



La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato

Italia

STUDIO

EPRS | Servizio Ricerca del Parlamento europeo

Unità Biblioteca di diritto comparato
PE 642.242 – Ottobre 2019

IT

LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE, UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COMPARATO

Italia

STUDIO

Ottobre 2019

Sintesi

Lo studio fa parte di un progetto più ampio, il cui scopo è quello di analizzare, nella prospettiva del diritto comparato, le delicate questioni che riguardano la libertà di espressione (libertà di manifestazione del pensiero, secondo la formula dell'art. 21 della Costituzione italiana).

L'obiettivo dello studio è quello di esaminare la problematica nel contesto specificamente italiano, pur nella consapevolezza dell'importanza delle fonti internazionali e dell'Unione Europea in materia.

A tal fine, dopo una breve introduzione di carattere storico generale, sono state prese in esame le vicende normative che hanno interessato la libertà di espressione nell'Italia repubblicana. Il punto di partenza è stato, ovviamente, la Costituzione, mentre le altre fonti sono state ordinate in ragione del mezzo di comunicazione che, di volta in volta, disciplinano.

Ampia attenzione è stata dedicata alla giurisprudenza. Nell'impossibilità di dare conto di tutto l'immenso materiale disponibile, si sono selezionati alcuni casi particolarmente significativi, tratti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e di alcune giurisdizioni di merito.

Sono stati identificati, infine, i principali nodi problematici che occorre tuttora sciogliere, a fronte sia del progresso tecnologico che dell'evoluzione delle società pluraliste.

AUTORE

Questo studio è stato scritto dal **Prof. Dr. Massimo Luciani** dell'Università di Roma – La Sapienza – (Italia), su richiesta della Unità Biblioteca di diritto comparato, Direzione generale dei Servizi di ricerca parlamentare (DG EPRS), Segretariato generale del Parlamento europeo.

EDITORE

Prof. Dr. Ignacio Díez Parra, Capo di Unità, Centro di diritto comparato

Per contattare la Unità "Biblioteca di diritto comparato", si prega di scrivere a: EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu

VERSIONI LINGUISTICHE

Originale: IT

Traduzioni: DE, EN, ES, FR

Il documento è disponibile sul seguente sito Internet: <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>

LIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ

Le opinioni espresse nel presente documento sono esclusivamente riconducibili alla responsabilità dell'autore e non riflettono necessariamente la posizione ufficiale del Parlamento europeo.

Sono autorizzate la riproduzione e la traduzione per finalità non commerciali, a condizione che venga citata la fonte, che venga preventivamente acquisito il consenso dell'editore ed inviata una copia della pubblicazione all'indirizzo elettronico sopra indicato.

Manoscritto completato nel mese di settembre 2019

Bruxelles © Unione Europea, 2019

PE 642.242

Carta

ISBN: 978-92-846-5699-8

DOI:10.2861/764681

QA-03-19-755-IT-C

PDF

ISBN: 978-92-846-5703-2

DOI:10.2861/274295

QA-03-19-755-IT-N

Indice

Indice delle abbreviazioni	IV
Sommario	VI
I. Introduzione. L'evoluzione storica del riconoscimento del diritto alla libertà di espressione in Italia.....	1
I.1. Il periodo preunitario.....	1
I.1.1. Le Costituzioni repubblicane della fine del Settecento.....	1
I.1.2. Il Regno delle Due Sicilie, il Granducato di Toscana, gli Stati della Chiesa (e la Repubblica Romana del 1949), il Regno di Sardegna.	2
I.2. Il Regno d'Italia (e il fascismo).....	7
II. La disciplina della libertà di espressione in Italia.....	9
II.1. Le norme costituzionali.....	9
II.1.1. Il regime generale della manifestazione del pensiero.....	9
II.1.2. Il regime della stampa.....	14
II.1.3. La questione del "buon costume".....	14
II.1.4. Lo "spirito" della disciplina costituzionale.....	18
II.2. La legislazione ordinaria.....	22
II.2.1. La stampa.....	22
II.2.2. La radiotelevisione.....	23
II.2.3. Gli altri mezzi di manifestazione del pensiero.....	28
III. I principali indirizzi giurisprudenziali.....	33
III.1. La giurisprudenza costituzionale.....	33
III.1.1. Libertà di espressione, pluralismo e democrazia nella giurisprudenza costituzionale.....	33
III.1.2. I limiti alla libertà di espressione nella giurisprudenza costituzionale.....	35
III.2. La giurisprudenza comune.....	36
III.2.1. Libertà di espressione, pluralismo e democrazia nella giurisprudenza comune.....	36
III.2.2. I limiti alla libertà di espressione nella giurisprudenza comune.....	37
IV. Temi attuali: i "reati d'odio"; l'apologia di fascismo; il "politicamente corretto".	39
IV.1. I "reati d'odio".....	39
IV.2. L'apologia di fascismo.....	42
IV.3. Il "politicamente corretto".....	43
V. Conclusioni.....	45
Fonti citate.....	46
Elenco delle sentenze citate	48
Bibliografia	52
Sitografia	55

Indice delle abbreviazioni

AA. Vv.	Autori vari
ad es.	ad esempio
Ad. plen.	Adunanza plenaria
Am. Pol. Sc. Rev.	American Political Science Review
art.	articolo
artt.	articoli
Cass.	Corte Suprema di cassazione
c.d.	cosiddetta/o e cosiddette/i
CEDU	Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
cfr.	confronta
Cons. Stato	Consiglio di Stato
Corte cost.	Corte costituzionale
Cost.	Costituzione repubblicana
d. l.	decreto legge
d. lgs.	decreto legislativo
d.P.R.	decreto del Presidente della Repubblica
ed.	edizione
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Foro It.	Il Foro Italiano
G.U.	Gazzetta Ufficiale
l.	legge
l. cost.	legge costituzionale
n.	numero
nn.	numeri
nt.	nota a piè di pagina
par.	paragrafo
ord.	ordinanza
ordd.	ordinanze
p.a.	pubblica amministrazione
Pol. dir.	Politica del diritto
Probl. del soc.	Problemi del socialismo
Quad. cost.	Quaderni costituzionali

r.d.	regio decreto
r. d. lgs.	regio decreto legislativo
riv.	rivista
Riv. critica dir. priv.	Rivista critica del diritto privato
s.	seguinte
sent.	sentenza
sentt.	sentenze
Sez. Un.	Sezioni Unite
ss.	seguinti
UE	Unione europea
v.	vedi

Sommario

La libertà di espressione ha conosciuto, nella storia dell'ordinamento italiano, varie vicende.

Inizialmente, nel periodo liberale, retto dal punto di vista costituzionale dallo Statuto, promulgato dal re Carlo Alberto per il Regno di Sardegna il 4 marzo 1848 e divenuto carta fondamentale del Regno d'Italia nel 1861, la libertà di espressione (sebbene solo per il profilo della libertà di stampa) risultava sufficientemente protetta, ma la tutela riguardava essenzialmente il suo aspetto individualistico, mentre quello "politico" era visto con diffidenza, perché l'apertura pluralistica del nostro sistema costituzionale era limitata. Anche la legislazione ordinaria aveva un'impostazione liberale, sì, ma assai moderata.

Le cose andarono assai peggio, ovviamente, nel ventennio fascista, quando la libertà di espressione fu repressa in quanto condizione fondamentale di quel pluralismo politico e sociale che il fascismo non poteva tollerare. Così, la stessa libertà di stampa fu assoggettata ad autorizzazioni e controlli preventivi, mentre le manifestazioni di dissenso nei confronti del regime non furono consentite.

L'atmosfera cambiò completamente con la Costituzione repubblicana. Essa non utilizza la formula "libertà di espressione", bensì la formula "libertà di manifestazione del pensiero", ma una vera diversità concettuale fra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di espressione non sembra potersi identificare. Quanto ai contenuti, le garanzie costituzionali della libertà di espressione sono assai rigorose, mentre il solo mezzo esplicitamente disciplinato è la stampa.

L'art. 21 Cost. dispone che *"Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione"*. Si tratta di una previsione assai generale, che ha suscitato non pochi dubbi interpretativi (cosa s'intende per "tutti"? la garanzia costituzionale copre solo la manifestazione del *"proprio pensiero"* o consente anche di manifestare un pensiero "altrui" oppure qualcosa di proprio, sì, ma che non è "pensiero", come un insulto? cosa si intende per *"ogni altro mezzo di diffusione"*? il diritto di manifestare il proprio pensiero include anche il proprio risvolto negativo, cioè il diritto di *non* manifestarlo? qualunque oggetto della manifestazione del pensiero gode delle medesime garanzie costituzionali?).

Quanto al regime della stampa, la norma-chiave è il secondo comma dell'art. 21 Cost., a tenor del quale *"La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure"*. Curiosamente, la Costituzione non ha menzionato esplicitamente altri mezzi di comunicazione già allora assai importanti (si pensi alla radio e al cinematografo, che erano stati fra gli strumenti più efficaci della costruzione del consenso al regime fascista).

Un problema particolare ha posto l'interpretazione del contenuto del limite generale del *"buon costume"*. La dottrina costituzionalistica ha cercato di restringere la portata del limite e ha raggiunto un sostanziale accordo nel delimitare il campo del "buon costume", riducendolo alla sfera del pudore sessuale. Meno lineare, invece, è stato l'atteggiamento della Corte costituzionale.

Nel complesso, comunque, si può dire che la Costituzione esibisce una visione del mondo totalmente opposta a quella che aveva ispirato il fascismo, in base al presupposto che senza pluralismo non c'è democrazia e che senza libertà di espressione non c'è pluralismo.

Meno "aperta" si è dimostrata la legislazione ordinaria, che è stata ricondotta ad armonia con la Costituzione solo grazie all'intervento della Corte costituzionale. L'attenzione della Corte è caduta soprattutto sulla disciplina della radiotelevisione, che inizialmente contemplava un monopolio statale, smantellato pezzo a pezzo dalla giurisprudenza costituzionale. Purtroppo, per ragioni politiche piuttosto note, il legislatore non è intervenuto in modo sollecito ed

efficace dopo le “demolizioni” apportate dalla Corte e il sistema radiotelevisivo è stato caratterizzato prima da una sostanziale anarchia, poi dalla costituzione di un duopolio pubblico-privato che era esattamente ciò che la Consulta avrebbe voluto evitare.

L’operato non è stato del tutto soddisfacente nemmeno nel campo dei nuovi *media* (in particolare della rete), ma le lacune del diritto positivo sono state colmate dalla giurisprudenza, che ha sostanzialmente esteso ai nuovi mezzi le medesime regole applicabili alla stampa.

Proprio quanto alla giurisprudenza, va detto che quella costituzionale ha colto da subito lo stretto collegamento che lega libertà di espressione e democrazia, qualificando sin dall’inizio il diritto di manifestazione del pensiero come “fondamentale”. Una recentissima pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 206 del 2019) ha fatto nuovamente il punto sul collegamento fra libertà di espressione, pluralismo e democrazia.

Nella giurisprudenza costituzionale, peraltro, sono molti i limiti che si ritengono legittimamente apponibili alla libertà di espressione, ma questo dipende dal principio essenziale (enunciato già dalle prime pronunce) che nessun diritto nasce illimitato e che qualunque diritto costituzionale deve confrontarsi con gli altri e con gli interessi della collettività.

Quanto alla giurisprudenza comune, gli indirizzi di fondo non sembrano dissimili da quelli della giurisprudenza costituzionale. Va ricordato, in particolare, che la Corte di cassazione ha elaborato un vero e proprio “decalogo” per l’esercizio della libertà di cronaca, che tuttavia sembra estensibile, *mutatis mutandis*, a qualunque forma di manifestazione del pensiero.

Più di recente, alcuni temi sono divenuti di specifica attualità, come - in particolare - quello dei c.d. “reati d’odio”, quello dell’apologia di fascismo e quello del “politicamente corretto”, del quale è un aspetto cruciale quello dello “storicamente corretto”. Si tratta di temi di estrema delicatezza, che il legislatore e la giurisprudenza hanno affrontato con decisione.

Particolarmente difficile appare soprattutto l’identificazione di un adeguato punto di equilibrio fra la lotta all’odio e al pregiudizio razziale, da un lato, e la garanzia della libertà di espressione, dall’altro. Da questo punto di vista, la giurisprudenza più attenta ha cercato di tracciare una linea di confine tra le forme di semplice critica di modi e stili di vita e le vere e proprie aggressioni ideologiche fondate sul pregiudizio di gruppo.

In conclusione, si può constatare che, come tutti i diritti costituzionali, anche la libertà di espressione ha sempre risentito delle condizioni storico-sociali in cui si è trovata a vivere. È infatti agevole cogliere il legame strettissimo fra processo di democratizzazione e ampliamento delle garanzie della libertà di espressione, così come la crisi in cui tale libertà entra nel momento in cui, con il fascismo, quel processo si interrompe. Facile anche comprendere che la Costituzione introduce un radicale cambio di prospettiva proprio perché è mutato completamente l’atteggiamento nei confronti del pluralismo: se il fascismo l’aveva apertamente osteggiato, perché contrario al principio della monolitica unità dello Stato, l’ordinamento liberale l’aveva quantomeno temuto, perché lo stimava capace di mettere in discussione il dominio della pubblica opinione da parte di un’omogenea classe borghese. La Costituzione segna un cambio di passo e vede nel pluralismo una risorsa. E la piana conseguenza è che la libertà di espressione, che del pluralismo è condizione costitutiva, ha potuto e dovuto ottenere più forti e più chiare garanzie. È alla Costituzione che occorre tuttora volgersi per affrontare la sfida che viene dai fronti opposti del malinteso buonismo del *politically correct* e dei rigurgiti di fascismo, così come quella della corretta gestione dei nuovi *media*, il cui uso non sorvegliato ha gravemente imbarbarito il dibattito pubblico.

I. Introduzione. L'evoluzione storica del riconoscimento del diritto alla libertà di espressione in Italia.

I.1. Il periodo preunitario.

L'unità d'Italia è il risultato di un lento processo, culminato nella l. 17 marzo 1861, n. 4671, il cui articolo unico stabilì che **"Il Re Vittorio Emanuele II assume per sé e pei suoi successori il titolo di Re d'Italia"**. Se questo fu il culmine del processo di unificazione non fu certo la sua fine, perché si dovette attendere il 1866 perché al territorio d'Italia già unificato si aggiungesse il Veneto; il 1870, dopo la *debellatio* dello Stato pontificio, perché si aggiungesse Roma; addirittura il 1918, con la fine della prima guerra mondiale, perché si aggiungessero Trento, Trieste e le altre parti del territorio nazionale ancora sotto il dominio austriaco (anzi, a dire il vero, i confini orientali furono definiti solo nel 1920, con il Trattato di Rapallo).

Prima dell'Unità, come è noto, il territorio italiano era diviso in una pluralità di Stati indipendenti, tutti retti - però - da regimi assolutistici (sebbene, talora, si trattasse di un assolutismo "moderato"). Anche su quegli Stati, tuttavia, soffiò il vento dei rivolgimenti culturali e politici che segnarono la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento, dopo la restaurazione postnapoleonica, nel 1821, nel 1831, nel 1848. Si trattò di un periodo di intenso dibattito politico e di dure lotte sociali, che ebbe riflessi importanti anche sul piano delle novità costituzionali.

I.1.1. Le Costituzioni repubblicane della fine del Settecento.

Con l'ingresso in Italia delle truppe napoleoniche e la caduta dei regimi aristocratici dei piccoli Stati italiani la situazione politica della fine del Settecento cambiò radicalmente. Sul piano costituzionale si registrarono molte novità in un periodo che molti considerano "una breve parentesi", ma che in realtà "durò non lo spazio di un mattino bensì un ventennio"¹. Furono anni di "lotta per la costituzione", è stato detto, nei quali "il concetto tradizionale di costituzione, sin allora usato in senso essenzialmente descrittivo, assume un contenuto prescrittivo"²: una nuova costituzione era intesa come il segno del cambiamento e doveva marcare non solo un passaggio di regime, ma anche una svolta epocale nei rapporti politici, che non avrebbero più dovuto tornare quelli del periodo prerivoluzionario. Si sa bene che il ritorno indietro, invece, ci fu e che la fine dell'avventura napoleonica portò alla restaurazione, ma ormai la storia si era messa in moto e la conservazione degli antichi assetti politico-istituzionali era destinata ad avere vita (relativamente) breve.

Ripercorrere qui le vicende costituzionali di quegli anni è, ovviamente, impossibile. Basta ricordare, dunque, che i testi costituzionali di quel torno di tempo³ si ispirarono al principio borghese dello stretto collegamento fra libertà e proprietà. Come si legge, ad esempio, nella Costituzione della Repubblica Cisalpina del 1797 (ma la formula è ripetuta un po' ovunque), "I diritti dell'uomo in società sono la libertà, l'eguaglianza, la sicurezza e la proprietà" (art. 1). Non solo. Il collegamento libertà proprietà era così intimo che addirittura il rapporto del singolo con la propria persona era concepito in termini proprietari: **"Ognuno può obbligare il suo tempo**

¹ E. FIMIANI, 2015, 36.

² M. TOGNA, 2015, 109.

³ Si possono leggere tutti, in versione cartacea, in E. FIMIANI - M. TOGNA, 2015, nonché, in rete, agli indirizzi internet che di volta in volta saranno indicati.

ed i suoi servigi; ma non può vendersi, né essere venduto: la sua persona non è una proprietà alienabile” (art. 15).

Per quanto riguarda in particolare la libertà di manifestazione del pensiero e la stampa, l’atteggiamento fu tendenzialmente liberale. Così, sempre la Costituzione della Repubblica Cisalpina stabiliva che ***“A niuno può essere impedito di dire, scrivere e stampare i suoi pensieri. Gli scritti non possono essere sottomessi ad alcuna censura prima della loro pubblicazione. Niuno può esser responsabile di quanto ha scritto o pubblicato se non nei casi preveduti dalla legge”*** (art. 354).

I.1.2. Il Regno delle Due Sicilie, il Granducato di Toscana, gli Stati della Chiesa (e la Repubblica Romana del 1949), il Regno di Sardegna.

Nel generale fermento del periodo preunitario si segnalano, per l’importanza politica che quegli Stati avevano, le vicende costituzionali del Regno delle Due Sicilie, del Granducato di Toscana e degli Stati della Chiesa.

I.1.2.1 Il Regno delle Due Sicilie.

Le vicende più complesse sono quelle che riguardano il Regno delle Due Sicilie⁴. Basterà qui ricordarne due momenti, trascurando passaggi che pur sarebbe interessante ripercorrere (come quelli di fine Settecento).

Anzitutto, nel 1820, a seguito di moti popolari e di un pronunciamento di una parte dell’esercito, il re fu costretto a concedere una Costituzione pressoché interamente modellata su quella spagnola di Cadice del 1812⁵, che tuttavia ebbe vita breve a causa dell’intervento militare austriaco, che peraltro lo stesso sovrano approvava⁶. Si trattava di una tipica costituzione liberale e monarchico-costituzionale. Per quanto riguarda in particolare libertà di espressione e stampa, si prevedeva che tra le “facoltà del Parlamento” rientrasse quella di ***“Proteggere la libertà della stampa”*** (art. 124, par. XXIV) e che ***“Ogni nazionale del regno delle Due Sicilie ha libertà di scrivere, imprimere e pubblicare le sue idee senz’aver bisogno di licenza, revisione o approvazione anteriore, ma sotto la responsabilità che le leggi determineranno”*** (art. 358), ma la libertà di pensiero e di coscienza erano fortemente pregiudicate dal riconoscimento della religione cattolica come unica religione dello Stato (***“La religione della nazione del regno delle Due Sicilie è, e sarà perpetuamente la cattolica, apostolica e romana, unica vera, senza permettersene alcun’altra nel regno”***: art. 12).

Una nuova Costituzione arrivò nel 1848⁷, anche stavolta a seguito di gravi turbolenze politiche (nella specie: di una vera e propria insurrezione in Sicilia, volta a rivendicare l’indipendenza dell’isola e la creazione di istituzioni più liberali). Anche questo testo costituzionale aveva un’impostazione piuttosto classica e per quanto riguardava specificamente la libertà di espressione e di stampa stabiliva, all’art. 30, che ***“La stampa sarà libera, e solo soggetta ad una legge repressiva, da pubblicarsi per tutto ciò che può offendere la religione, la morale, l’ordine pubblico, il re, la famiglia, i sovrani esteri e le loro famiglie, non che l’onore e l’interesse de’ particolari”*** (comma 1); che ***“Sulle stesse norme a garantire preventivamente la moralità dei pubblici spettacoli, verrà emanata una legge apposita; e fino a che questa non sarà sanzionata, si osserveranno su tale oggetto i regolamenti in vigore”*** (comma 2) e che ***“La stampa sarà soggetta***

⁴ Sono riassunte in E. FIMIANI, 2015, 54 ss.

⁵ [www.dircost.unito.it > docs > download > cadice 1812](http://www.dircost.unito.it/docs/download/cadice_1812). Come si sa, la Costituzione di Cadice del 1812, la cui impronta era fortemente antinapoleonica, ebbe grande fortuna un po’ in tutta Europa e fu presa a modello da molte altre esperienze costituzionali.

⁶ V. il testo in <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/sicilia182.htm>.

⁷ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/sicilie1848.htm>.

a legge preventiva per le opere che riguardano materie di religione trattate ex professo" (comma 3). Anche in questo caso, però, il riconoscimento di una religione di Stato ("*L'unica religione dello stato sarà sempre la cristiana cattolica apostolica romana, senza che possa mai essere permesso l'esercizio di alcun'altra religione*": art. 3) metteva in concreto a rischio l'astratto riconoscimento della libertà di stampa.

La nuova Costituzione, comunque, rimase presto in uno stato di vita solo apparente e venne rapidamente disapplicata, perché, come tutte le costituzioni "strappate" ai sovrani dell'epoca, fu travolta dalla rivincita reazionaria che ogni volta accompagnò le concessioni fatte *ob torto collo*.

1.1.2.2 Granducato di Toscana.

Il Granducato di Toscana aveva una tradizione di dispotismo relativamente illuminato, ma questo non lo mise al riparo dai grandi rivolgimenti che nel 1848 attraversarono tutta l'Europa. Anche in questo caso, dunque, il sovrano (il Granduca Leopoldo II) fu costretto a emanare, malvolentieri, una nuova Costituzione denominata "Statuto del Granducato di Toscana"⁸.

Lo Statuto, di tipo monarchico-costituzionale, non era particolarmente liberale nei confronti della stampa. Disponeva, infatti, che "*La stampa è libera, ma soggetta ad una legge repressiva*" (art. 5). Inoltre, come - l'abbiamo visto - in molti altri casi, riconosceva la cattolica come religione dello Stato ("*La religione cattolica, apostolica e romana è la sola dello Stato*": art. 1, comma 1). Nondimeno, con un minimo di apertura, disponeva anche che "*Gli altri culti ora esistenti sono permessi conformemente alle leggi*" (art. 1, comma 2).

Anche questo testo costituzionale fu travolto dalla furia della restaurazione, ma stavolta non fu oggetto di una mera disapplicazione, ma (nel 1852) venne revocato dallo stesso Granduca. Così, la carta costituzionale toscana fu "l'unica, nell'Italia dell'Ottocento, ufficialmente dichiarata decaduta dal medesimo sovrano che l'aveva promulgata"⁹.

1.1.2.3 Gli Stati della Chiesa (e la Repubblica Romana del 1949).

Quello del regno temporale del Romano Pontefice è uno dei casi costituzionali più interessanti.

Il pontificato di Pio IX aveva aperto le porte alle più ottimistiche speranze dei progressisti, che vedevano nelle aperture liberali del nuovo Pontefice il segnale di un possibile mutamento epocale. Inizialmente parve che queste aspettative potessero essere soddisfatte, ma - come subito vedremo - la situazione precipitò rapidamente.

Inizialmente, nel 1848, Pio IX concesse lo "Statuto fondamentale del governo temporale degli Stati della Chiesa"¹⁰, che, in effetti, conteneva importanti novità sul piano dei diritti dei cittadini, peraltro sempre sulla base del tradizionale binomio libertà-proprietà, come dimostrano gli artt. 6, comma 1, primo periodo ("*Niun impedimento alla libertà personale può essere posto se non nei casi e colle forme prescritte dalle leggi*"), e l'art. 9, comma 1 ("*Il diritto di proprietà in egual modo in tutti è inviolabile*"). In questo caso, tuttavia, l'ipoteca religiosa già segnalata per altre religioni pesava - ovviamente - ancora di più: basti pensare che l'art. 25 stabiliva che "*la professione della Religione cattolica [...] è condizione necessaria pel godimento dei diritti politici nello Stato*". Per quanto riguarda la libertà di espressione e di stampa, tuttavia, le novità erano innegabili. In particolare, lo Statuto prevedeva che:

⁸ http://www.dircost.unito.it/cs/docs/Granduc_tosc1848.htm.

⁹ E. Fimiani, 2015, 73.

¹⁰ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/chiesa1848.htm>.

- a) *“L’attuale preventiva censura governativa o politica per la stampa è abolita, e saranno a questa sostituite misure repressive da determinarsi con apposita legge”* (art. 11, comma 1);
- b) *“I pubblici spettacoli sono regolati con misure preventive stabilite dalle leggi; le composizioni teatrali prima di essere rappresentate sono perciò soggette alla censura”*.

Nondimeno, a causa dell’ipoteca religiosa di cui si diceva, si stabiliva che *“Nulla è innovato quanto alla censura ecclesiastica stabilita dalle canoniche disposizioni fino che il Sommo Pontefice nella sua Apostolica Autorità, non provenga con altri regolamenti”* (art. 11, comma 2) e che *“Il permesso della censura ecclesiastica in niun caso toglie o diminuisce la responsabilità politica e civile di coloro i quali a forma delle leggi sono garanti delle pubblicazioni per mezzo della stampa”* (art. 11, comma 3).

Come si accennava, lo Statuto non ebbe vita facile e dopo l’assassinio di Pellegrino Rossi, il liberale capo del governo pontificio la situazione precipitò: il Papa fuggì a Gaeta e il potere fu preso dalla fazione più progressista, che subito progettò la redazione di una nuova Costituzione.

La Costituzione della Repubblica Romana fu proclamata il 3 luglio 1849¹¹, quando, però, il destino della rivoluzione repubblicana era ormai segnato a causa della sconfitta militare subita a opera delle truppe francesi¹². Vi si respirava un’aria totalmente diversa da quella degli altri documenti costituzionali del periodo che stiamo qui rapidamente considerando.

Quella della Repubblica Romana fu davvero una Costituzione atipica e molto avanzata per i suoi tempi. Anche se non ebbe mai applicazione, però, è bene menzionarla, perché i Costituenti eletti nel 1946 ne avevano ancora buona memoria e non a caso Meuccio Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, nel suo discorso finale subito prima del voto definitivo sulla Costituzione, il 22 dicembre 1947, osservò che quello era il primo momento in cui l’Italia riusciva a darsi una *“libera Costituzione”*, aggiungendo: *“un bagliore soltanto vi fu, cento anni fa, nella Roma repubblicana di Mazzini”*¹³.

Ora, per quanto riguarda specificamente i diritti, sebbene varie previsioni fossero sparse qua e là, specie nei principi fondamentali (il II principio affermava che il regime democratico ha per regola l’eguaglianza, la libertà, la fraternità; il VII che dalla credenza religiosa non dipende l’esercizio dei diritti civili e politici), è nel Titolo I (*Dei diritti e dei doveri de’ cittadini*) che si trovano le previsioni più dirette. Molte delle disposizioni ivi contenute sono di grande modernità, anche se non mancano previsioni più tradizionali, come quelle dell’art. 3, in cui si afferma che *«Le persone e le proprietà sono inviolabili»*, senza prevedere granché di nuovo rispetto alla tradizione che si stava formando proprio in quel torno di tempo (collegamento stretto tra proprietà e libertà; legame tra diritti patrimoniali e diritti della persona, etc.), secondo i principi del liberalismo classico¹⁴. Pure in questo caso, però, l’originalità della Costituzione Romana non viene meno, come dimostra il terzo comma dell’art. 4, ove si dispone che nessuno può essere incarcerato per debito: un segnale evidente del primato dei diritti della persona su quelli patrimoniali¹⁵.

¹¹ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/romana1849.htm>.

¹² Questa scelta francese di restaurare il dominio temporale dei papi, fu difesa addirittura da Tocqueville, il quale (allora Ministro degli esteri), alla seduta dell’Assemblea legislativa francese del 18 ottobre 1849, si affaticò a dimostrare che il governo francese non si era limitato a restaurare Pio IX nella pienezza dei suoi poteri temporali, ma gli aveva chiesto di osservare alcune importanti garanzie liberali (A. DE TOCQUEVILLE, 1850-1978, 415).

¹³ *Atti Ass. Cost.*, 1ª ed., seduta pom. del 22 dicembre 1947, 3591.

¹⁴ B. CONSTANT, 1861-1970, *passim*.

¹⁵ M. FERRI, 1991, 33.

Per quanto qui interessa, sembrano particolarmente importanti le disposizioni che seguono.

Anzitutto l'art. 8. Vi si disciplina la libertà di insegnamento ed è molto significativo che il primo comma stabilisca semplicemente che l'insegnamento è libero e non aggiunga che è libero alle condizioni stabilite dalla legge. Inutile dire che si tratta di una previsione di estrema importanza in un testo costituzionale che segna la (pur effimera) uscita da un'esperienza confessionale.

Poi l'art. 9, ove si dispone che *"Il segreto delle lettere è inviolabile"*, così fornendo alla libertà di espressione, almeno nei rapporti strettamente privati, il massimo delle garanzie.

Ancora, l'art. 10, che riconosce il diritto di petizione e prevede che si possa esercitarlo individualmente e (questo è un punto di differenza importante rispetto allo Statuto albertino, del quale parleremo al prossimo paragrafo) collettivamente, aprendo così a forme di partecipazione politica (sia pure piuttosto "innocue", s'è detto) diverse dal voto.

Infine, ed è quel che più conta, l'art. 7, a tenor del quale *"La manifestazione del pensiero è libera. La legge punisce l'abuso senza alcuna censura preventiva"*. Non sfuggirà, anche qui, la diversità dallo Statuto albertino: anzitutto, perché a essere riconosciuta non è solo la libertà di stampa, ma la più generale libertà di manifestazione del pensiero; in secondo luogo, perché la struttura formale della disposizione suggerisce attenzione più per la libertà che per i suoi limiti; in terzo luogo, perché, sebbene si preveda (ovviamente) di reprimere gli abusi della libertà, si esclude tassativamente il ricorso alla censura preventiva, che aveva costituito lo strumento più efficace dell'occhiuta sorveglianza poliziesca dello Stato pontificio. Certo, anche lo Statuto albertino escludeva la censura preventiva, visto che consentiva alla legge solo di reprimere gli "abusi" della libertà di stampa¹⁶, ma lo faceva solo indirettamente e - comunque - facendo eccezione proprio per le pubblicazioni d'interesse massimo per la Chiesa cattolica.

Indubbiamente, tutta una congerie di diritti, che oggi ci sono familiari, non la troviamo nella Costituzione della Repubblica Romana, ma ogni Costituzione è figlia del suo tempo e comunque questa fu davvero un esperimento assai avanzato, che non a caso trovò una ripresa, per vari profili, nella stessa Costituzione del 1948. Proprio nel campo della libertà di espressione, come poi vedremo, questo dato è piuttosto evidente.

1.1.2.4 Il Regno di Sardegna

Se rimase al riparo del vento che soffiò in Italia a seguito delle invasioni napoleoniche, il Regno di Sardegna fu comunque investito dai moti della prima metà dell'Ottocento. Dopo una prima crisi costituzionale fra il 1820 e il 1821, la svolta si ebbe nel 1848. Il 4 marzo 1848, infatti, il re Carlo Alberto promulgò per il Regno di Sardegna uno Statuto (che tutti conoscono come Statuto albertino) che, al contrario di tanti altri di quel periodo, sarebbe stato destinato a durare e - come poi vedremo - sarebbe divenuto addirittura la carta costituzionale dell'unificato Regno d'Italia.

Lo Statuto conteneva un elenco assai limitato di diritti dei cittadini. La cosa non sorprende: lo Statuto era stato concesso dal re a fronte della spinta sempre più forte verso la democratizzazione e la liberalizzazione dell'ordinamento sabauda, ma non era stato certo concepito come un documento rivoluzionario.

Sul piano della forma di governo, infatti, si limitava a introdurre il modello dualista della monarchia costituzionale (*"Lo Stato è retto da un Governo Monarchico Rappresentativo"*: art. 2), nella quale l'equilibrio fra re e Parlamento dipendeva molto dai rapporti di forza e dalla personalità del primo, come del resto era accaduto nella lunga evoluzione storica delle forme di governo (nel cui corso "lentamente ma sicuramente il Governo diveniva costituzionale e

¹⁶ P. CARETTI - A. CARDONE, 2019, 34.

rappresentativo, pur continuando ad essere monarchico"¹⁷. *"Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato, e quella dei Deputati"*, disponeva l'art. 3, ma i termini esatti di questo esercizio "collettivo" non erano chiariti ed erano lasciati, in buona sostanza, alla prassi. Allo stesso tempo, se l'art. 5 affermava che *"Al Re solo appartiene il potere esecutivo"*, tale potere esecutivo poteva essere esercitato solo a condizione che i mezzi venissero concretamente conferiti dal Parlamento: come stabiliva l'art. 30, *"Nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re"*. La strada per una vera e propria forma di governo parlamentare era ancora molto lunga.

Sul piano dei rapporti fra Stato e cittadini, poi, lo Statuto poneva al centro dell'attenzione soprattutto il diritto di proprietà, stabilendo, all'art. 29, che *"Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili"*, limitandosi ad aggiungere la classica formula secondo cui *"Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi"*. La proprietà, pertanto, era concepita come *"inviolabile"* e la sua eventuale espropriazione lasciava comunque intatta la garanzia della *"giusta indennità"*.

Le cose andavano peggio, invece, per i diritti non patrimoniali.

Quanto ai diritti politici, il diritto di voto era previsto solo indirettamente, mentre i diritti di partecipazione erano estremamente compressi. L'innocuo diritto di petizione, in particolare, era riconosciuto, ma il suo esercizio era sottoposto a un "filtro" parlamentare: *"Ognuno che sia maggiore di età ha il diritto di mandare petizioni alle Camere, le quali debbono farle esaminare da una Giunta, e, dopo la relazione della medesima, deliberare se debbano essere prese in considerazione, ed, in caso affermativo, mandarsi al Ministro competente, o depositarsi negli uffizi per gli opportuni riguardi"* (art. 57).

Quanto ai diritti sociali, coerentemente con l'impianto proto-liberale dello Statuto, addirittura non ve n'era traccia (l'art. 24 menzionava solo i diritti civili e politici: *"Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi"*).

Quanto ai diritti di libertà civile, l'elenco era molto scarso e comprendeva solo la libertà personale (art. 26), quella di domicilio (art. 27), quella di stampa (art. 28) e quella di riunione (art. 32). Di una generale libertà di espressione, dunque, non si faceva menzione. Essa, tuttavia, doveva ritenersi compresa nella generale garanzia prevista all'art. 26, dove si stabiliva che *"La libertà individuale è garantita"*. Questo si poteva desumere dal fatto che la libertà di manifestazione del pensiero è una caratteristica fondamentale della forma di Stato liberale: già da secoli la linea di demarcazione fra governo "moderato" e governo "dispotico" veniva fatta passare proprio per il riconoscimento della libertà di espressione, come dimostra, per tutti, il *Tractatus theologico-politicus* che Baruch Spinoza pubblicò nel 1670¹⁸.

La formula dell'art. 26 dello Statuto, dunque, era molto ampia, ma copriva solo le libertà che non avessero un qualche risvolto "politico" generale¹⁹ e non costituiva certo il segno di un'apertura pluralistica del nostro sistema costituzionale. La stessa libertà di stampa, pur essendo riconosciuta, a causa del suo significato (anche) "politico" non godeva di garanzie particolarmente robuste, perché l'art. 28 stabiliva che *"La Stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi. Tuttavia le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiere non potranno essere stampati senza il preventivo permesso del Vescovo"*. La stessa formulazione testuale della norma

¹⁷ F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, 1909, vol. I, 170.

¹⁸ B. SPINOZA, 1670-1972, 482.

¹⁹ A. PACE - M. MANETTI, 2006, 30 s.

è illuminante: la libertà di stampa era, sia pure *oborto collo*, riconosciuta, “*ma*” doveva essere repressa dalla legge qualora se ne fosse abusato. Non solo: quando la stampa toccava il terreno della religione finiva (“*tuttavia*”) per essere subordinata non solo all’autorità dello Stato, ma anche a quella della Chiesa, il che del resto era perfettamente in armonia con la proclamazione della religione cattolica come culto ufficiale del Regno, proclamazione che si era deciso di collocare addirittura *in capite libri*, all’art. 1 (“*La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi*”).

Le leggi ordinarie diedero allo Statuto uno svolgimento coerente, ma nel tempo sempre meno liberale. Per quanto riguarda, in particolare, la libertà di stampa, l’“*Editto sulla stampa*” (r.d. 5 aprile 1848, n. 695, coevo - dunque - allo Statuto) aveva esordito espressamente, nel Preambolo, affermando che “*La libertà di stampa [...] è necessaria guarentigia delle istituzioni di un ben ordinato Governo rappresentativo*” e ne postulava la repressione “*allorchè degenera in licenza, quando invece di servire ad un generoso svolgimento di idee, si assoggetta all’impero di malaugurate passioni*”. Il che confermava il già indicato, intimo, collegamento fra Stato liberale e libertà di stampa, ma, allo stesso tempo, segnalava una significativa diffidenza nei confronti delle manifestazioni del pensiero capaci di eccitare pericolose passioni politiche. Vi era, dunque, una sostanziale ambiguità.

Questa ambiguità condusse a un atteggiamento progressivamente meno favorevole alla libertà di stampa. Come è stato osservato in dottrina se i principi cui si ispirò l’Editto - “*divieto di ogni forma di censura preventiva; configurazione del ruolo dei pubblici poteri in chiave esclusivamente repressiva degli eventuali abusi nell’esercizio della libertà di parola (ossia dei reati a mezzo stampa); riserva al giudice, significativamente coadiuvato da rappresentanti della comunità sociale, del potere di applicare le relative sanzioni*” - andarono più dalla parte della libertà, quelli cui si ispirarono le leggi successive andarono più dalla parte della sua limitazione²⁰. Probabilmente, la spiegazione sta nei timori suscitati dal progressivo aumentare delle tensioni sociali e dall’accesso di strati sempre più vasti di popolazione a strumenti prima riservati a una ristrettissima *élite*. Non a caso, l’atteggiamento tornerà più liberale, a unificazione d’Italia già avvenuta, solo in periodo giolittiano, “*in virtù delle condizioni generali di maggior stabilità politica e sociale che lo caratterizzano*”²¹.

I.2. Il Regno d'Italia (e il fascismo).

Lo Statuto divenne carta fondamentale del Regno d’Italia a seguito dell’unificazione (v. l. 17 marzo 1861, n. 4671). Valgono, dunque, per la disciplina della libertà di espressione nel Regno d’Italia, le osservazioni che si sono fatte nel paragrafo precedente. Una considerazione specifica, tuttavia, merita il ventennio in cui il Regno conobbe il fascismo.

Anche durante il fascismo lo Statuto albertino restò la legge fondamentale dello Stato, ma di fatto e di diritto, in forza di una prassi e di una legislazione ordinaria assai repressiva, anche le aperture liberali che vi si potevano trovare furono cancellate.

Come è noto, Croce aveva interpretato il fascismo come una sorta di “parentesi” nella storia d’Italia, posta fra l’esperienza liberale e quella repubblicana²². Non è questa la sede per chiedersi se si tratti di una tesi *storicamente* fondata. Quel che qui si può dire, tuttavia, è che non è una tesi fondata dal punto di vista del *diritto costituzionale*. Come ha osservato opportunamente Livio Paladin, in prospettiva giuridica quell’opinione non regge: lo Stato

²⁰ P. CARETTI - A. CARDONE, 2019, 36 ss., anche per indicazioni su tale legislazione.

²¹ P. CARETTI - A. CARDONE, 2019, 38.

²² B. CROCE, 1943-1993, I, 54 ss.

italiano mantenne la sua continuità; non è identificabile un momento in cui il fascismo avrebbe determinato una vera e propria "rottura" dell'ordinamento statutario; non pochi istituti fascisti sono sopravvissuti a lungo nell'Italia repubblicana²³. Anche sul piano della libertà di espressione, dunque, gli elementi di continuità e quelli di discontinuità si alternano senza posa. Semmai, si può dire che un elemento di (certo non positiva) novità fu il passaggio dalla scelta a favore degli interventi solo successivi, rivolti unicamente a reprimere gli abusi, alla "predisposizione di una fitta rete di rigidi controlli preventivi che toccano non solo il contenuto degli stampati, ma le stesse condizioni di esercizio della libertà di stampa"²⁴.

Significativo fu, in particolare, il r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (recante "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza"), ove si dispose che *"Non si può esercitare senza licenza del questore l'arte tipografica, litografica, fotografica, o un'altra qualunque arte di stampa o di riproduzione meccanica o chimica in molteplici esemplari"* (art. 111) e che *"Salvo quanto è disposto per la stampa periodica e per la materia ecclesiastica (269), è vietato, senza licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza, distribuire o mettere in circolazione, in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni"* (art. 113, comma 1). Un indirizzo normativo, come si vede bene, molto diverso da quello (pur cauto) che era stato seguito dall'Italia liberale e ancor più diverso da quello che caratterizzerà l'Italia repubblicana (sebbene per vari anni le grandi aperture della Costituzione non abbiano trovato piena corrispondenza, poi, nella prassi).

²³ L. PALADIN, 1967, 888.

²⁴ P. CARETTI - A. CARDONE, 2019, 40.

II. La disciplina della libertà di espressione in Italia.

II.1. Le norme costituzionali.

La Costituzione non utilizza la formula “libertà di espressione”, bensì la formula “libertà di manifestazione del pensiero”, che abbiamo già incontrato nella Costituzione della Repubblica Romana. La parola “espressione”, anzi, non ricorre mai nel testo costituzionale. Vedremo più avanti che il riferimento esplicito al “pensiero” pone alcuni problemi interpretativi specifici. Nondimeno, almeno per quanto riguarda i profili generali, una vera diversità concettuale fra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di espressione non sembra potersi identificare. Le due formule saranno perciò usate, da qui in avanti, come sinonimi.

Ora, però, descriviamo il quadro normativo costituzionale, precisando sin d’ora che ci si limiterà alla sola disciplina generale, senza considerare le previsioni costituzionali che regolano forme specifiche di manifestazione del pensiero (pensiamo, in particolare, all’art. 33, comma 1: “*L’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento*”).

La norma di riferimento è l’art. 21 della Costituzione. Esso si compone di sei commi. Il primo concerne la libertà di manifestazione del pensiero in generale. I quattro centrali disciplinano solo la libertà di stampa, il sesto sempre la libertà di stampa, ma assieme alle altre forme di “manifestazione”. Vediamo più analiticamente questa disciplina costituzionale, limitandoci, per ora, a segnalare i principali problemi posti dal semplice tenore testuale delle norme in commento.

II.1.1. Il regime generale della manifestazione del pensiero.

Il comma 1 dell’art. 21 Cost. dispone che “*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*”. Vediamo i nodi problematici.

i) “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente [...]”.

La Costituzione riconosce la libertà di manifestazione del pensiero a “tutti”. Cosa significa? Il nostro ordinamento ha già conosciuto ipotesi di norme che attribuivano un certo potere o una certa facoltà a “tutti” o a “chiunque”, ma la prassi applicativa ha ridotto quei “tutti” ai soli “interessati”²⁵.

Anche in questo caso dobbiamo giungere ad analoghe conclusioni? Anche in questo caso “tutti”... non significa “tutti”?

La particolare ampiezza della formula costituzionale e il principio del *favor libertatis* impongono, stavolta, di raggiungere conclusioni diverse, salve le precisazioni che ora vedremo. Non si dubita, né in dottrina né in giurisprudenza, che della libertà di manifestazione del pensiero siano titolari tutti i cittadini, senza distinzione.

²⁵ Caso emblematico quello dell’art. 31, comma 9, della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (“legge urbanistica”, per come modificato dall’art. 10 della l. 6 agosto 1967, n. 765. Ivi si prevedeva che “*Chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione*”. Ebbene: nonostante il tenore testuale della norma, la giurisprudenza ha escluso che davvero “chiunque” possa ricorrere contro i titoli edilizi: “è *ius receptum* che neppure l’art. 31, comma 9, della L. n. 1150 del 1942 (come novellato dall’art. 10 della L. n. 765 del 1967) - abrogato dall’art. 136 del D.P.R. n. 380 del 2001 - aveva introdotto nell’ordinamento un’azione popolare (si da consentire a chiunque di impugnare il titolo edilizio), ma si limitava a riconoscere una posizione qualificata e differenziata a chi si fosse trovato in una specifica situazione giuridico-fattuale rispetto all’intervento edilizio assentito, per cui il provvedimento impugnato andava ad incidere sulla sua posizione sostanziale, determinandone una lesione concreta, immediata e attuale” (così, da ultimo, T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. Unica, Sent., 21 novembre 2018, n. 258; in dottrina, G. MONTEDORO, 2014, 194).

Un dubbio si è posto per le persone giuridiche (private), ma la dottrina prevalente lo scioglie in senso affermativo, riconoscendo anche ad esse la titolarità del diritto²⁶.

Altro dubbio ha riguardato gli stranieri (ovviamente, ora, solo extracomunitari): sono titolari della libertà di espressione alla pari con i cittadini? La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 45 della l. 3 febbraio 1963, n. 69, relativa all'ordinamento della professione giornalistica, che consentiva l'iscrizione degli stranieri all'Albo dei giornalisti solo a condizione di reciprocità, lo dichiarò illegittimo, ma *"limitatamente alla sua applicabilità allo straniero al quale sia impedito nel paese di appartenenza l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana"* (sent. n. 11 del 1968).

La Corte constatò che quella disposizione *"si risolve in un divieto assoluto per gli stranieri che siano cittadini di uno Stato che non pratici il trattamento di reciprocità"*. *"In sé considerato"*, proseguì la Corte, *"il presupposto del trattamento di reciprocità per l'accesso alla professione giornalistica"* non doveva ritenersi irragionevole, perché *"è ragionevole che in tanto lo straniero sia ammesso ad un'attività lavorativa in quanto al cittadino italiano venga assicurata una pari possibilità nello Stato al quale il primo appartiene"*. Tuttavia, la ragionevolezza veniva meno nella *"ipotesi dello straniero che sia cittadino di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche e, quindi, della più eminente manifestazione di queste"*. Una sentenza, invero, non del tutto convincente, perché l'ordinamento italiano è sempre stato tradizionalmente aperto nei confronti dei diritti degli stranieri e già il codice civile del 1865 riconosceva agli stranieri i diritti civili a prescindere dal principio di reciprocità (art. 3: *"Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini"*), cioè a prescindere dal fatto che gli stessi diritti venissero o meno riconosciuti ai cittadini italiani dall'ordinamento di appartenenza dello straniero interessato. Atteggiamento, questo, molto diverso da quello del codice civile francese (e dei molti altri su di esso modellati), che faceva invece del principio di reciprocità un dato irrinunciabile²⁷ e che sembra strano veder recuperato in sede di interpretazione di un testo costituzionale che è certamente più avanzato del codice civile del 1865²⁸.

Ferma restando questa conclusione, si deve però segnalare che vi sono soggetti per i quali il regime della manifestazione del pensiero è differenziato, ora favorevolmente, ora *in malam partem*.

Un trattamento di favore è assicurato ai parlamentari e ai soggetti che sono loro, almeno in parte, equiparati (consiglieri regionali e delle province autonome, giudici costituzionali, membri del Consiglio Superiore della Magistratura, etc.). Stabilisce, infatti, l'art. 68, comma 1, Cost., che *"I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni"*. Analogamente dispongono l'art. 122, comma 4, Cost. (*"I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni"*); l'art. 3, comma 2, della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 (*"Finché durano in carica, i giudici della Corte costituzionale godono della immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 della Costituzione ai membri delle due Camere [...]"*); dall'art. 32-bis della l. 24 marzo 1958, n. 195 (*"I componenti del Consiglio superiore non sono punibili per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione"*). Discipline differenziate, come si vede, ma pienamente giustificate dall'esigenza di evitare indebite interferenze del potere giudiziario nel funzionamento di organi la cui indipendenza costituisce un valore costituzionalmente rilevante e deve essere - dunque -

²⁶ A. PACE - M. MANETTI, 2006, 293 ss.

²⁷ Sul punto, M. LUCIANI, 1992, 210 s.

²⁸ Valorizza molto, invece, il principio di reciprocità A. PACE, 2003, 319.

preservata. Qui, ovviamente, si pone il problema di cosa siano le “opinioni” e i “voti”, così come di quel che si deve intendere per “esercizio delle funzioni”, ma si tratta di un problema che non può essere affrontato in questa sede²⁹.

Un trattamento peggiore, invece, subiscono varie categorie di soggetti. Pensiamo a chi è tenuto all’osservanza del segreto professionale (medici, avvocati, etc.), ai militari, ai detenuti.

Un caso particolare è quello dei magistrati. Inizialmente, l’art. 18 del r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, sottoponeva a sanzione disciplinare il magistrato che avesse tenuto, *“in ufficio o fuori, condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell’Ordine giudiziario”*. Su questa previsione si pronunciò la Corte costituzionale (sent. n. 100 del 1981). Essa affermò che *“i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino ma deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l’ordinamento costituzionale”* e aggiunse, per quanto concerne specificamente la libertà di manifestazione del pensiero, che *“non è dubbio che essa rientri tra quelle fondamentali protette dalla nostra Costituzione ma è del pari certo che essa, per la generalità dei cittadini non è senza limiti, purché questi siano posti dalla legge e trovino fondamento in precetti e principi costituzionali, espressamente enunciati o desumibili dalla Carta costituzionale”*. Sulla base di queste premesse, la Corte ravvisò *“la piena compatibilità tra libera manifestazione del pensiero e tutela della dignità del singolo magistrato e dell’intero ordine giudiziario; l’equilibrato bilanciamento degli interessi tutelati non comprime il diritto alla libertà di manifestare le proprie opinioni ma ne vieta soltanto l’esercizio anomalo e cioè l’abuso, che viene ad esistenza ove risultino lesi gli altri valori sopra menzionati”*. Un trattamento, dunque, di garanzia, ma diverso da quello degli altri cittadini.

Orbene, la previsione sulla quale la Corte allora si pronunciò fu poi sostituita da quella che obbligava i magistrati a non *“tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell’istituzione giudiziaria”* (art. 1, comma 2, del d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, recante *“Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati [...]”*), ma ora anch’essa è ora venuta meno, perché abrogata dall’art. 1, comma 3, lettera a), della l. 24 ottobre 2006, n. 269. Il problema della libertà di espressione dei magistrati non è tuttavia scomparso, perché l’art. 3, comma 1, lett. h), dello stesso d. lgs. n. 109 del 2006 qualifica illecito disciplinare *“l’iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l’esercizio delle funzioni o comunque compromettere l’immagine del magistrato”*. La semplice manifestazione di opinioni politiche da parte del magistrato, dunque, non solo non può qualificarsi illecito disciplinare, ma nemmeno può avere conseguenze pregiudizievoli sul processo cui egli partecipi. Nondimeno, come dimostra il divieto di iscrizione ai partiti politici, sarebbe opportuno un atteggiamento di prudenza, tale che il magistrato non solo sia, ma anche appaia imparziale³⁰. Non certo il silenzio dei magistrati, insomma, ma una *“parola equilibrata, misurata, soprattutto ispirata al rispetto dei cittadini”*³¹

ii) “[...] il proprio pensiero”.

A poter essere manifestato è il *“proprio pensiero”*. Ci si deve chiedere, dunque, se si possa liberamente manifestare anche un pensiero *“altrui”*, ma anche se si possa manifestare qualcosa di proprio, sì, ma che non è *“pensiero”*. Da questo punto di vista è particolarmente significativa la giurisprudenza costituzionale sull’insindacabilità dei parlamentari. Come si è visto, a essere insindacabili sono (oltre i *“voti”*) le loro *“opinioni”*. La Corte costituzionale, però, ha delimitato

²⁹ Fra i moltissimi contributi sul tema si può segnalare il volume AA. Vv., 2001.

³⁰ Così N. ZANON - F. BIONDI, 2019, 216.

³¹ N. ROSSI, 2018, 250.

la nozione di "opinione". Come si legge, da ultimo, nella sent. n. 59 del 2018, "*La prerogativa parlamentare di cui all'art. 68, primo comma, Cost. [...], non può essere estesa «sino a ricomprendere gli insulti – di cui è comunque discutibile la qualificazione come opinioni – solo perché collegati con le 'battaglie' condotte da esponenti parlamentari» (sentenza n. 137 del 2001; analogamente sentenza n. 257 del 2002)".* Ciò induce a concludere che la garanzia costituzionale comprende tutte le manifestazioni di "pensiero", ma che non è manifestazione di vero pensiero il mero dileggio o addirittura il vero e proprio insulto.

A stretto rigore, poi, non è "pensiero" nemmeno la semplice esternazione della conoscenza di fatti, ipotesi che rientra nel connesso, ma diverso, diritto di cronaca. Vero è, tuttavia, che è difficile distinguere la mera "narrazione di fatti" (nella quale il diritto di cronaca si esaurirebbe³²) dalla manifestazione di un pensiero su quei fatti: anche la semplice scelta del modo e del tempo della loro presentazione, infatti, sottende, sia pure per implicito, un pensiero sulla loro interpretazione e sulla loro importanza in un determinato contesto storico-sociale. La questione ha anche un certo rilievo pratico, perché quando il diritto di cronaca è esercitato professionalmente o comunque non occasionalmente (cioè dal giornalista o dal pubblicitista) si applica una serie di norme di rilevanza pubblicistica, a partire da quelle che regolano l'iscrizione in un apposito Albo. Dispone, infatti, l'art. 1 della l. 3 febbraio 1963, n. 69, che: a) "*È istituito l'Ordine dei giornalisti*" (comma 1); b) "*Ad esso appartengono i giornalisti professionisti e i pubblicitisti, iscritti nei rispettivi elenchi dell'albo*" (comma 2); c) "*Sono professionisti coloro che esercitano in modo esclusivo e continuativo la professione di giornalista*" (comma 3); d) "*Sono pubblicitisti coloro che svolgono attività giornalistica non occasionale e retribuita anche se esercitano altre professioni o impieghi*" (comma 4). Poiché gli ordini (sia locali che nazionale) "*sono persone giuridiche di diritto pubblico*" (comma 6) ed esercitano anche funzioni disciplinari (artt. 48 ss.), è evidente che la questione dell'identità di chi esercita il diritto di cronaca (giornalista o non giornalista?) è tutt'altro che irrilevante.

iii) "[...] con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione"

Il proprio pensiero può essere manifestato con la "*parola*", con lo "*scritto*", ma anche con "*ogni altro mezzo di diffusione*". quest'ultimo riferimento costituisce una vera e propria clausola di apertura della Costituzione, che menziona la parola e lo scritto solo a titolo esemplificativo, ma ammette chiaramente che *qualunque* mezzo possa essere idoneo, sicché non possono immaginarsi lacune nella tutela costituzionale. In ogni caso, la Costituzione non garantisce "un diritto all'uso di mezzi che non siano nella nostra disponibilità giuridica"³³, il che pone evidenti problemi di eguaglianza sostanziale fra chi ha notevoli risorse economiche (e quindi può disporre di potenti mezzi di comunicazione) e chi non le ha.

Come subito diremo, i Costituenti hanno avuto d'occhio, tra i mezzi, solo un mezzo assai tradizionale quale la stampa, ma l'ampiezza della formula finale del primo comma consente senza ombra di dubbio di estendere le garanzie costituzionali a tutti gli strumenti di manifestazione che lo sviluppo delle tecnologie mettono a nostra disposizione oggi e metteranno a nostra disposizione in futuro, così coprendo ogni possibile innovazione tecnologica.

iv) Il diritto di non manifestare il proprio pensiero

Il diritto di manifestare il proprio pensiero include anche il proprio risvolto negativo, cioè il diritto di *non* manifestarlo. Così come il diritto di farsi curare di cui all'art. 32 Cost. contiene anche quello di *non* farsi curare³⁴, anche sino al limite estremo di cessare di vivere ("*la decisione*

³² P. NUVOLONE, 1962, 421.

³³ A. PACE, 1992, 430.

³⁴ Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

di lasciarsi morire potrebbe essere [...] presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò, segnatamente in forza della recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 [...]: così, da ultimo, Corte cost., ord. n. 207 del 2018), il diritto di cui all'art. 21 Cost. contiene la "libertà negativa di manifestazione del pensiero"³⁵. Nessuno, pertanto, può essere costretto a manifestare il proprio pensiero, né può subire sanzioni per non averlo fatto. Questa garanzia, ovviamente, si riferisce alla manifestazione del *pensiero*, non dei *fatti*, sicché non riguarda, ad esempio, il trattamento che l'ordinamento pratica ai testimoni e a varie altre figure soggettive³⁶.

v) Campi di manifestazione del pensiero.

La Costituzione non opera alcuna distinzione fra i vari campi in cui il pensiero può essere manifestato (correttamente si è negato che esistano "materie privilegiate", nelle quali la libertà di espressione goda di garanzie superiori³⁷), ma ci si può legittimamente chiedere se per *qualunque* suo oggetto alla manifestazione del pensiero debba essere praticato lo stesso, identico, trattamento. Il problema si è posto, in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto per la pubblicità commerciale e ci si è chiesti se essa possa andare incontro a limiti specifici, diversi da quelli generali.

La risposta della Corte costituzionale, inizialmente, è stata che le pubblicazioni di mera pubblicità commerciale, in realtà, non meriterebbero le garanzie della manifestazione del pensiero perché sarebbero prive della "*particolare garanzia costituzionale posta a garanzia della stampa di cultura, di opinione, d'informazione*" (sent. n. 68 del 1965). Un'affermazione, a dire il vero, molto pericolosa: se si ritenesse meritevole di protezione costituzionale solo la "*stampa di cultura, di opinione, d'informazione*", infatti, il campo applicativo dell'art. 21 Cost. verrebbe ristretto in modo drastico e senza che dalla lettera della norma costituzionale vengano indicazioni in proposito. Più corretto, a mio avviso, l'indirizzo seguito dalla successiva sent. n. 231 del 1985, la quale ha escluso che la pubblicità commerciale rientri tra gli oggetti della garanzia di cui all'art. 21, affermando invece che essa è soltanto "*una componente dell'attività delle imprese*", assoggettata pertanto alla disciplina dell'art. 41 Cost. (che regola l'iniziativa e l'attività economica private).

La dottrina ha sostenuto, su questo problema, le tesi più varie. Alcuni hanno condiviso tale impostazione e affermato che alla pubblicità commerciale si applica l'art. 41 e non l'art. 21 Cost.³⁸; altri hanno sostenuto, all'opposto, che la pubblicità commerciale sarebbe una forma di espressione come tutte le altre, coperta - dunque - dalle medesime garanzie³⁹; altri ancora hanno affermato che si tratta - sì - di manifestazione del pensiero, ma ad essa si applica, assieme all'art. 21, l'art. 41 Cost.⁴⁰; altri ancora, infine, hanno affermato che le pubblicazioni pubblicitarie godrebbero delle garanzie della stampa (in particolare di quella che proibisce le autorizzazioni e le censure) ma non di quelle della manifestazione del pensiero⁴¹.

Quel che è certo, in ogni caso, è che, comunque, la giurisprudenza costituzionale non segue l'impostazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, come è noto, ha perentoriamente

³⁵ A. CATAUDELLA, 1972, 33; già prima C. ESPOSITO, 1958, 35, nt. 80.

³⁶ V. una rassegna delle molte ipotesi in cui si applica questo principio in A. PACE - M. MANETTI, 2006, 76 ss.

³⁷ A. PACE - M. MANETTI, 2006, 55 s.

³⁸ G. GHIDINI, 1967, 223 ss.; M. BONINI, 2007, 15.

³⁹ V. ITALIA, 1985, II, 349 ss.; A. VIGNUDELLI, 1983, 82 ss.; L. PRINCIPATO, 2008, spec. 73 ss.

⁴⁰ A. PACE - M. MANETTI, 2006, spec. 59 ss.

⁴¹ C. ESPOSITO, 1958, 11, nt. 14.

affermando che l'art. 10 della CEDU (che riconosce la libertà di espressione) *"ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression [...], notamment ceux de nature politique; il englobe aussi l'expression artistique [...], des informations à caractère commercial [...], ou même de la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble [...]"*. Da noi, la percezione dell'intreccio fra manifestazione del pensiero e attività economica è invece assai chiara e la peculiarità del regime praticato alla pubblicità commerciale (assoggettata a limiti ben superiori a quelli comuni della manifestazione del pensiero), proprio per questo, è in genere ritenuta giustificata.

II.1.2. Il regime della stampa.

I commi successivi dell'art. 21 Cost. dispongono che:

- a) *"La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure"* (comma 2);
- b) *"Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili"* (comma 3);
- c) *"In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto"* (comma 4);
- d) *"La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica"* (comma 5).

Non sfuggirà a nessuno il particolare che la Costituzione, menzionando solo la stampa, trascura non solo mezzi di comunicazione allora inimmaginabili (come la rete) o ancora allo stato embrionale (come la televisione), ma anche mezzi allora già ben conosciuti, come la stessa radio, che - peraltro - assieme al cinematografo era stato uno degli strumenti più efficaci della costruzione del consenso al regime fascista. A questo proposito, non posso non riprendere quanto già scritto in uno dei miei precedenti contributi alle iniziative della Unità Biblioteca di diritto comparato: la Costituzione italiana, pur così attenta al futuro⁴², è stata poco sensibile alla regolazione della tecnologia⁴³. Tuttavia, mi sembra di poter dire che i principi stabiliti in materia di stampa possono e debbono estendersi anche agli altri mezzi di comunicazione, ovviamente con gli adeguamenti che, di volta in volta, le loro particolarità possono suggerire. Del regime concreto della stampa e degli altri mezzi di comunicazione, tuttavia, ci occuperemo più avanti, al par. II.2.

II.1.3. La questione del "buon costume".

Il comma 6 dell'art. 21 dispone che *"Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni"*. Vediamo, anche qui, i problemi principali.

- i) Il sesto comma utilizza (specularmente, è chiaro, perché qui si sta parlando di limiti e non di garanzie) la medesima tecnica del primo, menzionando la "stampa" e gli "spettacoli" a fini meramente esemplificativi, ma ricorrendo a una formula amplissima (*"tutte le altre manifestazioni"*) allo scopo di abbracciare qualunque tipo di espressione. Si noterà, anzi, che qui la lettera della norma è ancora più ampia, perché si parla semplicemente di

⁴² Piero Calamandrei parlò di una Costituzione "presbite": Cfr. *Atti Ass. Cost., Discussioni*, seduta del 4 marzo 1947, 1^a ed., 1752.

⁴³ M. LUCIANI, 2018a, 5.

“manifestazioni” e non di manifestazioni “del pensiero”. La ragione è da ricercare nell’intenzione di non alimentare dubbi sulla qualificazione come “pensiero” delle manifestazioni di esecuzione artistica, dalla musica al balletto, dal teatro al cinematografo.

- ii) Molto discussa è la nozione stessa di “*buon costume*”. Questa espressione è di uso comune nella tradizione del diritto occidentale e ha il proprio più lontano antecedente nel limite dei *boni mores* imposto dal diritto romano, che conosceva il “divieto degli atti di autonomia privata contrari ai *boni mores* accanto al divieto ulteriore e diverso dei negozi contrari al diritto inderogabile”⁴⁴. Se ci si ferma all’accezione storicamente acquisita e affermata in diritto privato, però, il buon costume finisce per essere un limite eccessivamente ampio dei diritti costituzionali, sia perché il campo che esso copre è immenso, finendo per toccare qualunque convincimento etico e per coincidere con la morale comune, sia perché l’indeterminatezza dell’espressione è tale da lasciare un margine amplissimo all’interprete, che è incompatibile con una garanzia efficace dei diritti. Certo, gli ordinamenti giuridici hanno bisogno di utilizzare anche concetti indeterminati, che, come diceva la dottrina a cavallo fra Otto e Novecento, fungono da vere e proprie “valvole” del diritto, consentendo il suo adattamento al mutare della realtà sociale⁴⁵. Quando sono in giuoco i diritti costituzionali, però, il sistema, a furia di respirare, può andare in iperventilazione e di quei diritti si può determinare una seria compromissione. È per questo che, come è stato esattamente osservato in dottrina, “a partire dagli anni ‘70, si riscontra una trasformazione della nozione di buon costume ad opera della giurisprudenza e di una parte della dottrina, che rintraccia il suo contenuto all’interno dei principi generali dell’ordinamento e dei valori costituzionali”, perché la clausola del buon costume, “tramite il rinvio alla coscienza diffusa, risulterebbe incompatibile con l’ispirazione pluralista della Costituzione”⁴⁶.

La dottrina costituzionalistica ha cercato di restringere la portata del limite e ha raggiunto un sostanziale accordo nel delimitare il campo del “buon costume” riducendolo alla sfera del pudore sessuale, agganciandosi in questo alle norme del codice penale che regolano questo specifico dominio (in particolare, all’art. 529, comma 1, cod. pen., ove si dispone che “*Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore*”). L’aggancio all’“osceno”, in realtà, serve soprattutto a evitare che la manifestazione del pensiero sia impedita per ragioni di “ordine pubblico”, cioè per finalità connesse “al mantenimento della pace sociale e alla prevenzione dei reati”⁴⁷.

La formula ora presente in Costituzione era stata immaginata sin dall’inizio come un mezzo per cogliere contemporaneamente due risultati: evitare di ricadere negli eccessi repressivi del fascismo, che aveva inteso tutelare la morale nazionale reprimendo ogni forma di dissenso; impedire il pervertimento delle coscienze soprattutto dei più giovani, che si voleva non fossero esposti ai messaggi osceni. Che sia così lo dimostra il fatto che il 28 gennaio 1947, in sede di c.d. “Commissione dei 75” (si tratta della commissione che era stata incaricata di elaborare il progetto di Costituzione da sottoporre poi all’Assemblea Costituente), alcuni criticarono la formula perché troppo generica, ma essa fu infine approvata perché soprattutto l’on. Codacci Pisanelli riuscì a convincere gli altri Costituenti affermando che era “opportuno non abbandonare l’espressione ormai insita nella nostra tradizione giuridica, in cui si è sempre parlato di «buon costume»” e che “l’inconveniente da

⁴⁴ A. GUARNERI, 1988, 122.

⁴⁵ Di *Ventilbegriffe* parlò K.G. WURZEL, 1904-1924, 86; di “organi respiratori” dell’ordinamento V. POLACCO, 1908, 172. Sul dibattito allora sviluppatosi, M. LUCIANI, 1983, 77 ss.

⁴⁶ G. TERLIZZI, 2016, 17.

⁴⁷ A. PACE - M. MANETTI, 2006, 209.

qualche parte lamentato, cioè la possibilità che venga impedita la stampa d'opere ormai ammesse nella nostra letteratura, potrebbe essere evitato in quanto la formula stessa consentirebbe al funzionario che deve applicare la legge di interpretarla nel senso indicato dalla esperienza"⁴⁸.

Meno lineare l'atteggiamento della Corte costituzionale.

La sent. n. 9 del 1965 affermò chiaramente che *"il buon costume non può essere fatto coincidere [...] con la morale o con la coscienza etica"*, perché *"la legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo"*. Così facendo rifiutava qualunque concezione eccessivamente ampia e indeterminata del limite, abbracciando - invece - un indirizzo più garantista. Nondimeno, la stessa sentenza non arrivava alle medesime conclusioni rigorose della dottrina, finendo per affermare che:

"il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti". In questa prospettiva, è evidente, il pudore sessuale è un elemento centrale del buon costume, ma non lo esaurisce.

La sent. n. 368 del 1992, invece, sembrò seguire un indirizzo più preciso, affermando che il concetto di buon costume è *"sufficientemente determinato"* e che esso:

"non è diretto ad esprimere semplicemente un valore di libertà individuale o, più precisamente, non è soltanto rivolto a connotare un'esigenza di mera convivenza fra le libertà di più individui, ma è, piuttosto, diretto a significare un valore riferibile alla collettività in generale, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)".

In realtà, la giurisprudenza costituzionale sembra operare una forte saldatura fra buon costume e dignità umana, sicché il primo limite sembra risolversi in quello dell'intangibilità della seconda (spunti in questo senso si ricavano anche dalla recentissima sent. n. 141 del 2019, che ha confermato la legittimità costituzionale della repressione penale dello sfruttamento della prostituzione). In questo senso, sembra illuminante la sent. n. 293 del 2000, nella quale si afferma che:

"l'art. 15 della legge sulla stampa del 1948, esteso anche al sistema radiotelevisivo pubblico e privato dall'art. 30, comma 2, della legge 6 agosto 1990, n. 223, non intende andare al di là del tenore letterale della formula [buon costume] quando vieta gli stampati idonei a «turbare il comune sentimento della morale». Vale a dire, non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata".

⁴⁸ Atti Ass. Cost., 1^a ed., Commissione per la Costituzione, 205.

Come si vede, un'accezione piuttosto estensiva della nozione di buon costume, ma che recupera un significativo profilo garantista quando è inserita in una concezione pluralistica dei convincimenti morali, collegata all'idea del primato della persona umana.

Infine, va detto che il buon costume, pur essendo limite generale d'ogni modalità di manifestazione del pensiero, non potrebbe comunque legittimare alcuna forma di censura preventiva nei confronti della stampa, per la quale vale la garanzia dell'art. 21, comma 2, Cost., della quale abbiamo già parlato. Invece, "un regime di controlli preventivi potrà essere disposto [...] per le forme di manifestazione del pensiero diverse dalla stampa e in particolar modo per gli spettacoli teatrali e cinematografici"⁴⁹ Vero è, tuttavia, che il sequestro degli stampati determina effetti non dissimili da quelli della censura: la stampa non è impedita (come accade nel caso della censura vera e propria), ma, precludendosene la diffusione a terzi, il risultato pratico finisce per non essere molto diverso⁵⁰.

- c) L'ultimo periodo del sesto comma conferisce alla legge il compito di identificare i "provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni". È bene precisare immediatamente che non si tratta di un mero *rinvio* alla legge, ma di una vera e propria *riserva*. E nel nostro ordinamento la riserva di legge è quell'istituto che:

"assicura il monopolio del legislatore nella determinazione delle scelte qualificanti nelle materie indicate dalla Costituzione, sia escludendo la concorrenza di autorità normative «secondarie», sia imponendo all'autorità normativa «primaria» di non sottrarsi al compito che solo a essa è affidato" (Corte cost., sent. n. 383 del 1998). "Tale valenza è generale e comune a tutte le «riserve»", precisa ancora la pronuncia ora citata, ma dipende "dalle specifiche norme costituzionali che le prevedono, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica, il carattere di ciascuna riserva, carattere chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato".

Così scrivendo, la Corte non fa altro che riprendere la distinzione, ormai comune in dottrina⁵¹ fra riserve "assolute" (che lasciano alle fonti subordinate, al più, lo spazio della strettissima esecuzione delle norme di legge) e riserve "relative" (che consentono alle fonti secondarie di disporre non solo *secundum*, ma anche *praeter legem*).

La distinzione fra le une e le altre è tutt'altro che agevole e, oltretutto, non è di sicurissimo fondamento normativo: non a caso, alcuni autori hanno messo in luce l'aleatorietà delle indicazioni che emergono dal testo della Costituzione e dubitato della possibilità di differenziare all'interno della generale categoria della riserva di legge⁵². Si deve ricordare, però, che il paradigma della riserva di legge è costituito da quella in materia penale, perché è proprio in questa materia che gli attentati ai diritti dei cittadini provenienti dal potere esecutivo possono essere particolarmente insidiosi. Come ha osservato la Corte costituzionale, l'affidamento della disciplina penale alla legge si radica anche nell'esigenza di coinvolgere il Parlamento: conta, infatti,

"in modo particolare, il procedimento di formazione della legge, aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione nel sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza, la dottrina penal-illuministica individuò il fondamento del principio di riserva di legge penale nel fatto che il soggetto-

⁴⁹ M. CUNIBERTI, 2011, 33.

⁵⁰ C. CHIOLA, 1984, 67.

⁵¹ V., ad es., fra i moltissimi, V. CRISAFULLI, 1984, 53 ss.

⁵² V., ad es. F. SORRENTINO, 2009, 52; A. VIGNUDELLI, 2010, 255 s.

Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano: e questo non può legiferare «contro se stesso» (Corte cost., sent. n. 487 del 1989).

Ora, è vero che anche il Governo può esercitare la funzione legislativa, adottando decreti legislativi (art. 76 Cost.) o decreti legge (art. 77 Cost.), ma non è meno vero che in nessuno di questi casi il Parlamento è tagliato fuori: nel caso dei decreti legislativi, perché questi non possono essere adottati senza una previa legge di delegazione votata dal Parlamento (e "con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti"); nel caso dei decreti legge perché decadono (con decorrenza *ex tunc*) se non sono convertiti dal Parlamento in legge entro sessanta giorni. La riserva di legge, insomma, coinvolge sempre e comunque l'organo della rappresentanza politica. Se è così, la qualificazione di una riserva come assoluta o relativa deve muovere, anzitutto, dalla ricostruzione dei beni costituzionali in giuoco e dalla valutazione dell'importanza dell'intervento dell'organo rappresentativo.

Nel caso della libertà di espressione, a me sembra, la distinzione fra riserva assoluta e relativa mantiene una sua utilità e la natura stessa della libertà in questione fa propendere per l'identificazione di una riserva *assoluta*. Se, infatti, l'essenziale è l'intervento dell'organo assembleare rappresentativo e se la caratteristica di questo è la compresenza delle opinioni maggioritarie e di quelle minoritarie, la conclusione è che l'intervento parlamentare è particolarmente importante proprio in un campo in cui sono le opinioni di minoranza, le voci "fuori dal coro" che vanno tutelate. La legge, pertanto, è essenziale e lo spazio lasciato all'amministrazione deve essere molto limitato (nella pratica, peraltro, non sempre le cose vanno in questo senso⁵³).

II.1.4. Lo "spirito" della disciplina costituzionale.

Come accade per tutti i suoi contenuti, anche nelle norme in cui si occupa della libertà di manifestazione del pensiero la Costituzione esibisce una visione del mondo totalmente opposta a quella che aveva ispirato il fascismo. Per quel regime, la libera espressione individuale non era considerata una risorsa, ma una pericolosa fonte di possibile dissenso, mentre i mezzi di comunicazione non erano concepiti come un semplice veicolo di diffusione del pensiero individuale o collettivo, ma come uno strumento di costruzione e mantenimento del consenso, per la forte capacità di suggestione ch'essi possono esercitare. L'impostazione del tutto diversa della Costituzione si collega all'idea che fra libertà di espressione, libertà di informazione, pluralismo e democrazia vi sia una corrispondenza biunivoca.

Non si tratta certo di una constatazione sorprendente. Come è noto, quest'idea è un elemento essenziale della tradizionale ideologia politica statunitense, che vede nella libertà di espressione "il valore più pregiato della democrazia americana"⁵⁴. Coerentemente, Robert Dahl ha riservato il termine "democrazia" solo a una forma ideale di reggimento politico che, a suo avviso, non ha mai davvero visto la luce. Le concrete forme di governo ispirate all'ideale democratico, invece, ha preferito chiamarle "poliarchie". Ebbene: ben due dei sette indici di riconoscimento della poliarchia che Dahl ha elaborato riguardano proprio il trattamento praticato alla libertà di espressione⁵⁵.

⁵³ V., ad es., la fattispecie scrutinata dalla sent. Corte cost., n. 206 del 2019.

⁵⁴ A. BALDASSARRE, 1974, 178.

⁵⁵ R.A. DAHL, 1982, 10 s.; Id., 1990, 164 ss.

Allo stesso modo, in un suo saggio famosissimo, Thomas I. Emerson ha sostenuto che “right of all members of society to form their own beliefs and communicate them freely to others must be regarded as an essential principle of a democratically-organized society”⁵⁶.

Anche i costituzionalisti italiani, peraltro, erano già da molto tempo orientati in questo stesso senso: “un ordinamento non può funzionare democraticamente in mancanza di una libera circolazione delle idee”⁵⁷; “libertà di manifestazione del pensiero, libertà di discussione e di propaganda, libertà di informazione - nel duplice senso di informare e di essere informati - sono [...] condizioni necessarie per il buon funzionamento, e si può dire per l’esistenza del regime democratico”⁵⁸; “la libertà di stampa [...] viene a costituire un fondamento essenziale e una forma indispensabile del generale processo di comunicazione pluralistica su cui si basa la democrazia politica nei Paesi occidentali”⁵⁹; “lo stesso sistema democratico di stampo occidentale (o liberale) non potrebbe vigere in Italia, se non sussistessero le situazioni garantite dall’articolo 21 della Costituzione repubblicana”⁶⁰.

Anche la dottrina più recente è indirizzata nel medesimo senso⁶¹, ma postulare un collegamento fra libertà di espressione e democrazia non significa aver risolto tutti i problemi, anzi.

La questione fondamentale, che la Costituzione - ovviamente - non affronta esplicitamente, ma per la cui soluzione offre tutti gli strumenti necessari, è quella della triangolazione fra liberalismo, democrazia e libertà di espressione. Commentando lo Statuto albertino abbiamo già dato conto del fatto che la libertà di manifestazione del pensiero è una caratteristica fondamentale della forma di Stato liberale, ma il quesito che si pone, allora, è questo: poiché questa libertà è essenziale sia per il liberalismo che per la democrazia, quale dei due principi politici la caratterizza maggiormente in una Costituzione come quella italiana, che è quella di una forma di reggimento politico tipicamente liberal-democratica?

Le Costituzioni di questo tipo hanno sempre difficoltà a conciliare i due principi sui quali si fondano, come dimostra la vicenda storica della più antica Costituzione della categoria (quella degli Stati Uniti), in cui il pendolo ha costantemente oscillato dall’uno all’altro estremo, con conseguenze molto importanti anche sul piano - pratico - delle concrete modalità di protezione dei diritti costituzionali e degli effettivi spazi di decisione lasciati al potere politico. In un bel saggio degli anni Trenta Edward Corwin aveva giustapposto la “Constitution as symbol” e la “Constitution as instrument”⁶², intendendo con la prima espressione la Costituzione come rappresentazione e formalizzazione dei valori essenziali di una comunità politica (una fonte normativa, dunque, essenzialmente liberale e conservatrice di quei valori) e con la seconda la Costituzione come meccanismo di legittimazione della progettualità politica degli organi della decisione democratica (cioè una fonte normativa che - al contrario - assicura la dinamicità dell’ordinamento e la trasformazione sociale).

Fra questi due modi di intendere la Costituzione si sono sviluppate continue linee di tensione, lungo le quali talora si è esaltata la sua funzione di limite, talaltra quella di fondamento

⁵⁶ T.I. EMERSON, 1963, 883.

⁵⁷ P. BARILE, 1984, 227.

⁵⁸ M. MAZZIOTTI, 1985, II, 520.

⁵⁹ A. BALDASSARRE, 1986b, 584.

⁶⁰ L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 5.

⁶¹ V., tra i moltissimi, da ultimo, S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, Franco Angeli, 2018, 532.

⁶² E.S. CORWIN, 1936, 1071 ss.

legittimante delle scelte della politica democratica. A seconda dell'oscillazione del pendolo, dunque, talora si è letta la libertà di espressione in chiave "individualistica" (come presidio di uno spazio intangibile della personalità di ciascuno), talaltra in chiave "funzionalistica" (come elemento costitutivo dei processi decisionali democratici. Poiché, però, i diritti funzionali in senso proprio sono solo quelli che l'ordinamento converte "da mere facoltà in poteri-doveri"⁶³, almeno in Italia la libertà di espressione non è stata mai davvero concepita come un diritto veramente funzionale. Lo è stata, semmai, la libertà di informazione, che infatti secondo, la lettura funzionalista, dovrebbe essere assoggettata a limiti più penetranti di quelli propri della libertà di espressione⁶⁴. In effetti, questo è quanto è accaduto nella concreta esperienza giuridica del dopoguerra: le norme sulla stampa che impongono alcune specifiche modalità di esercizio di tale attività, come quella sulla nomina del direttore e del vice-direttore responsabile⁶⁵, sono state ritenute legittime dalla Corte costituzionale perché sono "strumento di salvaguardia di un interesse generale a rilievo costituzionale: di tal che la legge, imponendolo a chiunque voglia dar vita ad un giornale, non può essere considerata fonte di discriminazioni non consentite dall'art. 3 della Costituzione" (sent. n. 2 del 1971).

In realtà, nella Costituzione si traccia un delicato equilibrio fra le due concezioni ora indicate, equilibrio che a me sembra ben compendiato nell'osservazione che "è inerente all'interesse «politico» incorporato nell'idea democratico-pluralista che la dinamica sociale e il processo di decisione politica abbiano come loro fondamento e cominciamento il riconoscimento di spazi di libertà inviolabili a favore degli individui e dei gruppi sociali"⁶⁶. La chiave di soluzione del problema è infatti il pluralismo: la democrazia che la Costituzione ha in mente non è la democrazia dei più forti perché più numerosi, ma la democrazia del pluralismo, che considera una ricchezza la molteplicità delle opinioni, dei valori, degli stili di vita, sebbene non escluda che alcuni di essi possano essere ritenuti non tollerabili proprio perché incompatibili con il pluralismo o con la dominante concezione della dignità umana. È in questa chiave che deve leggersi l'art. 19 della Costituzione, secondo il quale "Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume". Anche qui, il buon costume si erge a limite invalicabile, perché lo si considera posto a presidio di valori non rinunciabili.

Vedremo più avanti (al par. III.2), però, che oltre al limite esplicito del buon costume si oppongono alla libertà di espressione molti altri limiti, che derivano dalla semplice esistenza di altri diritti o beni costituzionali con i quali la libertà di espressione deve comunque confrontarsi. Come afferma la sent. Corte cost., n. 83 del 2013⁶⁷, riprendendo spunti schmittiani⁶⁸, "la tutela [dei diritti] deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".

Un limite specifico, ma di grande importanza, è costituito dal divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista. La XII Disposizione finale e transitoria della Costituzione stabilisce che

⁶³ C. MORTATI, 1975, 8.

⁶⁴ C. CHIOLA, 1984, 8 ss.

⁶⁵ V. poi, par. II.2.1).

⁶⁶ A. BALDASSARRE, 1986b, 587.

⁶⁷ Già ricordata in M. LUCIANI, 2018a, 34.

⁶⁸ C. SCHMITT, 2011.

“È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista”. Si tratta di una previsione essenziale. Il richiamo alla comune matrice antifascista (il c.d. “paradigma antifascista”⁶⁹) è il cemento che inizialmente unisce le forze presenti alla Costituente, anche se esso si è fatto gradualmente più flebile, ma non già per un qualche suo indebolimento (sebbene, come si vedrà, oggi una qualche nostalgia del fascismo stia riemergendo), bensì per il rafforzamento della convinzione che il compromesso costituzionale dovesse andare oltre quella soglia minima e dovesse trovare equilibri più alti, attraverso l’identificazione di un patrimonio di valori comunemente condivisi⁷⁰. Nonostante questo, l’antifascismo resta il minimo comun denominatore di tutte le forze che si riconoscono nella Costituzione repubblicana

Ebbene: questo divieto costituzionale comporta anche significative limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero, la più importante delle quali è quella connessa al reato di “apologia del fascismo”, previsto dalla l. 20 giugno 1952, n. 645. Questa legge, dopo aver stabilito, in via generale, che *“Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista”* (art. 1), dispone che *“Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguate le finalità indicate nell’articolo 1 è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da euro 206 a euro 516”* (art. 4, comma 1) e - quel che maggiormente conta ai nostri fini - *“Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche”* (art. 4, comma 2).

Si tratta di un comportamento vietato anche quando si manifesta la propria opinione in campagna elettorale: come ha di recente affermato il giudice amministrativo, *“allorquando si richieda di esercitare attività di propaganda politica ed elettorale in spazi pubblici, sottraendoli, sia pure temporaneamente, all’uso pubblico per destinarli all’utilizzo privato, non appare irragionevole che l’amministrazione richieda, al fine di valutare la meritevolezza dell’interesse dedotto, una dichiarazione di impegno al rispetto dei valori costituzionali e, in particolare, dei limiti costituzionali alla libera manifestazione del pensiero connessi al ripudio dell’ideologia autoritaria fascista e all’adesione ai valori fondanti l’assetto democratico della Repubblica italiana, quali quelli dell’antifascismo e della Resistenza”* (T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 18 aprile 2019, n. 447).

L’art. 5 della stessa l. n. 645 del 1952, poi, stabilisce che *“Chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste è punito con la pena della reclusione sino a tre anni e con la multa da euro 206 a euro 516”*, con ciò ulteriormente ampliando il raggio dei comportamenti vietati. Vedremo più avanti (al par. IV.2.), però, che la portata di questa norma è stata assai ridotta dal più diffuso indirizzo giurisprudenziale.

⁶⁹ A. BALDASSARRE, 1986a, 10 ss..

⁷⁰ M. LUCIANI, 1991, spec. 193 ss.

II.2. La legislazione ordinaria.

La disciplina legislativa della manifestazione del pensiero è estremamente complessa e può essere qui soltanto sintetizzata per grandi linee. È bene ordinarla in ragione del mezzo di manifestazione di volta in volta regolato.

II.2.1. La stampa.

L'attenzione dell'Assemblea Costituente nei confronti della stampa è attestata non solo dalla sua menzione esplicita nell'art. 21 Cost., ma (è osservazione comune⁷¹) anche dal fatto che fu la stessa Costituente a adottare la legge generale di disciplina della stampa (l. 8 febbraio 1948, n. 47, recante "Disposizioni sulla stampa"). Nonostante siano passati più di settant'anni dalla sua approvazione, questa legge costituisce ancora il punto di riferimento per la regolazione generale della materia. Essa, peraltro, ha posto notevoli problemi interpretativi, sui quali la giurisprudenza, anche costituzionale, si è a lungo cimentata.

i) Già l'art. 1, contenente - come risulta dalla sua rubrica - la "Definizione di stampa o stampato" ("*Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*"), ha sollecitato alcuni interrogativi quanto all'estensione del concetto. La Corte costituzionale ha dimostrato di condividere un'accezione estensiva, affermando che sono "stampati" anche i giornali murali (sent. n. 115 del 1957) e le affissioni in genere (sent. n. 11 del 1974), anche se di propaganda elettorale (sent. n. 48 del 1964). Le statuizioni più interessanti, però, le troviamo nella giurisprudenza comune.

In particolare, si è posto il problema se gli "stampati" (coperti, dunque, dalla garanzia dell'art. 21 Cost.) dovessero considerarsi solo "*le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*" e mentre in un primo momento si è risposto affermativamente (Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594 del 05/11/2013, dep. 2014, Montanari) concludendo nel senso che "*le garanzie costituzionali in tema di sequestro preventivo della stampa non siano estensibili alle manifestazioni del pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica, ivi comprese quelle oggetto di articoli giornalistici pubblicati sul web*", più avanti si è andati in direzione esattamente opposta. A seguire l'indirizzo restrittivo, infatti, si legittimerebbe "*un irragionevole trattamento differenziato dell'informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete, con la conseguenza paradossale che la seconda, anche se mera riproduzione della prima, sarebbe assoggettabile, diversamente da quest'ultima, a sequestro preventivo*". Conseguentemente, si è detto che è necessario "*discostarsi dall'esegesi letterale del dettato normativo e privilegiare una interpretazione estensiva dello stesso, sì da attribuire al termine «stampa» un significato evolutivo, che sia coerente col progresso tecnologico e, nel contempo, non risulti comunque estraneo all'ordinamento positivo, considerato nel suo complesso e nell'assetto progressivamente raggiunto nel tempo*" (tutti i passaggi ora citati sono tratti da Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2015, n. 31022).

ii) Anche la questione delle attività connesse alla stampa è stata oggetto di interventi giurisprudenziali. La Corte costituzionale, in particolare, ha dichiarato che l'autorizzazione all'esercizio dell'arte tipografica non poteva considerarsi costituzionalmente illegittima, perché "*Oggetto dell'autorizzazione è non già la diffusione del proprio pensiero con i mezzi offerti dall'arte tipografica e dalle arti affini, ma l'esercizio di queste arti, delle quali è oggetto soltanto la riproduzione in numero illimitato di esemplari che contengano la manifestazione di un'opinione o di un pensiero quale si voglia*" (sent. n. 38 del 1961), con ciò limitando le

⁷¹ V., ad es., A. PACE - M. MANETTI, 2006, 465.

garanzie dell'art. 21 Cost. all'impresa e all'attività giornalistica, senza estenderle alle imprese e alle attività economiche strumentali. Allo stesso modo, è stato ritenuto legittimo l'assoggettamento dei rivenditori di giornali all'obbligo di registrazione (sentt. nn. 33 del 1957 e 163 del 1982), perché si tratta di "mestieri" solo indirettamente connessi alla stampa, laddove - al contrario - è stato dichiarato illegittimo il divieto di lavoro domenicale dei giornalisti, perché direttamente limitativo della libertà di informazione (sent. n. 105 del 1972).

- iii) Come si è visto, l'art. 21, comma 3, Cost., consente il sequestro della stampa soltanto nei casi indicati dalla legge sulla stampa. È dunque essenziale stabilire cosa per "legge sulla stampa" si intenda. La Corte costituzionale ha affermato che questa non è solo l'eventuale legge generale che così espressamente si intitoli, ma qualunque legge che alla stampa faccia riferimento (sentt. nn. 4 del 1972; 60 del 1976).
- iv) Quanto alla nozione di censura (che la Corte non distingue da quella di autorizzazione⁷²), la giurisprudenza costituzionale ne ha dato una definizione espressa e assai restrittiva, affermando ch'essa è un "*istituto tipico del diritto pubblico, secondo cui gli organi dello Stato, e soltanto essi, esercitano autoritativamente un controllo preventivo sulla stampa, adottato con provvedimento contenente un giudizio sulla manifestazione del pensiero rimesso alla pubblica amministrazione*"⁷³.
- v) Restrittiva anche l'accezione di sequestro. La Corte ha detto che il sequestro "*riguarda il complesso della tiratura di ogni pubblicazione*", sicché non può considerarsi sequestro la consegna obbligatoria di alcuni esemplari degli stampati all'autorità amministrativa (sent. n. 199 del 1972). Il sequestro, poi, "*non attiene alle attività strumentali e alle cose le quali siano dirette e servano all'organizzazione, predisposizione, preparazione e formazione del materiale che si presume destinato ad essere pubblicato*" (sent. n. 38 del 1973).

II.2.2. La radiotelevisione.

Il settore della radiotelevisione è stato forse il più tormentato nella vicenda legislativa e giurisprudenziale italiana. L'intreccio con le vicende della politica è stato strettissimo e il risultato è stato un assetto complessivo tutt'altro che soddisfacente, anche se ora il pluralismo del settore è stato almeno in parte migliorato dalle nuove risorse messe a disposizione dallo sviluppo tecnologico.

La storia, specie se contiamo il periodo in cui, prima ancora dell'avvento della televisione, l'unico mezzo disciplinato era la radio, è risalente e in essa legislazione e giurisprudenza s'intrecciano continuamente.

La l. 30 giugno 1910, n. 395, e il r.d. 8 febbraio 1923, n. 1067, avevano riservato "al Governo" e successivamente "allo Stato" i "*servizi radioauditivi circolari*". Ben presto, però (con r. d. 14 dicembre 1924, n. 2191), essi erano stati dati in concessione esclusiva all'URI (Unione Radiofonica Italiana), una società nata dalla fusione di due società private: la società Radiofono e la Società italiana per le comunicazioni circolari. L'URI, poi, come disposto dal r.d.l. 17 novembre 1927, n. 2207, conv. in l. 17 maggio 1928, n. 1350, cambiò denominazione in EIAR (Ente Italiano Audizioni Radiofoniche) e la partecipazione azionaria di controllo divenne pubblica. In mano all'IRI - Istituto per la Ricostruzione Industriale). Fu sentendo questo nome che gli italiani ascoltarono tutte le trasmissioni radiofoniche durante il fascismo: solo a seguito

⁷² V. sent. n. 31 del 1957.

⁷³ Così la sent. n. 159 del 1970, ma v. anche le sentt. nn. 31 e 115 del 1957; 44 del 1960; 93 del 1972; 92 del 1979; 1063 del 1988.

del d.lgt. 26 ottobre 1944, n. 457, la denominazione cambiò ancora e divenne prima RAI Radio Audizioni Italia, poi RAI-Radiotelevisione Italiana.

La l. 18 aprile 1975, n. 103, disciplinò complessivamente il settore, ma la sua approvazione non fu del tutto spontanea, perché venne in qualche modo imposta da alcune decisive novità nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Cosa era accaduto?

Ebbene, era accaduto che la Corte costituzionale, proprio attorno alla metà degli anni Settanta, aveva mutato indirizzo. O, per meglio dire, pur mantenendo grosso modo fermi certi criteri di giudizio, aveva raggiunto conclusioni diverse da quelle cui, inizialmente, essi l'avevano condotta.

Quei criteri erano stati esplicitati già dalla sent. n. 59 del 1960. Allora la Corte dichiarò legittimo il monopolio pubblico della radiotelevisione, ma lo fece ragionando su tre specifici argomenti: a) *"la limitatezza di fatto dei «canali» utilizzabili"*, dal quale derivava il rischio di oligopoli privati (oligopoli che legittimavano forme di riserva di certi settori produttivi alla mano pubblica ai sensi dell'art. 43 Cost.: *"A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale"*); b) la natura di *"preminente interesse generale"* del servizio radiotelevisivo; c) la maggiore idoneità dello Stato, in una situazione di fatto comunque destinata almeno all'oligopolio, ad assicurare un servizio *"obbiiettivo"* e *"imparziale"*.

Di questi tre argomenti quello che era realmente decisivo e che avrebbe avuto maggiore fortuna in futuro (a partire dalla sent. n. 49 del 1961, che lo riprese) era il primo: la questione fondamentale era la scarsità dei mezzi, che - causa dei costi da sopportare - ne favoriva l'appropriazione da parte di pochi privati, con conseguente compromissione del pluralismo informativo (e quindi sia della libertà di informare che della libertà di essere informati). Sin da una delle sue prime sentenze la Corte aveva colto che le disponibilità economiche sono essenziali per l'effettiva fruizione della libertà di espressione, i cui contenuti, altrimenti, finiscono per essere diretti a una cerchia assai ristretta di destinatari⁷⁴, ma qui viene messa in luce l'altra faccia della medaglia, cioè il rischio che un eccesso di disponibilità economiche comporta per la libertà di espressione degli altri. Non è certo un caso che questo collegamento fra danaro e libertà di espressione, che - pure - è emerso nella giurisprudenza sulla stampa⁷⁵ venga in piena luce proprio in quella sulla radiotelevisione: i costi degli impianti e dei servizi è tale che il mezzo, di fatto, può essere riservato soltanto a pochi.

Per essere più precisi, alla Corte il problema appare, allo stesso tempo, economico e tecnico, di fatto. C'è un bene indispensabile - le frequenze radio sulle quali trasmettere -, ma scarso, e quando un bene è scarso il suo costo aumenta e, aumentandone il costo, si restringe la platea dei soggetti che possono accedervi. I rischi di oligopolio, la Corte costituzionale (assieme alla dottrina⁷⁶) l'intende subito, stanno tutti qui.

Stando così le cose, non sorprende che la Corte, applicando questi stessi criteri qualche anno appresso, giunga a conclusioni opposte quanto alla legittimità del monopolio pubblico dell'emittenza radiotelevisiva. Se i criteri restano i medesimi, infatti, quello che è mutato è il dato tecnico, di fatto. È così che, con due storiche sentenze della metà degli anni Settanta, la Corte demolisce l'estensione del monopolio prima alla ripetizione di trasmissioni provenienti

⁷⁴ V. già sent. n. 2 del 1957.

⁷⁵ V., ad es., alcuni cenni nelle sentt. nn. 48 del 1964; 11 del 1968; 94 del 1977.

⁷⁶ C. ESPOSITO, 1963, 29, nt. 63.

dall'estero (sent. n. 225 del 1974), poi alle teletrasmissioni via cavo (sent. n. 226 del 1974). Il problema tecnico, qui, infatti, non si pone: le trasmissioni dall'estero non utilizzano le bande di frequenza assegnate in sede internazionale all'Italia, sicché non incidono su quelle disponibili nel mercato nazionale; quelle via cavo, a loro volta, utilizzano un mezzo di trasmissione diverso dall'etere (utilizzato, invece, dalle radiodiffusioni circolari) e sostanzialmente illimitato (visto che la moltiplicazione dei cavi è sempre possibile). Per le trasmissioni via cavo, però, l'apertura della Corte è solo parziale, perché nel loro caso un problema tecnico-economico esiste comunque: considerato che il costo di un impianto di trasmissione via cavo su scala nazionale sarebbe molto elevato, con i connessi rischi di oligopolio privato, il monopolio pubblico è dichiarato illegittimo solo limitatamente alle trasmissioni via cavo in ambito locale, fermo restando il monopolio pubblico su quello nazionale.

Contemporaneamente a queste aperture, che facevano valere l'esigenza di un maggiore "pluralismo esterno" aprendo il mercato a più competitori, la Corte costituzionale accendeva i riflettori sul "pluralismo interno", cioè sul pluralismo delle idee, delle voci e dell'informazione anche all'interno della concessionaria pubblica. La sent. n. 223 del 1974, infatti, stabilisce che in tanto il monopolio pubblico, sia pure limitato nei termini già detti, può essere giustificato solo in quanto siano assicurati alcuni presupposti, come l'indipendenza del servizio pubblico dal potere esecutivo, la presenza di un adeguato controllo parlamentare, l'imparzialità dei giornalisti del servizio pubblico, la garanzia dell'accesso al mezzo radiotelevisivo pubblico "a tutte, o al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società" (riprendo, qui, la formula della successiva sent. n. 826 del 1988). Tutte indicazioni molto rigorose e relativamente precise, che la già ricordata l. n. 103 del 1975 riprenderà, a dimostrazione del già segnalato intreccio fra giurisprudenza e legislazione.

Sebbene la legge del 1975 risolva alcuni dei problemi segnalati dalla Corte, la spinta all'eliminazione del monopolio pubblico non viene meno. Di nuovo, il giudice costituzionale se ne fa interprete.

Dopo la sent. n. 1 del 1976 (che offre alcuni chiarimenti di lettura della sent. n. 225 del 1974), è la volta, in quello stesso anno, della sent. n. 202, che dà la spallata decisiva. Essa, infatti, dichiara l'illegittimità del monopolio pubblico della radiodiffusione via etere in ambito locale e lo fa sempre con i medesimi argomenti: le frequenze in ambito locale non sono così limitate; il costo degli impianti non è così elevato da generare rischi di oligopolio o monopolio privato. Una volta "esclusa la possibilità di monopoli od oligopoli per le trasmissioni su scala locale", però, "viene meno l'unico motivo che per queste ultime trasmissioni possa giustificare quella grave compressione del fondamentale principio di libertà" sancito dall'art. 21. Apertura, dunque, ma apertura controllata. La sentenza, infatti, contiene in chiusura un pressante monito al legislatore, chiamato a intervenire subito, per evitare che il pluralismo subisca, dall'apertura del settore, più danni che vantaggi.

Vale la pena di riportare per intero questo monito, che dimostra quanto la Corte fosse consapevole dei rischi dell'abbandono del mercato a se stesso. Rivolta al legislatore, dunque, la Corte dice che "in particolare si dovranno stabilire: a) i requisiti personali del titolare dell'autorizzazione e dei suoi collaboratori, che diano affidamento di corretta e responsabile gestione delle trasmissioni; b) le caratteristiche tecniche degli impianti e la relativa zona di servizio, nonché la specificazione delle frequenze e dei canali utilizzabili; c) l'esatta indicazione dell'ambito di esercizio, il cui carattere «locale» deve essere ancorato a ragionevoli parametri d'ordine geografico, civico, socio-economico, che consentano di circoscrivere una limitata ed omogenea zona di utenza, senza, peraltro, eccessive restrizioni, tali da vanificare l'esercizio medesimo; d) eventuale fissazione di turni ed adozione di ogni altro accorgimento tecnico, al fine di non turbare il normale svolgimento del servizio come sopra riservato allo Stato ai sensi degli artt. 1 e 2 della

citata legge n. 103 del 1975 e di ogni altro servizio parimenti riservato allo Stato; ed al fine di rendere possibile il concorrente esercizio di attività da parte degli altri soggetti autorizzati; e) limiti temporali per le trasmissioni pubblicitarie, in connessione con gli analoghi limiti imposti al servizio pubblico affidato al monopolio statale; f) ogni altra condizione necessaria perché l'esercizio del diritto, previa autorizzazione, si svolga effettivamente nell'ambito locale e non dia luogo a forme di concentrazione o situazioni di monopolio o oligopolio". Insomma: il monopolio pubblico su scala nazionale resta legittimo (e il punto sarà ribadito dalla successiva sent. n. 148 del 1981), ma su scala locale si devono evitare le concentrazioni private, altrimenti il pluralismo è messo in grave pericolo. Occorre "evitare l'accentramento dell'emittenza radiotelevisiva in monopolio od oligopolio privato" (così la cit. sent. n. 148 del 1981), così come occorre evitare l'impoverimento delle voci nella concessionaria pubblica. È il pluralismo, esterno e interno, che deve essere assicurato. Ma per farlo non basta l'intervento di un giudice, fosse pure di un giudice assai particolare come quello costituzionale: occorre il sapiente intervento del legislatore. Questo sapiente intervento non ci sarà mai.

Quel che accadrà sarà l'occupazione *di fatto* delle frequenze in ambito locale, che poi diventerà occupazione *di diritto*, legittimata o da leggi speciali o da svariate pronunce giudiziarie⁷⁷. In mancanza di una vera disciplina legislativa, il rischio dell'oligopolio si faceva sempre più concreto, perché era agevole per le imprese locali consorziarsi fra di loro, ovvero operare in c.d. "interconnessione funzionale" (cioè trasmettendo, in diversi ambiti locali, il medesimo programma). Alcuni giudici, tuttavia, reagirono, disponendo il sequestro penale degli impianti che consentivano una simile pratica, da considerare un palese aggiramento della legge. A fronte di questo, intervenne il Governo (presieduto dall'On. Craxi), adottando il d.l. 20 ottobre 1984, n. 694, per evitare la disattivazione. Il decreto legge fu subito conosciuto, nel dibattito pubblico, come "decreto Berlusconi", perché principale beneficiaria di quell'intervento era la soc. Fininvest, della quale - appunto - Silvio Berlusconi (cui l'On. Craxi era politicamente legato) aveva il controllo. Il decreto non fu convertito in legge, ma fu presto seguito da un altro di analogo tenore (d.l. 6 dicembre 1984, n. 807, subito denominato "Berlusconi-bis), stavolta convertito in l. 4 febbraio 1985, n. 10, legge che, in buona sostanza, finiva per legittimare il duopolio pubblico-privato che avrebbe caratterizzato il settore radiotelevisivo italiano anche per gli anni a venire. Il che costituisce un risultato paradossale, perché la legge affermava esplicitamente che la sua disciplina sarebbe stata provvisoria, "Sino all'approvazione della legge generale sul sistema radiotelevisivo e comunque non oltre sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, è consentita la prosecuzione dell'attività delle singole emittenti radiotelevisive private con gli impianti di radiodiffusione già in funzione alla data del 1° ottobre 1984, fermo restando il divieto di determinare situazioni di incompatibilità con i pubblici servizi" (art. 3, comma 1).

Quelli che erano rischi per il pluralismo, a questo punto, s'erano fatti realtà, ma, paradossalmente, la risposta della Corte costituzionale, stavolta, non fu efficace. Vi sono, infatti, in quegli anni, alcune pronunce tutto sommato di scarso interesse, dalla sent. n. 231 del 1985 (che dichiara l'illegittimità dell'obbligo di oscurare, nelle trasmissioni provenienti dall'estero, tutti gli spot pubblicitari, mettendo in evidenza l'essenzialità della pubblicità come fonte di finanziamento dell'informazione) alla sent. n. 35 del 1986 (sempre in materia di trasmissioni provenienti dall'estero, che dichiara infondate alcune questioni di legittimità costituzionale relative al regime giuridico degli impianti ripetitori ditali trasmissioni già esistenti, ma che non porta contributi di rilievo, pur constatando esplicitamente la "anomalia del settore dell'emittenza privata"), alla sent. n. 153 del 1987 (che stavolta riguarda le trasmissioni radiofoniche e televisive verso l'estero, dichiarandone legittima la riserva allo Stato), alla sent.

⁷⁷ La vicenda è ricostruita da A. PACE - M. MANETTI, 2006, 579 ss.

n. 194 del 1987 (in cui si afferma che il servizio radiotelevisivo pubblico “è un servizio sociale, in quanto diretto ad assicurare, agevolando la circolazione delle idee, l’effettività della libera manifestazione del pensiero e della libera informazione, considerate come due aspetti essenziali ed inscindibili di un unico valore costituzionalmente protetto in via primaria dall’art. 21 Cost.”).

Quella che davvero conta è la sent. n. 826 del 1988 Essa ribadisce i principi di sempre: esalta il “valore fondamentale del pluralismo”, anzi il “valore centrale del pluralismo in un ordinamento democratico”; ribadisce che “la riserva di cui all’art. 43 Cost. [...] trova la sua unica ragion d’essere nella difesa del pluralismo”. Nonostante il permanere di questa attenzione per il valore del pluralismo, e - soprattutto - nonostante che la situazione di fatto dimostrasse come la normativa vigente non lo presidiasse adeguatamente, la Corte salvò la normativa sottoposta al suo giudizio perché dichiaratamente provvisoria. Una scelta, questa, francamente discutibile, sia perché la legge “provvisoria” era ancora in vigore nonostante fossero da tempo trascorsi i sei mesi stabiliti dal suo art. 3, comma 1, prima riportato, sia perché era noto a tutti che le condizioni politiche del momento erano tali che un intervento “di sistema” da parte del legislatore sarebbe stato assai problematico. Ciononostante, la Corte rivolse al legislatore un nuovo monito, che tuttavia resterà inefficace. Il risultato, infatti, sarà solo la l. 6 agosto 1990, n. 223 “Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato”, che stabilizzerà il duopolio.

Dopo non accadrà molto. La Corte costituzionale si pronuncerà più volte su questioni relative alla radiotelevisione, ma non si tratterà di pronunce decisive⁷⁸. La stessa cit. sent. n. 155 del 2002, che metterà in luce l’insufficienza del confronto “fra un polo pubblico e un polo privato”, inadeguato ad assicurare il pluralismo, non sposterà i rapporti di forza in campo.

Sul piano normativo, va ricordato che le norme che riservavano alla proprietà pubblica il capitale della società concessionaria (cioè della RAI) sono state abrogate con referendum dell’11 giugno 1995, ma la novità è stata più formale che sostanziale, perché non ne è derivata alcuna alterazione degli equilibri preesistenti.

Norme diverse sono state introdotte dal d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177, recante il “Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici”, tuttora in vigore. Norme diverse, appunto, ma non tali da sovvertire l’ordine che nel frattempo (*prima* in via di fatto, *poi* di diritto, insisto) si era creato. Ora, dunque, abbiamo da un lato un servizio pubblico radiotelevisivo, che si caratterizza proprio per il suo essere “pubblico” e deve avere determinate caratteristiche di pluralismo interno; dall’altro un servizio di interesse generale esercitato dalle imprese private, che dovrebbero garantire, con la loro concorrenza, il pluralismo esterno. Pluralismo che, invece, non si è mai realizzato e che solo ora si affaccia (oltretutto sempre con coloriture oligopolistiche), grazie alle grandi novità tecnologiche degli ultimi anni (dalle trasmissioni via satellite al digitale terrestre alle smart-TV, che consentono il collegamento alla rete).

Il mercato, dunque, sebbene segnato da evidenti tratti oligopolistici, è di tipo concorrenziale e la stessa concessionaria pubblica vi opera secondo logiche competitive. Le spetta, è vero, un canone, pagato da tutti i possessori di apparecchi radiotelevisivi (la cui legittimità è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con la sent. n. 284 del 2002), ma tale canone è a copertura dei numerosi oneri di servizio pubblico, che gravano sulla RAI e non sugli operatori privati, oneri come quelli previsti dagli artt. 45 e 46 T.U. e quelli sanciti nel Contratto di servizio, che regola i rapporti fra la concessionaria e il concedente (il Ministero dello sviluppo economico). La sua posizione, dunque, è differenziata.

⁷⁸ V. le sentt. nn. 420 del 1994; 155 del 2002; 284 e 466 del 2002; 151 del 2005; 69 del 2009; 210 del 2015.

Diverse, almeno per alcuni profili, sono anche le posizioni delle varie categorie di emittenti private. La Corte costituzionale, infatti⁷⁹, ha ritenuto legittima l'imposizione di tetti di affollamento pubblicitario diversi per le emittenti a pagamento e per quelle in chiaro, perché *"mentre le prime ricavano introiti dagli abbonamenti sottoscritti dai telespettatori, le seconde non beneficiano di una siffatta fonte di finanziamento diretto e devono finanziarsi con le entrate della pubblicità televisiva o mediante altre fonti [...] Le emittenti televisive a pagamento si pongono, pertanto, in una situazione oggettivamente diversa da quella delle emittenti in chiaro"*.

II.2.3. Gli altri mezzi di manifestazione del pensiero.

Il travolgente sviluppo tecnologico di questi ultimi anni ha posto il problema dell'assoggettamento anche dei nuovi *media* (in particolare della rete) a regole analoghe a quelle inizialmente concepite per la stampa. È stato scritto esattamente che è *"inconcepibile qualsiasi descrizione del cosiddetto cyberspazio come un «luogo» refrattario alle regole di diritto"*⁸⁰. Sono infatti teoricamente (e praticamente) inconsistenti le posizioni che negli ultimi anni hanno cercato di escludere ogni limitazione dei diritti in rete, nella prospettiva della costruzione di una *"comunità"* pienamente libera. Si tratta di posizioni che oggi sono recessive, ma che vanno comunque ricordate e contestate, perché ogni tanto riemergono, anche solo nella forma di manifestazioni di insofferenza nei confronti della regolazione pubblica del settore.

L'idea di fondo dalla quale tali posizioni muovevano era quella che la rete, in quanto spazio *immateriale*, non solo potesse, ma dovesse sottrarsi alla potestà pubblica esercitata nello spazio *materiale* occupato dagli Stati. Solo mettendola al riparo dall'ingerenza del potere pubblico, si diceva, la rete avrebbe sviluppato tutta la capacità creativa dei suoi utenti e sarebbe stata preclusa ogni interferenza nel processo costitutivo dell'opinione pubblica. Non solo. Si aggiungeva che la rete sarebbe stata per sua natura democratica e che per questo sarebbe stata necessaria la sua massima apertura, mentre i controlli e le limitazioni ne avrebbero compresso le potenzialità. Entrambi questi postulati erano infondati e sono stati smentiti dall'esperienza.

Il primo (che una rete totalmente libera avrebbe potuto realizzare un positivo processo di formazione dell'opinione pubblica) non considerava che una parte consistente degli utenti è molto vulnerabile e recepisce acriticamente le notizie che indiscriminatamente arrivano dal *web*, ivi comprese quelle destituite di fondamento, che ormai si è soliti chiamare *fake news*. Il problema, è chiaro, si pone anche per la carta stampata, per la radio, per la televisione (elenco questi mezzi in un crescendo di efficacia e quindi - fatalmente - di insidiosità), ma nel caso della rete tale problema si rivela più complesso, perché il mezzo è particolarmente pericoloso.

L'altro postulato (che la rete sia una sorta di piazza democratica da lasciare, per questo, intatta nella sua dimensione di libertà) è esso pure fallace. Le potenzialità democratiche della rete sono evidenti e la sua presenza è un arricchimento essenziale del pluralismo. Così come accade per un istituto partecipativo qual è il *referendum*, però, non si devono scaricare sulla rete aspettative eccessive. Le democrazie pluralistiche contemporanee sono troppo complesse per non essere strutturate sulla base del principio rappresentativo e gli istituti di partecipazione possono integrare, ma giammai sostituire quelli della rappresentanza. Anche la rete, come il *referendum*, può essere un utile (anzi, a mio avviso, oggi indispensabile) completamento della rappresentanza, della quale tempera le rigidità e le inerzie, ma non può essere esaltata come *"il"* luogo della democrazia in contrapposizione al luogo della (sola) mediazione.

⁷⁹ V. la sent. n. 210 del 2015.

⁸⁰ P. COSTANZO, 2000, 369.

Si deve osservare, infatti, che *agorá* fisica e *agorá* telematica non si equivalgono. La democrazia diretta (quella dell'*agorá*, appunto) si fonda sul comune interesse per la cosa pubblica, ma perché il sistema funzioni questo interesse va dimostrato con un impegno meno passivo della digitazione su una tastiera. Inoltre (l'osservavo già vari anni addietro e qui ribadisco quelle considerazioni⁸¹), alcune caratteristiche tecniche e strutturali della votazione telematica rendono impossibile l'equiparazione.

Quanto alle caratteristiche tecniche, vanno citate almeno: 1) la necessità di un'alfabetizzazione informatica che non è ancora universale (il fenomeno del *digital divide* è ancora diffuso); 2) la mancanza di garanzia della segretezza, della personalità e della libertà del voto (cioè delle tre caratteristiche previste dall'art. 48 Cost.); 3) la possibilità di decidere – come si suol dire – in tempo reale, che in genere fa deliberare su questioni non ancora sufficientemente meditate e discusse.

Quanto alle caratteristiche strutturali, vanno citate almeno: 1) l'impossibilità di riconoscere a tutti i partecipanti alla discussione pubblica non solo la facoltà di intervenire, ma anche quella di essere ascoltati, nonché un effettivo diritto di emendamento; 2) la necessità che alla comunità di discussione siano poste domande, con la conseguente difficoltà di identificare un criterio aperto e democratico di identificazione del soggetto legittimato a farlo; 3) la possibile distorsione del processo formativo dell'opinione pubblica che viene dalla scelta del momento in cui una certa domanda è posta e del modo in cui lo si fa ("*toute formulation est déformante justement parce que formulée*" ha detto esattamente Jean-Marie Denquin⁸²); 4) la necessità di interpretare le decisioni o le opinioni manifestate attraverso la rete, che postula, anche qui, l'identificazione di una *élite* politica. In realtà, la metafora della piazza elettronica non è convincente, perché la metafora esatta per descrivere la rete è semmai quella della foresta. Nei meandri della foresta ci si nasconde (non a caso, chi sostiene la tesi della libertà assoluta della rete esalta la necessità di garantire l'anonimato); nella piazza ci si manifesta, pienamente, "in pubblico".

Infondati i postulati di partenza, infondata la tesi: la libertà nella rete non può essere assoluta, ma va disciplinata. E disciplinamento significa limite, significa ordine. In mancanza, la condizione nella quale la rete si trova è quella dell'anarchia. E la gravità di tale condizione non è forse chiara solo a chi non abbia presente la tradizione del pensiero politico occidentale, che sin dalle origini ha visto proprio nell'anarchia e nel dis-ordine i nemici contro i quali combattere prioritariamente (basta pensare a San Tommaso, a Bartolo da Sassoferrato, a Baldo degli Ubaldi, agli stessi monarcomachi, etc.). Come è possibile sostenere, se non si vuole rovesciare tutta questa tradizione, che l'anarchia sia un bene da proteggere?

La posizione estrema qui criticata, che non ha quasi più udienza nella discussione pubblica, ha comunque lasciato un'eredità indiretta, che diventa visibile tutte le volte in cui ogni nuova forma di regolazione, fosse pure ragionevole, se non addirittura blanda, come quella della Direttiva sul diritto d'autore o quella della Direttiva sulla protezione dei dati personali, viene accompagnata da una sorta di sollevazione dei "naviganti", o almeno di una loro minoranza particolarmente rumorosa. Naviganti che, peraltro, hanno interessi pericolosamente e talora inconsapevolmente coincidenti con quelli di alcuni grandi operatori del mercato, che hanno una forza economica immensa e una dimensione planetaria, agevolata dalla stessa struttura della rete.

È in questo quadro, non molto ospitale, che si è mosso il legislatore. L'ha fatto, però, con interventi solo parziali e senza adottare quella normativa generale che le trasformazioni

⁸¹ M. LUCIANI, 2005, spec. 115 ss.

⁸² J.-M. DENQUIN, 1976, 274.

tecnologiche avrebbero imposto. Ed è stato fatale che, senza un intervento legislativo di sistema, si sia dovuta muovere la giurisprudenza. Il segno più evidente, a mio avviso, è la tendenziale assimilazione del regime giuridico dei nuovi *media* a quello dei vecchi. Faccio solo alcuni esempi.

Il primo è quello, già visto, dell'affermazione che le *"manifestazioni del pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica, ivi comprese quelle oggetto di articoli giornalistici pubblicati sul web"*, godono delle garanzie dell'art. 21 Cost. (Cass. pen., Sez. Un, 17 luglio 2015, n. 31022, cit.).

La giurisprudenza, poi, ha stabilito che *"La testata giornalistica telematica, funzionalmente assimilabile a quella tradizionale in formato cartaceo, rientra nella nozione di «stampa» di cui alla L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 1 [...]. Essa, pertanto, non può essere oggetto di sequestro preventivo in caso di commissione del reato di diffamazione a mezzo stampa, in quanto si tratta di prodotto editoriale sottoposto alla normativa di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività di informazione professionale diretta al pubblico"* (Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2019, n. 27675, ma già prima Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2015, n. 31022, cit.).

All'opposto, *"non rientrano in tale ambito i nuovi mezzi di manifestazione del pensiero destinati ad essere trasmessi in via telematica quali forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list e social network, che, pur essendo espressione del diritto di manifestazione del pensiero, non possono godere delle garanzie costituzionali relative al sequestro della stampa"* (così le due sentenze appena citate, ma anche Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2018, n. 21521; Cass. pen., Sez. V, 20 marzo 2019, n. 12546, etc.).

Estensione della disciplina dei *media* tradizionali, dunque, ma, come si vede bene anche solo da questi pochi esempi, estensione solo fin dove l'analogia fra i nuovi e i vecchi lo consente.

Ma torniamo al legislatore. Mancanza di una legge generale non vuol dire totale inerzia. Il legislatore, infatti, ha disciplinato alcuni aspetti del fenomeno e sulla base delle norme di legge così adottate è intervenuta anche l'Autorità di settore. Soprattutto due sono stati i settori di intervento.

Il primo è quello della riservatezza, ma non mi soffermo sul punto perché lo si è già trattato nella ricerca del 2018⁸³.

Il secondo quello della c.d. pirateria. I dati a nostra disposizione sono impressionanti. Come si legge nell'*Indagine 2017* (ma presentata il 10 luglio 2018) sulla pirateria audiovisiva in Italia condotta dalla FAPAV (Federazione per la Tutela dei Contenuti Audiovisivi e Multimediali), nonostante qualche segnale di decrescita del fenomeno, il nostro Paese ha il dubbio privilegio di essere tra quelli in cui esso è più esteso. Ricordo solo qualche numero: 631.000.000 di atti di pirateria compiuti; il 30% della popolazione italiana adulta coinvolto; il 33% addirittura se ci limitiamo alla pirateria digitale; oltre un miliardo di euro di danni per le aziende.

Sono dati, appunto, impressionanti. Ed è bene non soffermarsi solo sul pregiudizio economico per le imprese (che comunque, ovviamente, non va trascurato). Sono infatti in giuoco anche diritti ancor più delicati: per un verso, si stima una perdita di posti di lavoro pari a 5.700 unità; per l'altro, il pregiudizio per le aziende è anche e soprattutto pregiudizio per gli autori, il cui diritto non viene adeguatamente remunerato. È in discussione, dunque, il diritto al lavoro, in molteplici forme, visto che - come è noto - il diritto d'autore altro non è che la remunerazione del lavoro di chi ha prodotto un'opera dell'ingegno.

A fronte di questo, il legislatore, come detto, non ha adottato una disciplina organica, ma, comunque, ha adottato una pluralità di norme regolatrici. In una recente, significativa,

⁸³ M. LUCIANI, 2018a, *passim*.

sentenza del giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993) sono state elencate le fonti primarie che consentono all'autorità amministrativa indipendente di settore (l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo - AGCOM) di adottare norme regolamentari di contrasto alla pirateria. Il Consiglio di Stato elenca le seguenti:

- a) la l. 31 luglio 1997, n. 249 (recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", "il cui art. 1 (dedicato all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), co. 6, lett. b), n. 4-bis, dispone che «Le competenze dell'Autorità sono così individuate: (...) la commissione per i servizi e i prodotti: (...) svolge i compiti attribuiti dall'articolo 182-bis della L. 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni»");
- b) la l. 22 aprile 1941, n. 633 (recante "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio"), "il cui art. 182-bis [...] dispone in ordine alle funzioni di vigilanza dell'Autorità, da esercitare in coordinamento con la SIAE [Società Italiana degli Autori ed Editori], volte a prevenire infrazioni alle norme in tema di diritto d'autore". A questo proposito, la sentenza precisa che la mancata indicazione di internet nella norma non è rilevante, sia perché questa è risalente nel tempo, sia perché è palese che "né la norma medesima né altre indicano l'esistenza di «zone franche» entro le quali il diritto d'autore non gode di tutela e protezione";
- c) il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (recante "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico"), "i cui artt. 14, co. 3 (in tema di responsabilità nell'attività di semplice trasporto-mere conduit), 15, co. 2 (in tema di responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea-caching) e 16, co. 3 (in tema di responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni-hosting), ripetono identicamente - così iterando il concetto - che «L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui (...), impedisca o ponga fine alle violazioni commesse», chiaro essendo che in tale contesto per autorità amministrativa dotata di funzioni di vigilanza debba intendersi l'Autorità [per le garanzie nelle comunicazioni]" e "il cui art. 17, co. 3 (in tema di assenza dell'obbligo generale di sorveglianza), nel dire quando il prestatore di servizi è civilmente responsabile, indica il caso in cui lo stesso sia richiesto dall'autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza, in tal guisa ribadendo per implicito che essa è dotata di correlati poteri inibitori";
- d) il d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (recante "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici"), "i cui artt. 3 (in tema di principi fondamentali) e 32-bis (in tema di protezione dei diritti d'autore) dispongono, rispettivamente: d.1) che «Sono principi fondamentali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia la (...) tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale (...);»; d.2) che (co. 2) «I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare: (...) si astengono dal trasmettere o ritrasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca» e (co. 3) «L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo»";
- e) la l. 14 novembre 1995, n. 481 (recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità"), "il cui art. 2, co. 5, dispone tra l'altro che «Le Autorità (...) sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza», così di fatto - col parlare di potere di «regolazione»

- *sancendo la loro attribuzione di funzioni dispositive sia meramente amministrative (ad esempio, atti amministrativi generali) sia più propriamente normative (i.e., regolamenti)*".

Tutto questo complesso di norme, ha concluso il giudice amministrativo, in una con la presenza dei "c.d. poteri impliciti (anche) delle autorità quali quella di cui qui si tratta", legittima gli interventi regolatori dell'AGCOM (sebbene non le conferisca espressamente anche poteri sanzionatori specifici, diversi da quelli generali che puniscono l'inosservanza degli ordini dell'Autorità), interventi la cui finalità è la tutela di un diritto, come quello d'autore, cui l'ordinamento riconosce specifica protezione.

III. I principali indirizzi giurisprudenziali.

Molte importanti pronunce giudiziali sono già state menzionate nelle pagine precedenti. Era inevitabile, del resto, che così fosse, perché non avrebbe avuto senso esporre la disciplina normativa senza allo stesso tempo fare almeno qualche cenno all'interpretazione ch'essa aveva ricevuto nell'applicazione giurisprudenziale. Ora, però, è necessario soffermarsi su quegli arresti che hanno toccato il tema della libertà di espressione nei suoi aspetti più generali e di sistema. Partiamo dalla giurisprudenza costituzionale per poi esaminare quella dei giudici comuni.

III.1. La giurisprudenza costituzionale.

III.1.1. Libertà di espressione, pluralismo e democrazia nella giurisprudenza costituzionale.

Sembra indispensabile prendere le mosse dalla concezione che la giurisprudenza costituzionale ha elaborato quanto ai rapporti fra libertà di espressione (e il diritto di informare e di essere informato, che la giurisprudenza ne ha da sempre desunto⁸⁴), pluralismo e democrazia. Sin dall'inizio la Corte costituzionale ha qualificato il diritto di manifestazione del pensiero come "fondamentale" e ha messo in luce quel collegamento con il pluralismo democratico del quale abbiamo già parlato al par. II.1.4.

Per la sent. n. 9 del 1965, *"la libertà di manifestazione del pensiero è, tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle [...] che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale"*. La sent. n. 18 del 1966 mette in luce l'*"importanza nella vita sociale della stampa"*. La sent. n. 11 del 1968 afferma che la manifestazione del pensiero è *"un diritto [...] coesistente al regime di libertà garantito dalla Costituzione"* e che *"la libertà della stampa periodica [...] è condizione essenziale di quel libero confronto di idee nel quale la democrazia affonda le sue radici vitali"*. La sent. n. 84 del 1969 qualifica la libertà di espressione *"pietra angolare dell'ordine democratico"*. La sent. n. 122 del 1970 rileva l'*"importanza del ruolo della stampa in un regime democratico"*. La sent. n. 105 del 1972 dice che l'art. 21 Cost. è *"uno dei principi caratterizzanti del vigente ordinamento democratico"* e che la stampa è un *"mezzo di diffusione tradizionale e tuttora insostituibile ai fini dell'informazione dei cittadini e quindi della formazione di una pubblica opinione avvertita e consapevole"*. Per la sent. n. 172 del 1972, la libera manifestazione del pensiero è *"fondamento della democrazia"*, mentre *"la stampa, considerata come essenziale strumento di quella libertà, deve essere salvaguardata contro ogni minaccia o coartazione, diretta o indiretta"*. Per la sent. n. 199, sempre del 1972, *"uno Stato democratico [...] non solo consente la critica alle istituzioni vigenti, ma anzi da essa trae alimento per assicurare, in una libera dialettica delle idee, l'adeguamento del medesimo ai mutamenti intervenuti nella coscienza sociale"*. Per la sent. n. 106 del 1975, la manifestazione del pensiero è un *"cardine del regime di democrazia garantito dalla Costituzione"* e la stampa uno strumento essenziale di quella libertà. Per la sent. n. 126 del 1985, la manifestazione del pensiero è un *"cardine di democrazia nell'ordinamento"*. Per la sent. n. 138 del 1985, la manifestazione del pensiero è *"il più alto, forse"* dei diritti fondamentali. La sent. n. 112 del 1993 ha detto che l'art. 21 Cost. *"colloca la predetta libertà tra i valori primari, assistiti dalla clausola dell'inviolabilità (art. 2 della Costituzione), i quali, in ragione del loro contenuto, in linea generale si traducono direttamente e immediatamente in diritti soggettivi dell'individuo, di carattere assoluto"*. La sent. n. 29 del 1996 (preceduta dalla sent. n. 348 del 1990 e seguita dalle sentt. nn. 312 del 2003 e 206 del 2019) ha detto che l'informazione costituisce *"non tanto una materia, quanto «una*

⁸⁴ Sentt. nn. 105 del 1972; 202 del 1976; 148 del 1981; 826 del 1988; 112 del 1993.

condizione preliminare» per l'attuazione dei principi propri dello Stato democratico". La sent. n. 155 del 2002 ricorda "«l'imperativo costituzionale» che «il diritto all'informazione», garantito dall'art. 21 della Costituzione, venga qualificato e caratterizzato, tra l'altro, sia dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie - così da porre il cittadino in condizione di compiere le proprie valutazioni avendo presenti punti di vista e orientamenti culturali e politici differenti - sia dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti, sia infine dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata". La sent. n. 118 del 2015, nonostante questo collegamento fra manifestazione del pensiero e democrazia, precisa che "è giuridicamente erroneo equiparare il referendum consultivo a un qualsiasi spontaneo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero da parte di più cittadini, coordinati tra loro", perché "Il referendum è uno strumento di raccordo tra il popolo e le istituzioni rappresentative".

Tutto questo lungo percorso è stato sintetizzato, da ultimo, dalla recentissima sent. n. 206 del 2019, in materia di contributi finanziari all'editoria. La Corte costituzionale ha negato ch'essi siano dovuti, ma ha riconosciuto che la necessità di simili contributi potrebbe legarsi soprattutto al "secondo comma dell'art. 3 Cost., il quale impone di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»". E se la Corte è giunta a conclusione negativa è stato solo perché "tale esigenza non sussiste nel caso in esame, in cui i presidi offerti dall'ordinamento a tutela del pluralismo informativo e del mercato risultano idonei ad assicurare tale valore, cosicché la garanzia del pur fondamentale diritto in questione non impone l'intervento finanziario dello Stato", così chiarendo che il pluralismo, laddove fosse necessario, dovrebbe essere non solo ammesso, ma anche concretamente sostenuto dall'intervento pubblico.

Prima di risolvere in questo modo il caso sottoposto al suo esame, comunque, la Corte ha ripercorso - come si accennava - le proprie affermazioni generali sulla libertà di espressione, in particolare per quanto concerne il suo rapporto con il principio democratico, confermando i principi già enunciati. Così, ad esempio, ha detto che "la libertà di manifestazione del pensiero, di cui è espressione la libertà di stampa, costituisce un valore centrale del nostro sistema costituzionale"; ha messo in luce "il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e regime democratico"; ha ribadito la centralità della libertà di informazione, confermando che "in mancanza di una specifica disciplina costituzionale dell'informazione, la giurisprudenza costituzionale ha poi sempre ricondotto il relativo diritto nell'ambito di tutela della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero"; ha precisato che il diritto all'informazione "va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale", con la conseguenza dell'"imperativo costituzionale che il «diritto all'informazione» garantito dall'art. 21 Cost. sia qualificato e caratterizzato dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie"; ha riconosciuto la "necessità dell'effettiva garanzia del pluralismo", anche "quale condizione preliminare per l'attuazione dei principi propri dello Stato democratico".

Il valore del pluralismo è così elevato che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime varie norme che, in un modo o nell'altro, lo comprimono. Anche qui basterà riportare un paio di esempi.

Il primo è quello della sent. n. 87 del 1966, che ha dichiarato illegittimo l'art. 272, comma 2, del codice penale, che vietava la propaganda antinazionale). Come ricorda la più recente sent. n. 243 del 2011, che ne ha condiviso il ragionamento, l'ha fatto "sulla base della considerazione che «il sentimento nazionale» costituisce soltanto un dato spirituale che, sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle

idealità, sicché la relativa propaganda – non indirizzata a suscitare violente reazioni, né rivolta a vilipendere la nazione o a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la Patria, od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti – non poteva essere vietata senza che si profilasse il contrasto con la libertà di cui all'articolo 21 della Costituzione”.

Il secondo è quello della sent. n. 189 del 1987, che ha dichiarato illegittimi gli artt. 1 e 3 della l. 24 giugno 1929, n. 1085, in riferimento al divieto di esporre le bandiere di altri Stati, salva l'autorizzazione delle “*autorità politiche locali*”). Si trattava di una norma fascista, che aveva fatto seguito al r.d.l. 24 settembre 1923, n. 2072, il quale già aveva stabilito che nelle cerimonie pubbliche la bandiera nazionale avesse sempre la precedenza (art. 6), e che l'esposizione di bandiere estere fosse vietata “*se non accompagnate alla bandiera italiana, che occuperà sempre il posto d'onore*” (art. 7). La Corte ha motivato la declaratoria di incostituzionalità osservando che “*dal 1929 ad oggi è notevolmente modificato il significato dei simboli, emblemi e bandiere*”. Mentre prima si intendeva simboleggiare la sovranità nazionale come portatrice di un'unica ideologia, ora le bandiere “*designano simbolicamente un certo Paese, l'identità d'un determinato Stato e, se mai, anche l'ideologia che la maggioranza del popolo di quest'ultimo accetta e propone al confronto internazionale*”. Poiché lo Stato non ha da “*imporre valori propri*”, “*le bandiere valgono soltanto quale simbolo identificatore d'un determinato Stato e, se mai, di precisi, inconfondibili ideali dai quali muove il popolo e, conseguentemente, la sua sovranità*”. In questo scenario, la repressione penale dell'esposizione di bandiere estere non ha più senso⁸⁵.

A me sembra, in definitiva, che il percorso seguito dalla nostra Corte l'abbia condotta a posizionarsi fra l'indirizzo tendenzialmente individualista americano (che sottolinea l'importanza della concorrenza fra diverse opinioni, cioè il *free market of the ideas*) e l'indirizzo tendenzialmente funzionalista tedesco, in cui si sottolinea il ruolo sociale della stampa, la sua importanza per la formazione dell'opinione pubblica, per la *Bildung der öffentlichen Meinung*. Un posizionamento, questo, che peraltro risulta in armonia con quello seguito anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale da tempo ha affermato, riferendosi alla società democratica, che “*La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun*” (sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*), ma che non sembra aver piegato la libertà di espressione alle esigenze di funzionalità del sistema.

III.1.2. I limiti alla libertà di espressione nella giurisprudenza costituzionale.

A fronte delle importanti affermazioni di principio che abbiamo riportato nel paragrafo precedente sarebbe lecito attendersi una giurisprudenza costituzionale molto garantista, che contenga al massimo le ipotesi di legittima limitazione della libertà di espressione, dettando un elenco assai ristretto di limiti ad essa opponibili. Non è così, invece, perché quell'elenco è molto lungo. La Corte, infatti, ha ritenuto che, oltre al limite generale del buon costume, espressamente previsto in Costituzione, come abbiamo visto⁸⁶, si possano e debbano opporre alla libera manifestazione del pensiero almeno questi: la sicurezza pubblica (sentt. nn. 1 del 1956; 65 del 1970); l'esigenza di prevenzione dei reati (sentt. nn. 1 del 1956; 120 e 121 del 1957; 38 del 1961); la tranquillità pubblica (sentt. nn. 33, 120 e 121 del 1957) e la pubblica quiete (sent. n. 38 del 1961); “*la tranquillità, il riposo, il decoro delle persone, la sicurezza della viabilità, la tutela dei monumenti, dell'estetica cittadina e del paesaggio*” (sent. n. 138 del 1985); l'ordine pubblico (sentt. nn. 120 del 1957; 19 del 1962; 25 del 1965; 87 del 1966; 199 del 1972; 15 del 1973; 210 del 1976; 138 del 1985; 112 del 1993); l'esigenza di impedire la ricostituzione del partito fascista (sentt. nn. 1 del 1957; 74 del 1958); la giustizia (sentt. nn. 25 del 1965; 18 del

⁸⁵ Sulla vicenda. M. LUCIANI, 2018b, 124 ss.

⁸⁶ V. sentt. nn. 9 e 25 del 1965; 120 del 1968; 49 del 1971.

1966; 1 e 18 del 1981; 196 del 1987); la sicurezza dello Stato, *"riferita alla tutela della esistenza, della integrità, della unità, della indipendenza, della pace e della difesa militare e civile dello Stato"* (sent. n. 25 del 1965); la tutela dei minori, agganciata in genere al limite del buon costume (sentt. nn. 9 e 25 del 1965; 16 del 1981); la dignità e la reputazione degli imputati (sent. n. 18 del 1966); il metodo democratico, che richiede *"il rispetto della sovranità popolare affidata alle maggioranze legalmente costituite, e la tutela dei diritti delle minoranze, e l'osservanza delle libertà stabilite dalla Costituzione"* (sent. n. 87 del 1966); l'ordine economico (sent. n. 87 del 1966) e l'economia pubblica (sentt. nn. 123 del 1976; 73 del 1983); il diritto all'immagine quale espressione del *"decoro, dell'onore, della rispettabilità, della riservatezza, dell'intimità e della reputazione altrui"* (sentt. nn. 122 del 1970; 38 del 1973 e, con qualche differenza, 86 del 1974); la sicurezza della viabilità, la tutela dei monumenti, l'estetica cittadina, il paesaggio (sentt. nn. 129 del 1970; 89 del 1979; 138 del 1985); la difesa della patria (sentt. nn. 16 del 1973; 31 del 1982); il prestigio dell'ordine giudiziario (sent. n. 100 del 1981); il prestigio del Governo, dell'ordine giudiziario e delle forze armate (sent. n. 20 del 1974); il sentimento religioso (sent. n. 188 del 1975).

Questa lunghissima lista di limiti potrebbe far pensare che le belle affermazioni di principio riportate in precedenza non siano altro che formule di stile, vuote dichiarazioni prive di effettivo contenuto precettivo. In effetti, qualche volta la giurisprudenza costituzionale (specie quella più antica) ha finito per estendere i limiti alla libertà di espressione ben oltre la lettera dell'art. 21 Cost. e l'intenzione dei Costituenti. Va ribadito, però, che, come accennato al par. II.1.3, la Corte ha poi dato una lettura di quei vari limiti compatibile con il pluralismo democratico, quando ha affermato che il limite del rispetto del *"comune sentimento della morale"* va inteso correttamente, cioè riferendosi *"non soltanto [a] ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea"*. Il che significa che la libertà di espressione deve rispettare un certo contenuto morale minimo, ma *"tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione [...]"* (sent. n. 293 del 2000). Non solo: limiti impliciti alla libertà di espressione possono essere solo quelli che si desumono direttamente dalla Costituzione e sono funzionali alla protezione di altri beni - appunto - costituzionali, restando invece preclusa al legislatore l'introduzione di limiti ulteriori discrezionalmente individuati⁸⁷.

III.2. La giurisprudenza comune.

La giurisprudenza comune, ordinaria e amministrativa, ha raggiunto approdi non dissimili da quelli indicati dalla giurisprudenza costituzionale, anche in questo caso attraverso un'evoluzione che ha portato da posizioni più restrittive a posizioni via via più liberali.

III.2.1. Libertà di espressione, pluralismo e democrazia nella giurisprudenza comune.

Quanto al collegamento fra libertà di espressione e democrazia, esso è stato riconosciuto anche nella giurisprudenza ordinaria⁸⁸. Così, ad esempio, è stato affermato che la libertà di espressione è *"tutelata come fondamento di ogni ordinamento democratico"* (Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2006, n. 22527); che *"il diritto alla completa e obiettiva informazione del cittadino è presupposto di correttezza del confronto politico su cui si fonda l'ordinamento democratico"*, precisando che *"in coerenza con i principi fondamentali di solidarietà sociale, di effettiva partecipazione democratica all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, e di contributo di ogni cittadino al progresso materiale e spirituale della società, è riconosciuta la libertà"*

⁸⁷ M. MANETTI, 2006, 796.

⁸⁸ Da ultimo, Cass. civ., Sez. III, 5 novembre 2018, n. 28084.

di manifestazione del pensiero, anche critico, posto che uno Stato democratico non solo consente la critica, ma da essa trae alimento per assicurare, nella libera dialettica delle idee, l'adeguamento istituzionale ai valori portanti della coscienza sociale" (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 giugno 2012, n. 1300); che *"la libertà di espressione e di critica, garantita dall'art. 21 Cost., costituisce uno dei cardini della democrazia ed è uno dei più potenti fattori dello sviluppo culturale dei cittadini italiani; quando essa poi si rivolge a strutture che operano in un delicato settore pubblico, come nel caso di specie [si trattava di articoli relativi al controllo delle nascite], la critica costituisce uno strumento di controllo democratico indispensabile"* (Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2008, n. 19405).

In particolare, s'è detto che il diritto di critica deve essere considerato fondamentale: *"escludere [...] il diritto di critica significa anche fatalmente escludere la possibilità di svolgimento della normale vita democratica (in ogni campo e precipuamente in campo politico) di una nazione"* (Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2008, n. 12420). La giurisprudenza della Corte di cassazione, peraltro, ha precisato che alcune limitazioni sono *"riservate a quelle specifiche forme di manifestazioni di pensiero, come [...] la diffusione ed il commento professionali di notizie od informazioni, indispensabili per la formazione della pubblica opinione in una moderna società democratica, quali giustificazione stessa o contrappeso della particolare responsabilità loro richiesta ed imposta"* (Cass. civ., Sez. Un., 18 novembre 2016, n. 23469).

Si è così confermato che la concezione funzionalista della libertà di manifestazione del pensiero, senz'altro da rigettare per la generalità delle sue forme di esercizio, può assumere un qualche rilievo quando vengono in considerazione alcune sue modalità particolari. Osservazione, questa, che riguarda anzitutto la cronaca giornalistica, la quale *"si coordina con la necessità di garantire, quale connotato essenziale e caratteristico di un regime democratico, l'accesso del pubblico a tutte le fonti di informazione idonee ad incidere sullo sviluppo culturale e morale dei singoli e dei gruppi e ad assicurare la libera formazione del loro orientamento politico e sociale"* (Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 1996, n. 982).

III.2.2. I limiti alla libertà di espressione nella giurisprudenza comune.

Anche nella giurisprudenza comune si è ribadito che la libertà di espressione non è senza limiti, nemmeno in uno Stato democratico.

In via del tutto generale (e per fare solo qualcuno dei moltissimi esempi possibili), è stato ribadito che deve essere tenuto *"fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali"* (Cass. pen., Sez. V, 22 luglio 2019, n. 32862) e che *"La libertà di manifestazione del pensiero non può esercitarsi in modo tale da mettere a repentaglio i valori su cui si fonda lo Stato democratico, né in contrasto con principi espressamente sanciti o impliciti nella Costituzione"* (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 giugno 2012, n. 1300). In una sentenza del giudice amministrativo di primo grado, che vale la pena di riportare con qualche ampiezza, in particolare, è stato poi scritto che: a) *"come ogni libertà, anche quella di parola e di opinione deve sempre coniugarsi con la responsabilità, per cui la libertà di espressione va esercitata nei limiti di legge e non può mai travalicare i confini del rispetto per le opinioni diverse dalla propria, per i cittadini e per le istituzioni"*; b) *"in nessun Paese democratico è consentito utilizzare la libertà di parola per incitare alla commissione di reati [...]"*; c) *"ferme restando le libertà fondamentali, uno Stato democratico e sovrano non è certo un ente imbecille, per cui ha il diritto e il dovere di reagire, nelle forme di legge, ma anche con tutta la forza della legge, ogni qual volta vengano messi in discussione i principi basilari su cui si fonda ovvero ove sia in pericolo la stessa salus rei publicae"* (T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 28 ottobre 2013, n. 530).

Quel che più conta, però, è che andando più in profondo nell'identificazione in concreto dei limiti opponibili alla libertà di espressione, la giurisprudenza, in particolare della Corte di cassazione, ha disegnato quello che è stato definito il "decalogo" della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto di cronaca (un diritto che, ovviamente, *"non può essere considerato*

senza limiti": Cass. civ., Sez. III, 5 novembre 2018, n. 28084). In una storica sentenza, costantemente citata dalla giurisprudenza successiva, si è affermato che *"Vi è legittimo esercizio del diritto di cronaca soltanto quando vengano rispettate le seguenti condizioni; -A) la verità (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) delle notizie; verità che non sussiste quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato; ovvero quando i fatti riferiti siano accompagnati da sollecitazioni emotive ovvero da sottintesi, accostamenti, insinuazioni o sofismi obiettivamente idonei a creare nella mente del lettore (od ascoltatore) rappresentazioni della realtà oggettiva false (in tutto od in parte rilevante); -B) la continenza e cioè il rispetto dei requisiti minimi di forma che debbono caratterizzare la cronaca ed anche la critica (e quindi tra l'altro l'assenza di termini esclusivamente insultanti); -C) la sussistenza di un interesse pubblico all'informazione"*⁸⁹. Sono (per dirla con la recente ord. Cass. civ., Sez. lav., 7 settembre 2018, n. 21910, che conferma l'indirizzo ricordato) i ben noti *"criteri di continenza sostanziale, materiale e formale [...]"* (ove per continenza sostanziale si intende la verità della notizia, per continenza materiale l'interesse pubblico alla diffusione dell'informazione, per continenza formale la correttezza e civiltà della forma linguistica utilizzata come veicolo della cronaca stessa". Si badi: il semplice fatto di dire la verità non esclude la limitazione della libertà di cronaca e di critica: *"il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero che si specifichi nell'esercizio del diritto di critica ovvero di asserzione di verità deve, comunque, essere temperato con i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 Cost. [...], potendo il reato essere consumato anche propalando la verità, ed essendo sufficiente, ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo, la consapevolezza di formulare giudizi oggettivamente lesivi della reputazione della persona offesa"* (così la recentissima sent. Cass. pen., Sez. V, 30 luglio 2019, n. 34815).

Ebbene: criteri di questo genere, concepiti per disciplinare l'attività di operatori professionali del settore dell'informazione, in realtà si prestano a essere usati - con i dovuti aggiustamenti - nei confronti delle manifestazioni del pensiero anche dei comuni cittadini, perché la loro elaborazione fa leva su esigenze connesse a valori generali del sistema costituzionale, che reclamano non meno generale protezione.

⁸⁹ Cfr. Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259; Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2001, n. 15999; Cass. civ., Sez. III, 15 dicembre 2004, n. 23366; Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1205.

IV. Temi attuali: i “reati d’odio”; l’apologia di fascismo; il “politicamente corretto”.

Fra i temi di maggiore attualità nella discussione pubblica sulla libertà di espressione si segnalano soprattutto la questione dei c.d. “reati d’odio”, quella dell’apologia di fascismo e quella del “politicamente corretto”, della quale è un aspetto cruciale quella dello “storicamente corretto”. Vediamo, partitamente, tali questioni.

IV.1. I “reati d’odio”.

Anche l’ordinamento giuridico italiano conosce, da qualche anno, la fattispecie del “reato d’odio”. All’origine dell’evoluzione normativa degli ultimi tempi sta, come è noto, la *Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, la cui ratifica da parte dell’Italia è stata autorizzata con l. 13 ottobre 1975, n. 654 (“*Nell’ambito del nostro ordinamento interno, le disposizioni penali che puniscono le manifestazioni di discriminazione razziale prendono le mosse dalla ratifica della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, intervenuta con la legge 13 ottobre 1975, n. 654*”, si legge nella sent. Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906). È nel Preambolo di quella Convenzione, infatti, che gli Stati firmatari si dichiaravano “*allarmati dalle manifestazioni di discriminazione razziale che hanno ancora luogo in certe regioni del mondo e dalle politiche dei governi fondate sulla superiorità o sull’odio razziale, quali le politiche di «apartheid», di segregazione o di separazione*”, ed è all’art. 4 ch’essi si impegnavano a intervenire attivamente contro le manifestazioni di odio etnico o razziale.

Ai sensi dell’art. 4 della Convenzione, “*Gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s’ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell’articolo 5 della presente Convenzione*”. In particolare e più in concreto, l’art. 4 impegna gli Stati a “*dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull’odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento*” (lett. a); “*dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l’incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività*” (lett. b); “*non permettere né alle pubbliche autorità, né alle pubbliche istituzioni, nazionali o locali, l’incitamento o l’incoraggiamento alla discriminazione razziale*” (lett. c).

Come è agevole notare, si tratta di formule piuttosto generiche, che hanno bisogno d’essere riempite di contenuto. Alcune indicazioni, a questo proposito, vengono da documenti dell’OSCE - Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani (ODIHR). Così, nella “Guida pratica” intitolata “Perseguire giudizialmente i crimini d’odio” (OSCE, 2016), si afferma che “I reati ispirati dall’odio consistono in atti in sé penalmente rilevanti commessi a causa di un pregiudizio negativo nei confronti della vittima. Il termine «reato ispirato dall’odio» non definisce uno specifico reato, ma, piuttosto, descrive un concetto” (punto 2.1). E, soprattutto, si precisa che tali reati sono indirizzati ad appartenenti a gruppi specifici, oggetto - appunto - di pregiudizio. Il che spiega perché “la commissione di un furto a danno di persone benestanti

non configura un reato ispirato dall'odio. La ricchezza, infatti, non è una caratteristica che crea un'identità condivisa da un gruppo né costituisce la parte fondante ed essenziale dell'identità di una persona, come può dirsi invece della razza o della religione" (punto 2.1.3).

In questa sede interessano, tra i reati d'odio, specificamente quelli che sono commessi nell'esercizio della libertà di espressione. Il c.d. *hate speech*, infatti, ha per contenuto la manifestazione di un pensiero animato da un pregiudizio di gruppo. Come si legge sempre nel citato documento OSCE, la mera critica non basta a qualificare un'espressione come "discorso d'odio" e "La reazione dell'ordinamento giuridico ai discorsi d'odio richiede di essere attentamente bilanciata con il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di pensiero" (punto 2.2.1). Inoltre, "I reati concernenti i discorsi d'odio sono concettualmente diversi dai reati ispirati dall'odio, perché difettano del primo elemento della definizione di reato ispirato dall'odio: l'autonoma rilevanza penale del fatto" (punto 2.2.1): una cosa, infatti, sono il furto, il danneggiamento, la violenza fisica, etc., altra la manifestazione del disprezzo o dell'odio razziale, che possono condurre alla commissione di quei reati.

Tutti gli ordinamenti hanno sempre punito, oltre ai reati previsti dalle norme penali, anche la semplice istigazione a commetterli, ma qui il problema è diverso: non si tratta tanto di una *diretta* istigazione alla commissione di un determinato reato, ma della *indiretta* creazione di un "ambiente", di una "atmosfera" culturale, oggettivamente favorevoli alla commissione di reati contro gli appartenenti a un qualche gruppo sociale o razziale. Se i reati d'odio sono basati sul pregiudizio, è evidente che l'alimentazione del pregiudizio costituisce allo stesso tempo potenziale spinta alla commissione di quei reati. E qui sono importanti i c.d. "indicatori di pregiudizio", cioè - come si legge in un altro importante documento OSCE (la "Guida pratica" intitolata "Comprendere i crimini di odio di matrice antisemita e far fronte alle esigenze di sicurezza delle comunità ebraiche": OSCE 2017) - quei "fatti che suggeriscono che un crimine possa essere stato commesso in base ad una motivazione basata su pregiudizi". Tali indicatori "Forniscono criteri oggettivi in base ai quali vengono giudicati i possibili motivi pur non provando necessariamente che le azioni di chi ha commesso il reato erano motivate da pregiudizio" (All. 1).

Il terreno, però, a questo punto, si fa scivoloso, perché il confine tra la libera espressione di un pensiero critico e la manifestazione di un pregiudizio di gruppo è molto sottile. Certo, in alcuni casi la differenza è evidente: dire "sporco zingaro" o manifestare perplessità sulle condizioni igieniche di un campo nomadi sono cose che non hanno nulla a che vedere l'una con l'altra, ma nella pratica le cose non sono così semplici e anche la giurisprudenza maturatasi sul diritto positivo lo dimostra.

Nell'ordinamento italiano, già la l. n. 654 del 1975 (che, come abbiamo visto, ha autorizzato la ratifica della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*) aveva introdotto delle fattispecie di reato connesse all'odio razziale, ma essa è stata più volte modificata (a partire dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122). Oggi, la disciplina principale (dopo le modifiche apportate dal d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che ha introdotto anche un art. 604-ter cod. pen., contenente disposizioni sulle circostanze aggravanti e attenuanti), è dettata dall'art. 604-bis del codice penale ("Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa"). Esso stabilisce, al comma 1, che "*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:*

- a) *con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;*

b) *con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*".

Lo stesso articolo, poi, al comma 2, dispone che *"È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni"*.

Infine, al comma 3, stabilisce che *"Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale"*.

Queste previsioni sollecitano molti interrogativi, ma la questione essenziale riguarda la definizione dei confini delle varie fattispecie di reato. L'abbandono del terreno sicuro dell'induzione e dell'istigazione al reato (concetti anche questi equivalenti, perché *"istigazione altro non è che l'incitamento a commettere atti riprovevoli"*⁹⁰), infatti, rende il panorama molto incerto: mentre, molti anni addietro (prima - cioè - della l. n. 654 del 1975), il "discorso d'odio" poteva essere punito solo se si risolveva nella concreta induzione o istigazione alla commissione di un reato, oggi basta anche la semplice *"propaganda [di] idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico"* (si noti che "diffusione" e "propaganda" delle idee razziste sono considerate, dalla giurisprudenza, concetti equivalenti⁹¹). Occorre dunque precisare bene di cosa si tratta, se si vuole che il principio di legalità delle pene, previsto dall'art. 25, comma 2, Cost. (*"Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*⁹²), sia rispettato.

La giurisprudenza (maturatasi, invero, sulla disciplina anteriore a quella del d. lgs. n. 21 del 2018, sopra ricordato) ha affermato che *"ai fini della configurabilità del reato previsto dalla L. 13 ottobre 1975, n. 654, art. 3, comma 1, lett. a), prima parte, e successive modifiche, la «propaganda di idee» consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico ed a raccogliere adesioni, l'«odio razziale o etnico» è integrato non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori, e la «discriminazione per motivi razziali» è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, non - invece - sui suoi comportamenti"* (così la cit. sent. Cass. pen., Sez. V, 30 luglio 2019, n. 34815). Come si vede, l'ambito della fattispecie criminosa viene ridotto, richiedendosi l'effettivo pericolo della determinazione di comportamenti discriminatori. Occorre, insomma, la *"concreta pericolosità del fatto"* (Cass. pen., Sez. V, 22 luglio 2019, n. 32862).

Tuttavia, la medesima giurisprudenza, nell'identificazione della portata della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso, ha precisato ch'essa sussiste *"non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in*

⁹⁰ Così la cit. sent. Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906, che riprende la sent. Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 35781, essa pure cit.

⁹¹ Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 35781.

⁹² Sulla sua importanza, da ultimo, la sent. Corte cost., n. 115 del 2018.

cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, ma anche quando essa si rapporti, nell'accezione corrente, ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una razza". Insomma: l'aggravante deve essere riconosciuta anche in ragione della semplice "esternazione di una condizione di inferiorità o di indegnità, attribuita a soggetti determinati e fatta derivare all'appartenenza ad una determinata razza, con conseguente natura di pericolo dell'elemento circostanziale di cui alla L. n. 205 del 1993, art. 3, comma 1 [che conteneva previsioni analoghe a quelle dell'attuale art. 604-ter cod. pen.]" (così, ancora, la cit. sent. Cass. pen., Sez. V, 30 luglio 2019, n. 34815 e la cit. sent. Cass. pen., Sez. V, 22 luglio 2019, n. 32862). Il che significa che il *pericolo* è sempre necessario, ma in una forma davvero assai sfumata e quasi impalpabile. Quel che conta, in realtà, è soprattutto il *contesto* in cui le espressioni sospette di recare odio razziale sono manifestate: "l'interpretazione degli elementi normativi deve essere compiuta dal giudice tenendo conto del contesto in cui si colloca la singola condotta, in modo da assicurare il temperamento dei principi di pari dignità e di non discriminazione, con quello di libertà di espressione, e da valorizzare perciò l'esigenza di accertare la concreta pericolosità del fatto" (Cass. pen., Sez. III, 17 luglio 2019, n. 31314).

È dunque certo che "la libertà di manifestazione del pensiero cessa quando trasmoda in istigazione alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista", perché "l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi ha un contenuto fattivo di istigazione a una condotta che realizza un quid pluris rispetto alla mera manifestazione di opinioni personali" (Cass. pen., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 21409), ma l'incitamento e l'istigazione finiscono per essere *in re ipsa*. Quello di istigazione all'odio razziale, infatti, è "un reato di pura condotta, o di pericolo astratto, a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la propaganda siano o meno stati recepiti" (Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906, cit.).

In definitiva: l'ordinamento italiano sembra possedere strumenti piuttosto solidi per la repressione dell'odio razziale, a tutela di molti beni costituzionalmente rilevanti. Siamo di fronte, infatti, a reati plurioffensivi "in quanto sono almeno due i beni-interesse protetti: l'ordine pubblico inteso come diritto alla tranquillità sociale, e la dignità umana. Con una preminenza, tuttavia, che dottrina e giurisprudenza riconoscono al secondo. Due sono quindi i soggetti passivi: quelli che siano eventualmente singolarmente individuati nel caso concreto e l'intero gruppo etnico" (così ancora Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906, cit.).

IV.2. L'apologia di fascismo.

Abbiamo già visto al par. II.1.4. che la Costituzione italiana, profondamente segnata da una matrice antifascista, alla XII Disposizione finale e transitoria, vieta la ricostituzione del disciolto partito fascista. E abbiamo anche visto che la l. n. 645 del 1952, all'art. 5, vieta (quando si partecipa a "pubbliche riunioni") le "manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste". La questione, purtroppo, come in molti altri Paesi europei, è tornata d'attualità, perché significativi rigurgiti di nostalgia fascista si registrano anche da noi.

Si è anticipato che la portata precettiva dell'art. 5 della l. n. 645 del 1952 è stata assai ridotta da un indirizzo giurisprudenziale piuttosto restrittivo. La giurisprudenza, infatti, ha limitato l'applicabilità di questa norma sanzionatoria, affermando che questo è un "reato di pericolo concreto, che non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia [...] in sé, attese le libertà garantite dall'art. 21 Cost., ma soltanto ove le stesse possano determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento ed all'ambiente in cui sono compiute, attendendo concretamente alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori ad esso

sottesime”⁹³. Un indirizzo, questo, coerente con quello, più generale, secondo il quale occorre una *“chiara e specifica sottolineatura del discrimen fra istigazione concreta e tangibile a compiere i delitti oggetto della tutela stabilita dall’art. 414 cit. [si tratta dell’articolo del codice penale che sanziona l’istigazione a delinquere] e libertà di espressione”* (Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 7203), ma che a prima vista sembra incoerente con gli indirizzi maturatisi in materia di reati d’odio razziale, definiti come reati di pericolo *astratto* e non (come qui) *concreto*.

In realtà, la distanza fra i due indirizzi sembra poter essere colmata quando si passa a considerare non il reato previsto dall’art. 5 della l. n. 645 del 1952, ma quello previsto dall’art. 4 della stessa legge, che riguarda specificamente l’apologia di fascismo. Ivi si stabilisce, infatti, che:

- a) *“Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguente le finalità indicate nell’articolo 1 è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da euro 206 a euro 516”* (comma 1);
- b) *“Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche. Se il fatto riguarda idee o metodi razzisti, la pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da euro 516 a euro 1.032”* (comma 2);
- c) *“La pena è della reclusione da due a cinque anni e della multa da euro 516 a euro 2.065 se alcuno dei fatti previsti nei commi precedenti è commesso con il mezzo della stampa”* (comma 3);
- d) *“La condanna comporta la privazione dei diritti previsti nell’articolo 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del c.p., per un periodo di cinque anni”* (comma 4).

Ora, alcune pronunce sembrano aver molto avvicinato le manifestazioni esteriori del fascismo e l’incitazione all’odio razziale. Si legge, infatti, nella sent. Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2009, n. 25184, testualmente ripresa dalla cit. sent. Cass. pen., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 21409, che *“Il cosiddetto «saluto romano» o «saluto fascista» è una manifestazione esteriore propria o usuale di organizzazioni o gruppi indicati nel D.L. 26 aprile 1993, n. 122 [...] e inequivocabilmente diretti a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico”*. Se è così, sembra ragionevole ritenere che il razzismo debba considerarsi una componente essenziale del fascismo e che, dunque, le manifestazioni apologetiche del fascismo presuppongano *in sé* l’adesione a idee fondate sull’odio razziale o etnico.

Va da sé, comunque, che il problema non è certo risolvibile con la sola repressione penale e che la questione è, semmai, di educazione e di cultura storica. Solo un popolo smemorato, a me sembra, può avere nostalgia di un regime come quello fascista: come dimenticare (anche a voler trascurare la dura repressione interna degli oppositori) le centinaia di migliaia di ragazzi mandati a morire in una guerra per la quale l’Italia non era militarmente preparata e che ha perduto nonostante il loro sacrificio e i loro innumerevoli atti di eroismo (poco conosciuti dalla grande e distratta opinione pubblica internazionale, a dire il vero) compiuti su tutti i fronti, da El Alamein a Nikolajewka?

IV.3. Il “politicamente corretto”.

Nemmeno l’Italia è stata immune dall’ondata del “politicamente corretto”. Questo è un capitolo della storia delle democrazie (tutt’altro che chiuso, purtroppo), che meriterebbe un esame a sé, ma nell’economia di questo studio basterà limitarsi a qualche sommaria osservazione.

⁹³ Da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 2018, n. 8108; analogamente, Cass. pen., Sez. I, 7 luglio 2017, n. 28298; Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 2017, n. 11038, etc.

È indubbio che la correttezza nei toni è un presupposto del rispetto reciproco e che utilizzare un'espressione ingiuriosa per rivolgersi a una persona non è la stessa cosa che chiamarla per nome. Tuttavia, è difficile non condividere le preoccupazioni di chi ha lamentato che "Nous croulons sous les normes de contrôle social et les institutions de censure", che "Le premier réflexe face aux imperfections de la société est l'interdiction" e che "Désormais tout conflit, tout désaccord doit se terminer au tribunal"⁹⁴. Il diritto di non approvare gli stili di vita altrui e di dirlo in pubblico è intangibile e non si deve confondere la libertà di critica con l'attacco razzista fondato sul pregiudizio di gruppo. Né si capisce per quale mai ragione sia "bene" dire "non vedente" e "male" dire "cieco". Si tratta dell'importazione di modelli comportamentali nati oltreoceano e che là si spiegano assai bene: invece di risolvere in profondità le contraddizioni di una società complessa come quella statunitense, si cerca di lucidare la superficie del conflitto, obbligando tutti a una sorta di asettica indifferenza alle condizioni degli altri. Ma l'asetticità resta, appunto, in superficie, mentre le passioni ribollono nelle viscere del *melting pot* sociale.

Il massimo del rischio, poi, si corre quando si cerca di "mettere le mutande alla storia", come fece Daniele da Volterra, dopo il Concilio di Trento, con i nudi del Giudizio universale di Michelangelo nella Cappella Sistina. Mi riferisco a quelle che la dottrina francese ha chiamato *lois mémorielles*, verso le quali il *Conseil constitutionnel* ha mostrato una "désapprobation de principe"⁹⁵, e che consistono nell'imposizione di una *determinata* lettura della storia proibendo ogni lettura alternativa. Il fine perseguito da tali leggi, in genere, è condivisibile, consistendo nella lotta alle assurdità dei vari revisionismi storici, che negano, ad esempio, la Shoah, le foibe, l'eccidio della Divisione Acqui a Cefalonia o il genocidio armeno. Il mezzo, tuttavia, è discutibile. Lo è sul piano pratico, perché mai nessuna legge potrà impedire la formazione di convincimenti falsi, che solo l'educazione e lo studio possono prevenire. E lo è sul piano giuridico, perché una volta che si consente al legislatore di trasformare la storia in norma non si è più certi del limite sin cui la legge potrebbe spingersi. Abbiamo visto che l'art. 604-bis, comma 3, cod. pen., sanziona la propaganda, l'istigazione e l'incitamento commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, se "si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra [...]". Sarebbe opportuno non andare oltre, se si vuole evitare il rischio di un'eccessiva compressione della ricerca scientifica e della libertà di espressione.

⁹⁴ A.M. LE POURHIET, 2007.

⁹⁵ A.-C. FOIRRY, 2012, 156.

V. Conclusioni.

Quando si affronta il tema dei diritti costituzionali risulta centrale la questione del rapporto fra tali diritti e le condizioni storico-sociali della loro affermazione. Anche per quanto riguarda il caso specifico dell'Italia, il livello della protezione giuridica della libertà di espressione ha seguito puntualmente il livello di sviluppo dei rapporti sociali e il progresso (o il regresso) del pluralismo politico. Se ripercorriamo l'itinerario sinteticamente accennato all'inizio di queste pagine, infatti, è agevole cogliere il legame strettissimo fra processo di democratizzazione e ampliamento delle garanzie della libertà di espressione, così come la crisi in cui tale libertà entra nel momento in cui, con il fascismo, quel processo s'interrompe. La Costituzione introduce un radicale cambio di prospettiva anche rispetto al passato liberale prefascista, perché cambia completamente l'atteggiamento nei confronti del pluralismo: se il fascismo l'aveva apertamente osteggiato, perché contrario al principio della monolitica unità dello Stato, l'ordinamento liberale l'aveva quantomeno temuto, perché lo stimava capace di mettere in discussione il dominio della pubblica opinione da parte di un'omogenea classe borghese. La Costituzione segna un cambio di passo e vede nel pluralismo una risorsa, un elemento fondamentale della crescita del Paese, un volano fondamentale del suo sviluppo. E la piana conseguenza è che la libertà di espressione, che del pluralismo è condizione costitutiva, ha dovuto ottenere più forti e più chiare garanzie.

La condizione nella quale oggi ci troviamo non è delle più favorevoli per la libertà di espressione. Il malinteso buonismo del *politically correct* e i rigurgiti di fascismo, sia pure operando su fronti opposti, non offrono un ambiente ospitale per questa delicata libertà. Ma quel che maggiormente inquieta sono la semplificazione e l'imbarbarimento del dibattito pubblico determinati dall'uso sconsiderato dei nuovi *media*. La possibilità di partecipare a una discussione pubblica *worldwide* è così inebriante per tutti coloro che sino a pochi anni or sono non avrebbero avuto accesso nemmeno a un giornale di provincia che costoro passano facilmente dall'ebbrezza all'ubriachezza, credendo di poter dire la propria su tutto e su tutti, con toni perentori e ultimativi che chi li usa non potrebbe davvero permettersi. Dal canto suo, la classe politica, che aveva cominciato a usare *twitter*, *facebook* e quant'altro come strumenti di comunicazione rapida verso un pubblico più ampio possibile ha finito per farsi catturare dal mezzo utilizzato, perdendo qualunque capacità di elaborazione di un'analisi di ampio respiro e di una strategia di lungo periodo.

Il livello di protezione della libertà di espressione, nonostante i problemi sopra ricordati, è molto alto, ma la vera sfida del futuro sembra quella della ricostruzione di una sfera pubblica degna di questo nome, nella quale il confronto sia tra partecipanti davvero impegnati, che prima di parlare o di scrivere studino e riflettano, consapevoli della complessità dei problemi della società odierna e dell'insufficienza degli strumenti conoscitivi di cui ciascun singolo individuo può disporre. Ma qui il diritto cede il passo all'iniziativa politica, all'impegno culturale, allo sforzo educativo.

Fonti citate

Statuto del Regno di Sardegna il 4 marzo 1848 (divenuto carta fondamentale del Regno d'Italia con l. 17 marzo 1861, n. 4671)

r.d. 5 aprile 1848, n. 695

Costituzione della Repubblica Romana, proclamata il 3 luglio 1849

l. 17 marzo 1861, n. 4761

r.d. 25 giugno 1865, n. 2358 (codice civile del 1865)

l. 30 giugno 1910, n. 395

r.d. 8 febbraio 1923, n. 1067

r.d.l. 24 settembre 1923, n. 2072

r. d. 14 dicembre 1924, n. 2191

r.d.l. 17 novembre 1927, n. 2207

l. 17 maggio 1928, n. 1350

l. 24 giugno 1929, n. 1085

r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398 (Codice penale)

r.d. 18 giugno 1931, n. 773

l. 22 aprile 1941, n. 633

l. 17 agosto 1942, n. 1150

d.l.lgt. 26 ottobre 1944, n. 457

r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511

Costituzione della Repubblica italiana

l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1

l. 8 febbraio 1948, n. 47

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, aperta alla firma a Roma, 4 novembre 1950

l. 20 giugno 1952, n. 645

l. 24 marzo 1958, n. 195

l. 3 febbraio 1963, n. 69

Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966

l. 6 agosto 1967, n. 765

l. 18 aprile 1975, n. 103

l. 13 ottobre 1975, n. 654

d.l. 20 ottobre 1984, n. 694

d.l. 6 dicembre 1984, n. 807

- l. 4 febbraio 1985, n. 10
- d.l. 26 aprile 1993, n. 122
- l. 14 novembre 1995, n. 481
- l. 31 luglio 1997, n. 249
- d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70
- d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177
- d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109
- l. 24 ottobre 2006, n. 269
- d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21

Elenco delle sentenze citate

Corte costituzionale

Sent. n. 1 del 1956

Sent. n. 1 del 1957

Sent. n. 2 del 1957

Sent. n. 31 del 1957

Sent. n. 33 del 1957

Sent. n. 115 del 1957

Sent. n. 120 del 1957

Sent. n. 121 del 1957

Sent. n. 74 del 1958

Sent. n. 44 del 1960

Sent. n. 59 del 1960

Sent. n. 38 del 1961

Sent. n. 49 del 1961

Sent. n. 19 del 1962

Sent. n. 48 del 1964

Sent. n. 9 del 1965

Sent. n. 25 del 1965

Sent. n. 68 del 1965

Sent. n. 18 del 1966

Sent. n. 87 del 1966

Sent. n. 11 del 1968

Sent. n. 120 del 1968

Sent. n. 84 del 1969

Sent. n. 65 del 1970

Sent. n. 122 del 1970

Sent. n. 129 del 1970

Sent. n. 159 del 1970

Sent. n. 49 del 1971

Sent. n. 4 del 1972

Sent. n. 93 del 1972

Sent. n. 105 del 1972

Sent. n. 172 del 1972

Sent. n. 199 del 1972
Sent. n. 15 del 1973
Sent. n. 16 del 1973
Sent. n. 38 del 1973
Sent. n. 11 del 1974
Sent. n. 20 del 1974
Sent. n. 86 del 1974
Sent. n. 223 del 1974
Sent. n. 225 del 1974
Sent. n. 226 del 1974
Sent. n. 106 del 1975
Sent. n. 188 del 1975
Sent. n. 1 del 1976
Sent. n. 60 del 1976
Sent. n. 123 del 1976
Sent. n. 202 del 1976
Sent. n. 210 del 1976
Sent. n. 94 del 1977
Sent. n. 89 del 1979
Sent. n. 92 del 1979
Sent. n. 1 del 1981
Sent. n. 16 del 1981
Sent. n. 18 del 1981
Sent. n. 100 del 1981
Sent. n. 148 del 1981
Sent. n. 31 del 1982
Sent. n. 163 del 1982
Sent. n. 73 del 1983
Sent. n. 126 del 1985
Sent. n. 138 del 1985
Sent. n. 231 del 1985
Sent. n. 35 del 1986
Sent. n. 153 del 1987
Sent. n. 189 del 1987
Sent. n. 194 del 1987

Sent. n. 196 del 1987
Sent. n. 826 del 1988
Sent. n. 1063 del 1988
Sent. n. 487 del 1989
Sent. n. 348 del 1990
Sent. n. 368 del 1992
Sent. n. 112 del 1993
Sent. n. 420 del 1994
Sent. n. 29 del 1996
Sent. n. 383 del 1998
Sent. n. 293 del 2000
Sent. n. 155 del 2002
Sent. n. 284 del 2002
Sent. n. 466 del 2002
Sent. n. 312 del 2003
Sent. n. 151 del 2005
Sent. n. 69 del 2009
Sent. n. 243 del 2011
Sent. n. 83 del 2013
Sent. n. 118 del 2015
Sent. n. 210 del 2015
Sent. n. 59 del 2018
Sent. n. 115 del 2018
Ord. n. 207 del 2018
Sent. n. 141 del 2019
Sent. n. 206 del 2019

Corte di cassazione

Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259
Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 1996, n. 982
Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2001, n. 15999
Cass. civ., Sez. III, 15 dicembre 2004, n. 23366
Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2006, n. 22527
Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1205
Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748

Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 35781
Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2008, n. 19405
Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2008, n. 12420
Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2009, n. 25184
Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594
Cass. pen., Sez. Un, 17 luglio 2015, n. 31022
Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906
Cass. civ., Sez. Un., 18 novembre 2016, n. 23469
Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 2017, n. 11038
Cass. pen., Sez. I, 7 luglio 2017, n. 28298
Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 7203
Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 2018, n. 8108
Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2018, n. 21521
Cass. civ., Sez. lav., 7 settembre 2018, n. 21910 (ord.)
Cass. civ., Sez. III, 5 novembre 2018, n. 28084
Cass. pen., Sez. V, 20 marzo 2019, n. 12546
Cass. pen., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 21409
Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2019, n. 27675
Cass. pen., Sez. III, 17 luglio 2019, n. 31314
Cass. pen., Sez. V, 22 luglio 2019, n. 32862
Cass. pen., Sez. V, 30 luglio 2019, n. 34815

Consiglio di Stato

Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993

Tribunali Amministrativi Regionali

T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 giugno 2012, n. 1300
T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 28 ottobre 2013, n. 530
T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. Unica, 21 novembre 2018, n. 258
T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 18 aprile 2019, n. 447

Corte europea dei diritti dell'uomo

CEDU sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*

Bibliografia

- Atti dell'Assemblea Costituente, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, rist. della 1^a ed., 2008.
- AA. VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 2001.
- AA. VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2006, vol. II.
- A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974.
- A. BALDASSARRE, *La costruzione del paradigma antifascista e la Costituzione repubblicana*, in *Probl. del soc.*, 1986a, 10 ss.
- A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee*, in *Pol. dir.*, 1986b, 579 ss.
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984.
- M. BONINI, *Controllare le idee: profili costituzionali della pubblicità commerciale*, Milano, Giuffrè, 2007.
- P. CARETTI - A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, Bologna, Il Mulino, 2019.
- A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, Giuffrè, 1972.
- C. CHIOLA, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Napoli, Jovene, 1984.
- B. CONSTANT, *Principes de politique*, Paris, Guillaumin, 1861 (con il titolo di *Cours de politique constitutionnelle*), trad. it di U. Cerroni, *Principi di politica*, 2^a ed., Roma, Editori Riuniti, 1970.
- E.S. CORWIN, *The Constitution as Instrument and as Symbol*, in *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1936, 1071 ss.
- P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, 2000, 347 ss.
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 5^a ed., II, *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984.
- B. CROCE, *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, Napoli, Bibliopolis, 1993.
- M. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, in M. CUNIBERTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G.E. VIGEVANI, M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 33 ss.
- S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, Franco Angeli, 2018.
- R.A. DAHL, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, New Haven & London, Yale Univ. Press, 1982.
- R.A. DAHL, *Democracy and its critics*, New Haven, Yale Univ. Press, 1989, trad. it. *La democrazia e i suoi critici*, a cura della Scritum snc., Roma, 1990.
- J.-M. DENQUIN, *Référendum et plébiscite*, Paris, LGDJ, 1976.
- A. DE TOCQUEVILLE, *Souvenirs*, Paris, Gallimard, 1850-1978.
- T.I. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, New York, 1963. *Faculty Scholarship Series*. 2796. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2796
- C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958.
- M. FERRI, *L'idea di Stato nella Repubblica Romana del 1849*, in AA. VV., *Il dibattito sull'unità dello Stato nel Risorgimento italiano*, Napoli, Istituto italiano per gli studi filosofici, 1991.

- E. FIMIANI - M. TOGNA, *Le Costituzioni italiane, 1796-1984*, L'Aquila, Textus, 2015.
- E. FIMIANI, *Le Costituzioni italiane, 1796-1984. Una sintesi storica*, in E. FIMIANI - M. TOGNA, 2015, 23 ss.
- A.-C. FOIRRY, *Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe et des évolutions possibles*, in *Pouvoirs*, 2012, 141 ss.
- G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968.
- A. GUARNERI, *Buon costume*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, Torino, UTET, 1988, 121 ss.
- V. ITALIA, *Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, II.
- A.M. LE POURHIET, *Nous vivons dans une société bâillonnée où s'exerce la tyrannie des minorités*, intervista a *Le Figaro* del 28 luglio 2007.
- M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.
- M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989.
- M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, 183 ss.
- M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv critica dir. priv.*, 1992, 203 ss.
- M. LUCIANI, *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, continuato da A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2005.
- M. LUCIANI, *Italia*, in AA. VV., *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato*, a cura del Servizio Ricerca del Parlamento europeo - Unità Biblioteca di diritto comparato, Bruxelles, Unione Europea, 2018a.
- M. LUCIANI, *Articolo 12*, Roma, Carocci, 2018b.
- M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in AA. VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2006, vol. II, cit., 767 ss.
- M. MAZZIOTTI, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, II, 517 ss.
- C. MORTATI, *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1975, ss.
- G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo riformato nel prisma dell'interesse ad agire*, in AA. VV., *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, Padova, Wolters Kluwer - Cedam, 2014.
- P. NUVOLONE, *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 421 ss.
- OSCE - Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani (ODIHR), *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio*, Varsavia, OSCE, 2016.
- OSCE - Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani (ODIHR), *Comprendere i crimini di odio di matrice antisemita e far fronte alle esigenze di sicurezza delle comunità ebraiche*, Varsavia, OSCE, 2017.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, 2^a ed. riv., Padova, Cedam, 1992.

A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte Generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2003.

A. PACE - M. MANETTI, *Articolo 21*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2006.

L. PALADIN, *Fascismo, II, Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 887 ss.

L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 5 ss.

V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in AA. VV., *Atti R. Ist. Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908.

L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale. Fondamento costituzionale e limiti*, Napoli, Jovene, 2008.

F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, UTET, 1909.

N. ROSSI, *Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall'arte di tacere alla scelta di comunicare*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 4.

C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2011.

F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009.

B. SPINOZA, *Tractatus theologico-politicus* (1670), trad. it. di Droetto e Giancotti Boscherini, Torino, Einaudi, 1972.

G. TERLIZZI, *Buon costume e ordine pubblico (in diritto comparato)*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, Torino, UTET, 2016, 15 ss.

M. TOGNA, *Le Costituzioni preunitarie. Guida essenziale alla lettura*, in E. FIMIANI - M. TOGNA, 2015, 107 ss.

A. VIGNUDELLI, *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, Maggioli, 1983.

A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 2010.

K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, 1904-1924.

N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura* 5ª ed. Bologna, Zanichelli, 2019.

Sitografia

www.normattiva.it

www.italgiure.giustizia.it

www.cortecostituzionale.it

www.giustizia-amministrativa.it

www.giurcost.org

www.associazionedeicostituzionalisti.it

www.rivistaaic.it

www.osservatorioaic.it

www.costituzionalismo.it

www.forumcostituzionale.it

www.federalismi.it

www.astrid-online.it

www.dircost.unito.it

Lo studio fa parte di un progetto più ampio, il cui scopo è quello di analizzare, nella prospettiva del diritto comparato, le delicate questioni che riguardano la libertà di espressione (libertà di manifestazione del pensiero, secondo la formula dell'art. 21 della Costituzione italiana).

L'obiettivo dello studio è quello di esaminare la problematica nel contesto specificamente italiano, pur nella consapevolezza dell'importanza delle fonti internazionali e dell'Unione Europea in materia.

A tal fine, dopo una breve introduzione di carattere storico generale, sono state prese in esame le vicende normative che hanno interessato la libertà di espressione nell'Italia repubblicana. Il punto di partenza è stato, ovviamente, la Costituzione, mentre le altre fonti sono state ordinate in ragione del mezzo di comunicazione che, di volta in volta, disciplinano.

Ampia attenzione è stata dedicata alla giurisprudenza. Nell'impossibilità di dare conto di tutto l'immenso materiale disponibile, si sono selezionati alcuni casi particolarmente significativi, tratti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e di alcune giurisdizioni di merito.

Sono stati identificati, infine, i principali nodi problematici che occorre tuttora sciogliere, a fronte sia del progresso tecnologico che dell'evoluzione delle società pluraliste.

Questa è una pubblicazione dell'Unità Biblioteca di diritto comparato
EPRS | Servizio Ricerca del Parlamento europeo

Il presente documento costituisce materiale informativo destinato ai deputati e al personale del Parlamento europeo ed è stato preparato per assisterli nelle loro attività parlamentari. Il contenuto del documento è di esclusiva responsabilità dell'autore/degli autori e le opinioni ivi espresse non devono essere considerate come espressione della posizione ufficiale del Parlamento europeo.



Carta ISBN 978-92-846-5699-8 | doi:10.2861/764681 | QA-03-19-755-IT-C
PDF ISBN 978-92-846-5703-2 | doi:10.2861/274295 | QA-03-19-755-IT-N