

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO DEI PROBLEMI E NOTE METODOLOGICHE

SOMMARIO: 1. Attualità e urgenza del contrasto ai discorsi d'odio alla luce della recente giurisprudenza. – A) La recente giurisprudenza costituzionale sull'insindacabilità dei parlamentari. – B) Gli ultimi orientamenti della Corte di Strasburgo, della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sui confini della libertà di informazione. – C) L'attuale contrasto giurisprudenziale sulla tutela della manifestazione del pensiero nelle piattaforme sociali. – 2. *Segue*. Il contrasto ai discorsi d'odio nell'agenda parlamentare. – 3. Vecchie esigenze, nuovi problemi. – 4. Le molteplici funzioni della libertà di espressione negli ordinamenti democratici. – A) Tutela della libertà di espressione e soddisfacimento di interessi individuali. – B) Tutela della libertà di espressione e soddisfacimento di interessi collettivi. – 5. *Segue*. Le posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale italiane. – 6. Complementarietà delle letture e intrinseca socialità della libertà di espressione.

1. *Attualità e urgenza del contrasto ai discorsi d'odio alla luce della recente giurisprudenza*

A partire all'incirca dai primi anni del Duemila sta assistendosi, non solo in Italia, ad un progressivo aumento degli episodi di violenza verbale (*hate speeches*), tanto nei rapporti tra privati quanto nella sfera pubblica¹. Ciò è riconducibile ad una nutrita serie di circostanze, tra loro profondamente interconnesse, come l'intensificarsi dei flussi immigratori ed i

¹Per un'analisi del fenomeno dal punto di vista socio-psicologico si rinvia integralmente a M. BELLUATI-S. GENETTI, *Odiare a parole. Gli hate speech nella discussione parlamentare*, 2016, accessibile da www.academia.edu; N. CHETTY-S. ALATHUR, *Hate Speech Review in The Context of Online Social Networks*, in *Aggr. Viol. Behav.*, vol. 40 (2018), 108 ss.; U. PACE-A. PASSANISI-G. D'URSO, *Emotional and Cognitive Correlates of Hating among Adolescents: An Exploratory Study*, in *J. Ad.*, vol. 68 (2018), 159 ss.

conseguenti problemi di integrazione; l'acuirsi delle tensioni sociali, per effetto della crisi economica; la crescente disaffezione degli elettori verso i "vecchi" partiti e la nascita di partiti «personali»², spesso populistici, connotati dall'utilizzo di registri espressivi polemicici³ o, comunque, sopra le righe⁴, talora persino di ispirazione neofascista⁵ ed antisemita. Ed ancora, si pensi al moltiplicarsi delle interazioni digitali (p. es. via *social*)⁶ ed al senso di de-responsabilizzazione, anche morale, che le connota. Senza contare la deliberata divulgazione di notizie false e, spesso, diffamatorie, per fini ora di manipolazione del consenso (*memes* elettorali), ora di sfruttamento economico (*clickbaiting*, vendita di *big data*); nonché alcuni mutamenti del costume, ad esempio in tema di omosessualità, i quali suscitano la reazione delle frange più conservatrici.

I discorsi d'odio sono in grado di arrecare un pregiudizio significativo tanto alle vittime (persone fisiche o giuridiche) quanto, più in generale, alla società, specie quando ne minano valori fondamentali, come nel caso della propaganda razzista. Ciò è confermato nella reazione messa in campo, nell'esercizio dei rispettivi poteri, da un ampio ventaglio di Istituzioni, dalla Magistratura alla Corte costituzionale, dal Parlamento alle Autorità amministrative indipendenti.

²Su tale concetto v. per primo M. CALISE, *Il partito personale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 53 ss., cui *adde* più di recente R. SEGATORI, *Globalizzazione, nuove fratture sociali e rappresentanza politica*, in *Sociologia*, n. 3/2016, 12, e G. BOBBA-A. SEDDONE, *Partito personale o personalizzato? L'evoluzione del Partito Democratico: 2007-2015*, in *Rag. prat.*, n. 1/2016, 64 ss., i quali ultimi vi affiancano l'icona, solo in parte sovrapponibile, del «partito personalizzato».

³Sul tema v., in letteratura, M. BELLUATI, *Hate or Hateful? L'uso del linguaggio d'offesa nelle discussioni politiche*, in *Com. pol.*, n. 3/2018, 373 ss.

⁴Cfr. sul tema A. CIANCIO, *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, in EAD. (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Giapichelli, Torino, 2012, 36-37.

⁵Di recente, il fenomeno è stato analizzato e descritto in tutta la sua gravità da P. BERIZZI, *NazItalia. Viaggio in un Paese che si è riscoperto fascista*, Baldini & Castoldi, Milano, 2018, 1 ss.

⁶Sulla correlazione esistente tra avvento di Internet e incremento dei discorsi d'odio circolanti v. in generale R. DELGADO-J. STEFANCIC, *Hate Speech in Cyberspace*, in *Wake Forest L. Rev.*, n. 2/2014, 319 ss., e, anche per ulteriori rinvii, B. HORDECKI, *Contemporary Research on Hate Speech in News Websites' Comments from the Perspective of Jürgen Habermas's Theory of Knowledge*, in *Ann.-Ser. Hist. Sociol.*, n. 3/2014, 502.

Una chiara conferma dell'attualità e della delicatezza delle questioni in esame è offerta da alcuni recenti decisioni giurisprudenziali, le quali meritano, pertanto, di essere sin d'ora richiamate, seppur sinteticamente, con riserva di riprenderne ed approfondirne i molteplici spunti nel prosieguo della trattazione.

A) *La recente giurisprudenza costituzionale sull'insindacabilità dei parlamentari*

La prima decisione che merita di essere richiamata è la sentenza n. 59/2018⁷, avente ad oggetto la delibera del 16 settembre 2015 con la quale il Senato, nell'ambito di un procedimento per diffamazione promosso dalla Procura di Bergamo a carico di un noto parlamentare⁸, aveva dichiarato insindacabili le esternazioni operate da quest'ultimo nel corso di un comizio, limitatamente alla contestata aggravante della discriminazione razziale (accostamento di un Ministro di colore ad un «orango»⁹).

Invero, nella parte motiva della pronuncia il conflitto trova un'immediata soluzione sulla base del carattere abnorme dell'atto impugnato, vertere sulla «qualificazione giuridica del fatto storico»¹⁰, in violazione del principio di separazione dei poteri. Cionondimeno, la Corte si sofferma, altresì, sul difetto di un nesso funzionale tra le parole incriminate e l'eser-

⁷Sent. C. cost. 10 gennaio 2018, n. 59, su cui v. sin d'ora T. GIUPPONI, *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sentt. nn. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza, in vista di una svolta dai confini incerti*, in *Quad. cost. Rass.*, febbraio 2019, 1 ss.; O. CARAMASCHI, *Dal nesso funzionale esterno alla continenza interna? Recenti tendenze in tema di insindacabilità parlamentare*, in *Cons. online*, n. 2/2018, 462 ss.; A. ARENA, *L'insindacabilità delle opinioni rese dal parlamentare (Minime riflessioni a partire dalla lettura della sent. n. 59 del 2018)*, in *Oss. cost.*, n. 3/2018, 28 ss.

⁸La vicenda è nota: a Treviglio, il 13 luglio 2013, nel corso di un focoso comizio politico, pronunciato dinanzi ad una platea di circa millecinquecento spettatori e numerosi giornalisti, il sen. Roberto Calderoli si era scagliato contro il Ministro *pro tempore* per le Pari opportunità e l'integrazione, la deputata di colore Kashetu "Cécile" Kyenge, asserendo che essa avrebbe dovuto ricoprire un simile ruolo «in Congo» anziché in Italia e raccontando di essere rimasto «sconvolto» nel vederne le «sembianze di orango» all'interno del sito *web* istituzionale del Governo.

⁹*Ex art.* 3 d.l. n. 122/1993, la cui disciplina figura oggi nell'art. 604-ter c.p., dove è stata trasfusa dall'art. 2 del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21. Nel caso di specie, era contestata anche l'aggravante del «mezzo di pubblicità» (art. 595, co. 3 c.p.).

¹⁰Sent. C. cost. n. 59/2018, cit., § 5.1.

cizio di funzioni parlamentari. Invero, la superfluità di tale ulteriore disamina ai fini della decisione, insieme alla rimarca della conseguente, palese¹¹ inapplicabilità della garanzia, rende lecito ipotizzare che i Giudici abbiano colto l'occasione, per così dire, per lanciare un ammonimento verso un uso potenzialmente troppo "disinvolto" dell'insindacabilità. Imppressione che, peraltro, sembra trovare riscontro nella scelta di dedicare un intero paragrafo ad un *obiter dictum*, in cui si legge che la stessa possibilità di qualificare gli «insulti» come «opinioni» e, quindi, di susumerli nell'art. 68, co. 1 Cost., sarebbe già in astratto «discutibile»¹².

B) *Gli ultimi orientamenti della Corte di Strasburgo, della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sui confini della libertà di informazione*

Più di recente, il Giudice delle leggi ha affrontato, invece, il problema del bilanciamento tra il diritto all'onorabilità personale e la libertà di manifestazione del pensiero in ambito giornalistico. Con ordinanza n. 132 del 9 giugno 2020, infatti, è stata prospettata l'incostituzionalità dell'art. 595, co. 3 c.p. (diffamazione a mezzo stampa), nella parte in cui esso non circo-scrive l'irrogazione della pena detentiva alle sole condotte di eccezionale gravità. Tale assunto si fonda su puntuali richiami della pregressa giurisprudenza costituzionale sulla libertà di espressione e sul c.d. «diritto all'informazione»¹³, insieme agli orientamenti espressi sia dagli organi politici del Consiglio d'Europa¹⁴ che dalla Corte di Strasburgo. Quest'ultima, in particolare, ha più volte stigmatizzato – da ultimo, nel 2019¹⁵ – il rigore

¹¹ Cfr. *ibid.*, § 5.2.2, ult. cpv.

¹² *Ibid.*, § 5.2.1.

¹³ Ord. n. 132/2020, cit., § 7.1.

¹⁴ *Ibid.*, § 6.3.

¹⁵ Cfr. la sent. C.EDU 24 settembre 2013, ric. n. 43612/10, *Belpietro*, e la sent. C.EDU 8 ottobre 2013, ric. n. 30210/06, *Ricci*, entrambe richiamate dalla sent. C.EDU 7 marzo 2019, ric. n. 22350/13, *Sallusti*. Peraltro, con specifico riferimento a quest'ultima vicenda, che aveva visto il direttore di un noto quotidiano nazionale condannato per aver pubblicato, con toni giudicati diffamatori, la notizia di un aborto forzato poi rivelatasi infondata, mette conto ricordare che proprio gli «orientamenti critici avanzati in sede europea, in particolare dal Consiglio d'Europa, rispetto al ricorso a pene detentive nei confronti di giornalisti» e la necessità di spronare alla modifica delle disposizioni vigenti furono adottati a giustifi-

manifestato *in subiecta materia* dal legislatore italiano, evidenziando il rischio di un *chilling effect* su chi svolga attività giornalistica, incompatibile con l'art. 10 CEDU, seppur con l'eccezione di alcuni casi-limite, come la pronuncia di «*bate speech[es] or incitement to violence*»¹⁶.

Invero, la citata ordinanza della Corte costituzionale non ha definito il giudizio, bensì si è limitata a rinviare l'esame delle questioni, auspicando l'elaborazione, *medio tempore*, di un'adeguata soluzione in sede parlamentare¹⁷. Tuttavia, le considerazioni ivi operate sembrano aver già cominciato ad avere ricadute concrete, in quanto prontamente condivise dalla giurisprudenza di legittimità¹⁸.

cazione di un provvedimento presidenziale di clemenza (*A proposito della commutazione della pena ad Alessandro Sallusti*, comunicato ufficiale del 21 dicembre 2012, in *www.quirinale.it*). Tra il 15 marzo e il 30 settembre 2013 furono, poi, effettivamente depositati numerosi disegni di legge (C.191, C.925, C.1100, C.1165, C.1190, C.1242, S.734, S.845, S.903, S.1067), di cui uno, il DDL C.925, malgrado qualche perplessità dovuta alla severità delle nuove pene pecuniarie, fu giudicato soddisfacente dalla Commissione di Venezia (parere n. 715/2013 del 9 novembre 2013), sollecitata ad esprimersi sulla legislazione italiana in materia dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa già il 24 gennaio 2013, con risoluzione n. 120 (2013). Tuttavia, alla scadenza della legislatura, il 22 marzo 2018, nessuna bozza era stata ancora approvata in via definitiva.

¹⁶Sent. C.EDU 7 marzo 2019, *Sallusti*, cit., § 59, che richiama sul punto la sent. C.EDU [GC] 17 dicembre 2004, § 115, ric. n. 33348/96, *Cumpănă and Mazăre*.

¹⁷Su questa peculiare tecnica decisoria cfr., con riferimento all'unico precedente, l'ord. 207/2018, A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, 2459 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Cons. online*, n. 3/2018, 571 ss., e ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, *ibid.*, n. 1/2019; R. ROMBOLI, *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata", con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, n. 6/2019, pt. I, 1892 ss.; F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum Quad. cost. Rass.*, n. 6/2019, 1 ss.; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 6/2019, 2 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, n. 2/2019, 654 ss.

¹⁸V. in particolare la sent. Cass. pen. 22 settembre 2020, n. 26509, che ha annullato la sentenza di condanna inflitta ad un giornalista *ex art. 595, co. 3 c.p.* limitatamente al trattamento sanzionatorio, prescrivendone la rimodulazione, in sede di rinvio, proprio alla luce della citata ord. C. cost. n. 132/2020.

C) *L'attuale contrasto giurisprudenziale sulla tutela della manifestazione del pensiero nelle piattaforme sociali*

Tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020 in seno alla giurisprudenza di merito sono emersi due orientamenti tra loro speculari, concernenti l'oscurezza dei contenuti a carattere politico-elettorale divulgati dagli utenti di piattaforme sociali.

In particolare, il 12 dicembre 2019 il Tribunale di Roma¹⁹ ha accolto il ricorso proposto in via cautelare da un movimento di estrema destra, il quale pochi mesi prima si era visto disattivare la propria pagina Facebook ufficiale, in ragione dell'asserita incompatibilità dei contenuti ivi pubblicati con l'etica aziendale del gestore della piattaforma²⁰. Secondo il Giudice, infatti, il rapporto tra Facebook e i suoi clienti «non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi», poiché il particolare rilievo acquisito dai *social network* nel panorama politico-comunicativo italiano graverebbe i gestori di particolari responsabilità, vincolandoli «strettamente» al «rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali». Ciò consentirebbe di configurare – sembra – una sorta di diritto soggettivo all'uso di tali piattaforme, diritto non comprimibile se non a seguito di violazioni particolarmente gravi, accertate con le garanzie della giurisdizione e, per di più, «a cognizione piena».

Circa un mese più tardi, quest'ultimo argomento è stato addotto a sostegno di un'analoga domanda cautelare proposta innanzi al Tribunale di Siena da un attivista del medesimo movimento, candidato alle elezioni amministrative di quella città, il cui *account* era stato soppresso, in-

¹⁹Ord. Trib. Roma 11 dicembre 2019, n. 59264, annotata da B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*, in *Dir. inf.*, n. 1/2020, 109 ss., e P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?: note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso CasaPound c. Facebook*, in *Oss. cost.*, n. 2/2020, 430 ss.

²⁰Cfr. quanto argomentato a 12 della memoria difensiva depositata nel successivo giudizio di merito, promosso da CasaPound Italia, nonché quanto dichiarato da un portavoce della compagnia al termine della fase cautelare e puntualmente ripreso dagli organi di stampa: «Non vogliamo che le persone o i gruppi che diffondono odio [...] utilizzino i nostri servizi, non importa di chi si tratti. Per questo motivo abbiamo una policy sulle persone e sulle organizzazioni pericolose che vieta a coloro che sono impegnati in 'odio organizzato' di utilizzare i nostri servizi» (da *Facebook contro la riapertura della pagina Casapound: "Non vogliamo che utilizzino i nostri servizi"*, in *La Repubblica*, ediz. online, 27 dicembre 2019).

sieme a quelli di numerosi altri militanti, per aver violato le *Condizioni d'uso* della piattaforma condividendo messaggi razzisti, omofobi o, comunque, di incitamento all'odio. Stavolta, però, la domanda è stata rigettata: Facebook – si legge in motivazione – non può essere «seriamente» equiparato ad un soggetto pubblico, dal momento che il relativo servizio, pur se «di indubbia rilevanza sociale e socialmente diffuso», resterebbe «prettamente privatistico»²¹.

Nel febbraio del medesimo anno, in una vicenda del tutto simile a quella del 2019, che vedeva come ricorrente un altro partito di estrema destra, il Tribunale di Roma è sembrato ritornare sui propri passi²², per poi, tuttavia, ribadire il proprio orientamento originario nel mese di aprile, allorché esso ha respinto il reclamo proposto dalla multinazionale irlandese avverso l'ordinanza del 2019²³.

2. Segue. *Il contrasto ai discorsi d'odio nell'agenda parlamentare*

Come si è già accennato, l'allarme sociale derivante dalla diffusione di *hate speeches* ha trovato riscontro in diverse iniziative parlamentari.

Anzitutto, si è registrato il deposito di alcune bozze di legge volte ad inasprire le attuali previsioni sanzionatorie, ovvero a crearne di nuove. Tra queste, la prima in ordine di tempo ha riguardato la propaganda fascista: si tratta del c.d. ddl Fiano²⁴, approvato dalla Camera dei deputati nel settembre 2017 ma poi decaduto, l'anno seguente, con lo spirare

²¹ Ord. Trib. Siena 19 gennaio 2020, n. 2968 (corsivo aggiunto).

²² V. l'ord. Trib. Roma 23 febbraio 2020, n. 2019, e, in dottrina, A. GOLIA Jr., *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *Federalismi*, n. 18/2020, 162 ss.

²³ Ord. Trib. Roma 29 aprile 2020. Va, tuttavia, precisato che, malgrado l'Ufficio giudiziario sia formalmente il medesimo, i due orientamenti in esame sono stati espressi da Sezioni diverse.

²⁴ Proposta di legge C.3343 («Introduzione dell'articolo 293-bis del codice penale, concernente il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista»), presentata il 2 ottobre 2015, su cui v. il commento di M. MANETTI, *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazi-fascista (a proposito del d.d.l. "Fiano")*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 10/2017.

della XVII legislatura. La medesima sorte è toccata al c.d. ddl Scalfarotto²⁵, sull'omofobia e la transfobia, le cui previsioni sono state però trasferite, all'inizio della XVIII legislatura, in due nuove proposte²⁶ e poi, ancora, in una terza²⁷, lasciando emergere un approccio al fenomeno sempre più ampio (non solo repressivo, cioè, ma anche, *lato sensu*, culturale e educativo).

In secondo luogo, può ricordarsi l'insediamento, il 10 maggio 2016, della *Commissione sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio*²⁸, istituita dall'allora Presidente della Camera dei deputati, on. Laura Boldrini. L'organo, composto da un deputato per ogni gruppo parlamentare, oltre ad esperti della materia ed ulteriori rappresentanti istituzionali, ha svolto un'intensa attività di studio (trentuno audizioni, centottantasette acquisizioni documentali), concludendo i propri lavori il 6 luglio 2017. Esso ha prodotto un'ampia relazione finale, in cui, dopo un analitico esame tipologico²⁹ e lessicale³⁰ dei discorsi d'odio,

²⁵ Proposta di legge C.245, presentata il 15 marzo 2013 ed approvata dalla Camera il 19 settembre 2013, nel testo derivante dalla fusione con le proposte C.280 e C.1071. In dottrina, v. E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2014, 7 ss.; F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in DPC, marzo 2015, *passim*; G. GARANCINI, *La proposta di legge "anti-omofobia" tra (legittima) garanzia della libertà individuale e (inaccettabile) protezione del soggettivismo*, in *Iust.*, n. 3/2013, 218 ss. Da ultimo, sul medesimo tema cfr. anche a L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019, 519 ss.

²⁶ Proposte di legge C.107 (dep. 23 marzo 2018) e C.868 (dep. 4 luglio 2018), quest'ultima a firma dello stesso on. I. Scalfarotto.

²⁷ Il testo unificato, comprensivo, altresì, delle proposte di legge C.569 (dep. 2 maggio 2018), C.2171 (dep. 14 ottobre 2019) e C.2255 (dep. 14 novembre 2019), è stato approvato dalla Camera il 4 novembre 2020 e dal giorno successivo è in discussione al Senato (S.2005), dove se ne prospetta, peraltro, l'ulteriore fusione con le proposte di legge S.634 (dep. 11 luglio 2018) e S.1176 (dep. 26 marzo 2019), già pendenti presso quel ramo del Parlamento.

²⁸ Com'è noto, il 4 luglio 2016 la Commissione decise di intitolarsi a Helen Joanne "Jo" Cox, parlamentare britannica uccisa da un fanatico nazionalista il 16 giugno di quell'anno.

²⁹ CAMERA DEI DEPUTATI-COMMISSIONE "JO COX", *Relazione finale*, 6 luglio 2017, 17 ss., reperibile in *www.camera.it*.

³⁰ *Ibid.*, 26 ss.

se ne ricostruisce l'effettiva diffusione³¹, prospettandosi, altresì, contro-misure in prospettiva *de iure condendo*³².

Ancor più di recente, pare significativo che, tramite una serie di mozioni depositate tra i mesi di giugno e ottobre del 2019, ben duecentododici senatori, appartenenti a quasi tutti i gruppi³³, abbiano fatto propria la proposta della senatrice a vita Liliana Segre di istituire una *Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*³⁴, investendola di un ventaglio di funzioni ancora più ampio: non solo di studio, cioè, ma anche consultive, di segnalazione e di impulso. Invero, l'auspicio di convergere su un unico testo, seppur inizialmente espresso da più parti³⁵, non ha potuto concretizzarsi a causa dell'emergere, nel corso della discussione, di sensibilità diverse in ordine sia alle esatte proporzioni del fenomeno sia, soprattutto, alle politiche da porre in essere per estinguerlo³⁶.

³¹ *Ibid.*, 39 ss.

³² *Ibid.*, 119 ss.

³³ Va, peraltro, segnalato che alcuni degli otto senatori iscritti al gruppo Per le Autonomie (l'unico a non essere rappresentato in calce ad alcuna mozione) hanno poi votato a favore, intervenendo attivamente nel dibattito.

³⁴ Questa la denominazione proposta nella mozione n. 1-00136, depositata il 5 giugno 2019 e corredata da ben centoquattro sottoscrizioni. Sul tema si tornerà comunque *infra*, cap. VI, § 4.2.

³⁵ V. in particolare gli interventi dei senatori A. FERRARI (*Resoconto stenografico della 160ª seduta pubblica*, 30 ottobre 2019, 52, disponibile in *www.senato.it*), P. BINETTI (*ibid.*, 60) e L. MALAN (*ibid.*, 79).

³⁶ In estrema sintesi, mentre Partito democratico e Movimento Cinque stelle hanno posto l'accento sulla necessità di intervenire in modo incisivo, a garanzia di tutte le minoranze e soprattutto di quelle definite su base etnico-razziale, la Lega ha attribuito buona parte della responsabilità proprio alla crescente presenza di stranieri sul suolo nazionale, per via delle conseguenti tensioni socioeconomiche e alle sacche di antisemitismo presenti – in tesi – all'interno delle «comunità arabo-islamiche» italiane: v. la mozione n. 1-00176 del 15 ottobre 2019, rispettivamente al VI e al X cpv. Forza Italia, per altro verso, ha espresso cautela, temendo che il contrasto allo *hate speech* potesse generare abusi a danno di «nuove» minoranze (nel IV e nel XI cpv. relativa mozione, n. 1-00177 del 29 ottobre 2019, si fa l'esempio di coloro che sostengono i «valori cristiani» e «la famiglia»). Timori che, nel corso del successivo dibattito in aula, sono stati condivisi da altri partiti di opposizione: v. l'intervento della senatrice leghista A. FAGGI, sui rischi di erigere una «gabbia del pensiero unico, del *mainstream* del "politica-

Resta, comunque, indicativo di una tendenziale condivisione di vedute il fatto che, alla fine, la mozione proposta dalla maggioranza sia stata approvata senza nessun voto contrario e – giova, altresì, evidenziare – con la permanenza in Aula di novantotto senatori di opposizione, astenuti, a garanzia del numero legale³⁷.

3. Vecchie esigenze, nuovi problemi

Gli elementi sin qui richiamati basterebbero a confermare quanto si era osservato all'inizio, in ordine alla rilevanza ed all'attualità del tema in esame, non solo sul piano politico e sociale, ma anche su quello giuridico.

Com'è noto, la libertà di espressione è uno dei diritti della personalità di più risalente riconoscimento: si pensi alla *parrusia* ateniese nonché, alle soglie dell'epoca moderna, al *Bill of Rights* britannico³⁸. Tuttavia, è soltanto al termine della Seconda guerra mondiale che, al fine di marcare una netta soluzione di continuità con le ideologie totalitarie che ave-

mente corretto»» (*Resoconto stenografico della 159ª seduta pubblica*, 19, 29 ottobre 2019, in *www.senato.it*) e, all'interno del medesimo gruppo, quello del sen. M. ROMEO (*Resoconto stenografico della 160ª seduta pubblica*, cit., 53), mentre per il gruppo di Fratelli d'Italia v. quanto dichiarato dal sen. G. FAZZOLARI (*ibid.*, 70). Di vera e propria «cristianofobia», come tendenza a discriminare o offendere i cristiani per via della loro fede, ha parlato apertamente la sen. S. PUCCIARELLI (*Resoconto stenografico della 159ª seduta pubblica*, cit., 77). Infine, mette conto richiamare che sempre Fratelli d'Italia ha chiesto di dare atto del carattere non meno «odioso» del comunismo rispetto al nazismo (mozione n. 1-00181 del 29 ottobre 2019, VII cpv., e cfr. la menzione della pulizia etnica nell'Istria post-bellica da parte del sen. L. CIRIANI, *ibid.*, 24), nonché dell'esigenza di contrastare anche l'odio «frutto del proselitismo islamico» (mozione n. 1-00182 del 29 ottobre 2019, II cpv., cui cfr. l'accenno polemico al «fondamentalismo religioso islamico», ancora ad opera del sen. L. CIRIANI, *ibid.*, 25).

³⁷ Anche escludendo dal computo i senatori assenti perché in congedo o perché impegnati in incarichi istituzionali (art. 108 Reg. Sen.), la votazione sarebbe stata valida solo con la partecipazione di centoquaranta senatori; soglia per il cui raggiungimento i partiti di maggioranza sapevano di poter contare su un margine tendenzialmente labile (soli undici voti), anche se poi interamente confermato.

³⁸ Cfr. sul tema M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014, 1 ss.

vano tristemente segnato la prima metà del XX secolo, il diritto di ciascun individuo a manifestare il proprio pensiero è stato consacrato nelle Carte fondamentali di numerosi Paesi³⁹, insieme ai suoi diretti addentellati con la libertà di stampa e con i principi di pluralismo e democrazia. Per altro verso, proprio il consolidamento e l'affinamento delle relative garanzie hanno accresciuto l'esigenza di definirne e contrastarne gli abusi. Sicché, se da un lato sarebbe antistorico ridurre il contrasto ai discorsi d'odio a mero prodotto della modernità⁴⁰, dall'altro deve, però, rimarcarsi che negli ultimi decenni esso ha fatto registrare un'evoluzione, per via di una molteplicità di fattori inediti.

La società odierna si trova, allora, dinanzi a questioni nuove o, più spesso, a questioni "vecchie", ma le cui risposte debbono essere adatte ad un contesto, anzitutto tecnologico, che è oggi significativamente diverso rispetto al passato⁴¹. Questa circostanza emerge chiaramente dalle vicende sopra richiamate, allorché esse inducono ad interrogarsi, ad esempio, sulla possibilità di assoggettare la manifestazione del pensiero *online* all'arbitrio di soggetti privati, quali sono gli *Internet service providers*; sul labile confine tra dibattito democratico, libertà di stampa e offesa personale; sull'esigenza di preservare la coesione sociale e i diritti delle minoranze, anche alla luce dell'art. 3 Cost., senza tuttavia incorrere in uno scivolamento "all'indietro", verso modelli ontologica-

³⁹ A questo proposito, sembra significativo che la garanzia in oggetto figuri anche nelle costituzioni di diversi Paesi comunemente considerati illiberali, come la Repubblica popolare democratica di Corea (art. 67), la Repubblica popolare cinese (art. 35), la Repubblica socialista del Vietnam (art. 25), la Repubblica di Cuba (art. 53).

⁴⁰ Per un accurato *excursus* sulle risposte normative ai discorsi d'odio, con particolare riferimento a quelli contro l'onore personale, v. A. VISCONTI, *Onore, reputazione e diritto penale*, EDUCatt, Milano, 2011, 14 ss.

⁴¹ Sul versante comparatistico e con riferimento ad un ampio ventaglio di libertà costituzionali, oltre a quella di espressione, cfr. i molteplici contributi raccolti da O. POLICINO-G. ROMEO (a cura di), *The Internet and Constitutional Law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Routledge, Londra, 2016. Per una panoramica dettagliata delle questioni poste dalla comparsa e dal concreto operare di figure relativamente "nuove", quali *Internet service providers*, motori di ricerca e piattaforme sociali, v. ampiamente A. KOLTAY, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, Hart, Oxford, 2019, 102 ss.

mente incompatibili con il principio di laicità, su cui si fonda la moderna concezione dello Stato.

Sullo sfondo si staglia, inoltre, la questione della compatibilità della disciplina interna con l'ordinamento internazionale e con quello europeo. Entrambi, infatti, pur accordando alla libertà di espressione un elevato *standard* di tutela, anche per la concorrenza di diversi documenti di *soft law*⁴², pongono tutta una serie di divieti, destinati ad operare sul versante interno dei singoli ordinamenti nazionali. Ad esempio, l'art. 20 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* bandisce «qualsiasi propaganda a favore della guerra» e «qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso» che inciti «alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza»; l'art. 4 della *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* impegna le Alte Parti contraenti a punire «ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale»; la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'UE esorta i Paesi membri a reprimere – tra le altre – l'«apologia», la «negazione» e la «minimizzazione grossolana» dei genocidi, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. Senonché, dette indicazioni, nel caso dell'ordinamento italiano, finiscono per premere contro una Costituzione che non solo all'art. 21 ha scelto di porre il «buon costume» come unico limite esplicito all'espressione delle idee, lasciando così trasparire un impianto marcatamente liberale, ma ha, altresì, fatto propri, agli artt. 13, 24, 25 e 27, i principi di riserva di legge e necessaria offensività, insieme ad una concezione dell'intervento penale come *extrema ratio* che pare incompatibile l'impiego di quest'ultimo in chiave preventiva e, tantomeno, come strumento di coesione sociale.

Ne deriva, sembra, un'oggettiva difficoltà nell'elaborazione di soluzioni normative soddisfacenti, le quali, cioè, riescano ad attuare i suddetti obblighi incriminatori, sottraendo così l'Italia al rischio di sanzioni, senza entrare in conflitto con le suddette garanzie costituzionali. Ciò è tanto più vero se si considera che la libertà di manifestazione del

⁴² Tra i più significativi, si segnalano la risoluzione n. 428 (1970) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, la raccomandazione R (97) 20 del Comitato dei Ministri, il *general comment* n. 34 del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, le risoluzioni 2003/2237(INI) e 2010/2028(INI) del Parlamento europeo.

pensiero, in particolare, riveste un ruolo primario sul piano sistematico, in quanto la sua tutela è contigua a quella di molteplici interessi posti «al cuore» del regime democratico⁴³, così come del libero svolgimento della personalità individuale.

4. *Le molteplici funzioni della libertà di espressione negli ordinamenti democratici*

Come si è appena accennato, nell'ordinamento costituzionale italiano e, più in generale, in tutti gli ordinamenti democratici la libertà di espressione assolve a molteplici "funzioni", che ne giustificano⁴⁴ la tutela a livello costituzionale. Invero, esse sono ben note ai giuristi, che tendono a distinguerle tra pubbliche e private, a seconda che realizzino interessi dell'intera collettività, oppure dei singoli individui⁴⁵.

Il tema è di cruciale importanza, non solo a fini di inquadramento generale, ma anche, come si vedrà a breve, per una possibile perimetrazione delle tipologie di *hate speech* da ritenersi costituzionalmente protette. Esso merita, quindi, di essere approfondito, alla luce delle copiose riflessioni rinvenibili nella dottrina e nella giurisprudenza americane, che ancor prima di altre si sono interrogate al riguardo.

⁴³ Sul punto, su cui ci si soffermerà ampiamente nel prosieguo della trattazione, v. sin d'ora l'efficace sintesi delineata da J. WRIGHT, *Tort Law and Human Rights*, Hart, Oxford, 2017², 234-235, che richiama anche gli orientamenti maturati, in tal senso, dalla Corte Suprema statunitense e dalla Corte di Strasburgo. Di recente, l'espressione è stata utilizzata anche dalla Corte costituzionale ungherese, in un caso concernente la rivelazione di informazioni bancarie riservate (sent. 26 giugno 2017, cui cfr., sulla medesima vicenda, la successiva sent. C.EDU 5 novembre 2019, ric. n. 11608/15, *Herbai*).

⁴⁴ Cfr. testualmente K. GREENAWALT, *Free Speech Justifications*, in *Colum. L. Rev.*, n. 1/1989, 119 ss.

⁴⁵ Questa dicotomia di fondo è configurata, con varie sfumature, da Z. CHAFEE Jr., *Freedom of Speech*, Londra, 1920, 367-368; D. GRIMM, *Freedom of Speech in a Globalized World*, in I. HARE-J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, OUP, Oxford, 2010, 12; N. DROIN, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, Fondation Varenne, Parigi, 2011, 58; E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, OUP, Oxford, 2016, 4. K. GREENAWALT, *op. cit.*, 127, segnala, tuttavia, diversi criteri classificatori alternativi.

A) *Tutela della libertà di espressione e soddisfacimento di interessi individuali*

Dal punto di vista del singolo individuo, la facoltà di esprimere il proprio pensiero costituisce, anzitutto, appagamento di un istinto innato, quale condizione indispensabile di un'esistenza «degnata di essere vissuta»⁴⁶. A riprova di ciò, ed anche esulando da concezioni propriamente giusnaturalistiche⁴⁷, in dottrina si è più volte richiamata la celebre definizione dell'essere umano come «animale sociale»⁴⁸. Sicché, in questa prospettiva, qualsiasi intervento autoritativo volto a punire qualcuno per aver manifestato determinate idee ne disconoscerebbe la stessa «dignità di uomo», oltre ad offendere quella dei suoi potenziali interlocutori, i quali avrebbero a loro volta il preciso «diritto» di conoscerla per utilizzarla nella formazione di convincimenti propri⁴⁹.

L'argomento dell'auto-realizzazione («*self-fulfillment*») è ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza della Corte suprema statunitense⁵⁰, che ne evidenzia gli addentellati col c.d. diritto alla «ricerca della felicità»⁵¹. Si tratta di concetti entrambi profondamente radicati nella cultura

⁴⁶Z. CHAFEE Jr., *op. cit.*, 36.

⁴⁷A questa concezione sarebbe, invece, «ancorata» la Corte Suprema americana secondo V.A. BLASI, *Rights Skepticism and Majority Rule at the Birth of the Modern First Amendment*, in L.C. BOLLINGER-G.R. STONE (a cura di), *The Free Speech Century*, OUP, New York, 2019, 29.

⁴⁸ARISTOTELE, *Politica*, I, 2, 1253, a. Com'è noto, il concetto è stato condiviso col rigore della scienza moderna da C. DARWIN, *L'origine dell'uomo* (trad. it.), Pordenone, 1991 (1871), 138, cui *adde*, in ambito sociologico, J.T. SPREHE, *Feral Man and the Social Animal*, in *Am. Cath. Soc. Rev.*, n. 22/1961, 161 ss.

⁴⁹In questi termini T.I. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, in *Yale L. J.*, n. 72/1963, 879, nel quadro di una concezione in cui «*the purpose of society, and of its more formal aspect the state, is to promote the welfare of the individual*» (*ibid.*, 880). Sull'obbligo, per lo Stato, di rispettare l'«autonomia» dei consociati, come essa si manifesta nella scelta di quali messaggi ascoltare e come interpretarli, cfr. C.E. BAKER, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, in *UCLA L. Rev.*, n. 5/1978, 991 ss.

⁵⁰V. in particolare la sentenza *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), del 15 maggio 1927, puntualmente richiamata da M.B. NIMMER, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in *Calif. L. Rev.*, n. 4/1968, 949.

⁵¹Diritto solennemente proclamato, com'è noto, nel testo della *Dichiarazione d'In-*

ra americana, ma ai quali sembra possibile trovare una almeno tendenziale corrispondenza nel testo della Costituzione italiana: si pensi, rispettivamente, al diritto allo svolgimento della propria personalità *ex art. 3*, nonché alla priorità, morale e giuridica, della persona umana, consacrata nel c.d. principio personalista (art. 2)⁵².

Altra parte della dottrina⁵³ ha sostenuto che la libertà di espressione, comportando la possibilità di maturare, da un canto, e manifestare, dall'altro, idee proprie ed originali, anche in contrasto col sentire comune (è proprio il caso degli *hate speeches*)⁵⁴, consentirebbe l'esercizio di quella «*self-determination*» che, essa sola, impedirebbe allo spirito uma-

dipendenza. Al riguardo, non pare decisiva l'obiezione mossa da R.H. BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in *Ind. L. J.*, n. 1/1971, 25, che fa leva sul carattere soggettivo tanto della felicità, quanto dei mezzi per conseguirla. Anche ammettendo che la *freedom of speech* non rappresenti un *unicum* nel panorama delle libertà costituzionali, infatti, ciò non toglie che la relativa limitazione sia fonte di sofferenza per chi la subisce (specie se si condivide la tesi dell'essere umano quale «*zôon politikôn*», richiamata nel testo). Sulla configurabilità di un «diritto alla felicità» nell'ordinamento italiano v. affermativamente G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, in *AFDUDC*, n. 12/2008, 519 ss., cui cfr. R. FERRARA, *Il diritto alla felicità e il diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010, 1055 ss., e V. BERLINGÒ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2012, 149 ss. Per contro, v. però le chiusure operate dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione nelle sentenze 11 novembre 2008, n. 26972, § 3.9, e 22 dicembre 2015, n. 25767, quest'ultima annotata, tra gli altri, da L. DIOTALLEVI, *La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (inscindibile) tra soggettività e capacità giuridica*, in *Giur. cost.*, n. 4/2016, 1578 ss.

⁵²Sul principio personalista nella Costituzione italiana v. senz'altro A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, vol. I, 50 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 50 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, *passim*. Più di recente, cfr. inoltre A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi*, n. 17/2013, 3 ss.; L. CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2013, 3 ss.; A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Cons. onli-*

⁵³D. RICHARDS, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, in *U. Pa. L. Rev.*, n. 1/1974, 62.

⁵⁴La centralità del dissenso individuale all'interno dell'edificio democratico è esaltata da S. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy and Romance*, HUP, Cambridge, 1990, *passim*.

no di scivolare in uno stato di miseria e asservimento. Sicché, a cavallo tra il piano etico e quello giuridico, dovrebbe concludersi che l'accettazione di dettami normativi (anche costituzionali) tesi a reprimere la libertà in esame costituirebbe rinuncia alla propria «razionalità», per la quale proprio il *free speech* sarebbe, anzi, un'ottima «palestra»⁵⁵. Ciò si tradurrebbe, a sua volta, in un'abdicazione a quella minima «sovranità» che ciascuno detiene su se stesso, e nella violazione del «*self-respect*» quale imperativo morale fondamentale⁵⁶.

Tanto premesso da un punto di vista puramente teorico, sul piano pratico è stato evidenziato che la tutela della libertà di parola consente ai singoli consociati di concorrere al progresso morale (religioso, scientifico, culturale ...) della società⁵⁷, nonché di partecipare al governo della cosa pubblica⁵⁸. Attraverso la critica (o il sostegno) alle scelte compiute dai propri rappresentanti, ciascun cittadino può influenzarne l'operato, anche per via del timore, da parte di costoro, di veder poi sanzionata la propria responsabilità politica in sede elettorale⁵⁹. In quest'ottica, la pos-

⁵⁵ La tesi che il riconoscimento della *freedom of speech* da parte del Costituente, e quindi il relativo esercizio da parte dei cittadini, affini le capacità di ragionamento di questi ultimi è stata autorevolmente sostenuta da D. RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, OUP, Oxford, 1986, 216 ss. e successivamente condivisa, seppur con qualche cautela, da K. GREENAWALT, *Free Speech*, cit., 143-144.

⁵⁶ Ancora D.A. RICHARDS, *Free Speech*, cit., 62.

⁵⁷ Lo sostiene T.I. EMERSON, *Toward a General Theory*, cit., 883, che lo sostiene sulla scorta di una consapevole assolutizzazione del principio egualitario, proprio dei regimi democratici, ben oltre i confini del politico.

⁵⁸ Cfr. D. GRIMM, *Freedom of Speech*, cit., 26-27, che evidenzia come tale facoltà sia insita nel concetto stesso di «democrazia».

⁵⁹ Cfr. *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917), 24 agosto 1917, dove si legge che «*public opinion [...] is the final source of government in a democratic state*» (p. 540), e *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931), 18 maggio 1931, secondo la quale proprio «*the maintenance of the opportunity for free political discussion*» garantisce che il Governo sia sempre «*responsive to the will of the people*» (p. 283). Sul versante italiano può qui richiamarsi U. RESCIGNO, *Responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, n. 3/2012, 337 ss., laddove egli sembra anticipare la responsabilità politica (nella sua forma più blanda, ossia «diffusa») già al momento della manifestazione di pensiero critico. Sul tema v. inoltre P. MARSOCCI, *Aspetti giuridici del controllo pubblico. Verso il default del costituzionalismo democratico?*, in AA.VV., *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 59 ss., nonché, problematicamente, con riferimento cioè all'eventualità