment*, 1 s.

⁵⁵ *Ivi*, 3 s.

⁵⁶ *Ivi*, 6.

fuori della portata dei criminali sessuali registratati, si impedisce loro di ricevere o impegnarsi in manifestazioni del pensiero che il Primo emendamento protegge e non si progredisce in misura apprezzabile nell'obiettivo dello Stato di proteggere i bambini dai criminali sessuali recidivi»: per questo, il *Justice Alito* si è considerato «costretto a concludere che, anche se la previsione [...] riguarda un problema critico, ha una portata troppo ampia per soddisfare le esigenze della *Free Speech Clause*»⁵⁷.

Tralasciando la – invero assai semplicistica – equiparazione tra criminali sessuali e pedofili, la *concurring opinion* appare estremamente significativa, proprio perché dimostra quanto, senza voler in alcun modo ignorare il «lato oscuro» della Rete, non può non imporsi al legislatore una misura nel normare *Internet* ed i *social* che tenga conto della loro importanza, una misura che bilanci, in modo «responsabile», le esigenze di tutela della collettività con il rispetto degli incompressibili diritti individuali.

4. Conclusioni

Le due decisioni che si sono analizzate vertono su oggetti della cui diversità è arduo dubitare, ma un sottofondo comune sembra che possa comunque essere colto proprio nella lettura che della Rete viene in esse data. Una lettura sicuramente consapevole di quanto *Internet* sia un veicolo ormai insostituibile di estrinsecazione della personalità, ciò che, peraltro, già nella giurisprudenza «di prima generazione» era divenuto sempre più chiaro. Ma una lettura sicuramente consapevole anche di quanto *Internet* possa essere la sede per la compressione di diritti individuali: se da tempo i rischi sono stati messi in evidenza relativamente alla protezione dell'identità e della riservatezza degli utenti, adesso sembra finalmente giunto il momento di affrontare le altre dimensioni dei rischi, le dimensioni, cioè, in cui non sono l'infrastruttura tecnologica della Rete e le sue implicazioni a dover essere presa in considerazione, ma più propriamente le attività che vengono poste in essere attraverso l'uso del mezzo.

Questo spostamento dell'angolo visuale ha riflessi quanto mai importanti, sotto vari profili che, tra loro, si compenetrano. In prima battuta, l'effetto più immediato è quello di acquisire contezza in maniera compiuta, non solo di quanto *Internet* possa offrire, ma anche di quanto *Internet* possa «far male». Ma non c'è solo il «lato oscuro» che viene alla ribalta: più nel profondo, ciò che emerge è la necessità di un approccio «tecnologicamente neutro» ai bilanciamenti da operare tra contrapposte esigenze, un approccio che porti a prendere in esame le condotte su *Internet* alla stessa stregua delle condotte tenute nella realtà fisica. Si tratta, allora, di non vedere più la Rete (e/o i *social media*, in particolare) come un qualcosa di separato dalle restanti sedi di sviluppo della personalità, ma di enfatizzarne semmai la «ordinarietà». Altrimenti detto, il presupposto deve essere quello della estensione ad *Internet* dei canoni di giudizio

⁵⁷ *Ivi*, 9.

comuni, prospettando un allontanamento da essi solo quando ciò si riveli effettivamente necessario: quello che si va producendo è un'inversione del paradigma fin qui consueto, che muove dalla specialità della Rete, salvo poi ammettere la percorribilità, *caso per caso, problema per problema*, di una equiparazione tra realtà fisica e realtà virtuale. Un siffatto ribaltamento ha, a sua volta, un impatto sulla gestione del «lato oscuro», nel senso che quest'ultimo non può essere assunto come unico elemento di riferimento nell'operare valutazioni, dovendo, piuttosto, essere inquadrato nel contesto più generale dell'universo *Internet*.

A quanto sembra di poter cogliere dalle decisioni esaminate, si va a toccare, qui, un punto nodale dello sviluppo del diritto dell'*Internet*, nella misura in cui l'inquadramento generale richiede al decisore politico di prescindere da una «demonizzazione» del mezzo – sovente non scevra da venature di demagogia – per operare valutazioni che tengano conto del «tutto» e che, a seguito di un filtro di quanto sia rilevante, si concentrino su quello che davvero è necessario per rendere la Rete quanto più sicura possibile. In questo senso, sia il *Conseil constitutionnel* che la Corte suprema hanno avuto modo di rimarcare la distanza di questo processo decisionale ideale da quelli che si sono sostanziati in interventi improntati alla «tolleranza zero», ma privi di una reale diagnosi in termini di efficace normazione delle condotte sulla Rete. Le illegittimità pronunciate in entrambe le decisioni sono funzionali, in quest'ottica, a porre in risalto il canone della necessità come impronta dell'azione legislativa ed il canone dell'equilibrio tra compressione dei diritti individuali e salvaguardia delle esigenze collettive come cifra di una legislazione che sia «responsabilmente» diretta a raggiungere l'obiettivo della preservazione di una ordinata convivenza sociale all'ombra di un robusto stato di diritto. Uno stato di diritto che mostra, o – meglio – deve mostrare, di saper fronteggiare anche le minacce più pesanti (come sono, all'evidenza, il terrorismo ed i crimini sessuali) senza per questo abdicare alla sua funzione storica di argine all'arbitrio del potere.