SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXVIII

CORRADO CARUSO

# LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE IN AZIONE

## Contributo a una teoria costituzionale del *discorso pubblico*

BUP Bononia University Press

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2013 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-872-7

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: ottobre 2013

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

---

La presente monografia è stata sottoposta a procedura di valutazione da parte di una commissione di lettura nominata nell'ambito della Giunta di Dipartimento.

*Ad Angela, Ornella, Francesco e Valerio*

«[G]li istituti di libertà, se non possono ovviamente non ricomprendere robusti poteri a difesa degli spazi individuali di libertà, non possono tuttavia isterilirsi in tale momento difensivo: in tal caso anche noi saremmo parimenti destinati a correre il rischio di scambiare la 'libertà civile' con il 'diritto al dissenso', di esaurire la strategia delle libertà nel diritto al digiuno di alcuni spiriti illuminati, o come più conforme alle nostre tradizioni, nel diritto di mormorare in pace».

Augusto Barbera, *Articolo 2*, *Commentario della Costituzione* (1975), p. 78.

# PREMESSA

*Il lavoro si compone di quattro capitoli, idealmente suddivisibili in due parti.*

*La prima, di matrice teorico-generale, tenta di offrire una ricostruzione delle libertà costituzionali che non si arresti al momento strettamente difensivo della "libertà da", né riduca le situazioni soggettive "codificate" dalla Carta costituzionale a mere istanze di valore, semplici condizioni di legittimità dell'ordinamento democratico. Le libertà costituzionali sono, piuttosto, "istituzioni" in una duplice accezione: per un verso, sono il risultato delle specifiche scelte di valore degli attori istituzionali, non limitate alla semplice delimitazione dogmatica della situazione soggettiva; per un altro, identificano aspettative sociali di comportamento che, nella prassi, acquistano rilievo giuridico nel momento in cui entrano nell'orbita delle procedure organizzate dell'ordinamento. La declinazione di queste premesse nell'ambito della libertà di espressione porta all'enunciazione della teoria del* discorso pubblico*: il diritto di manifestare il proprio pensiero non è solo una mera libertà negativa che protegge un bene della persona contro gli sconfinamenti autoritari del potere (pubblico, ma anche privato), né può essere considerata un (impalpabile?) valore che colora in senso pluralista la cornice costituzionale, perciò destinato a rimanere sullo sfondo dei processi di integrazione politica. L'*ubi consistam *della libertà di espressione è dato, invece, dall'interazione tra l'azione di procedure istituzionalizzate e le pretese di riconoscimento emergenti dalla società. Il risultato di questa interazione è, appunto, il* discorso

pubblico*, uno spazio sociale creato da individui e soggetti privati attraverso la libera partecipazione espressiva che assume rilievo giuridico grazie all'inveramento istituzionale. Questo "sottosistema di comunicazione" consente una reciproca comprensione politica degli individui e, quindi, la creazione di una particolare comunità (la comunità democratica) che fornisce fondamento sostanziale a un'organizzazione costituzionale retta soprattutto da relazioni di tipo procedurale. La teoria del* discorso pubblico *sprigiona effetti normativi, richiedendo un inveramento istituzionale orientato alla neutralità – rispetto al* tipo *di opinione espressa – e all'apertura dei canali di accesso alla sfera discorsiva.*

*La seconda parte del lavoro tenta di descrivere l'attuazione istituzionale del* discorso pubblico *nell'ordinamento italiano. L'approccio metodologico si arricchisce di una ricostruzione induttiva che, attraverso un'indagine essenzialmente casistica, ne individua i "confini" (esterni) e la "struttura" (interna) definiti dall'opera della giurisdizione. La distinzione tra confini e struttura riflette la diversa posizione istituzionale delle Corti rispetto alla delimitazione operata, in prima battuta, dal legislatore: in una Costituzione rigida, infatti, le scelte legislative sono soggette, dall'esterno, al controllo "arbitrale" della Corte costituzionale, che corregge l'azione legislativa delineando, soprattutto, i margini del* discorso pubblico *rispetto al potere conformativo della legge; al di sotto dello specchio legislativo si muovono gli "altri" giudici, che risolvono casi concreti attraverso il bilanciamento di interessi riconducibili al* discorso pubblico *o a "sottosistemi" sociali con esso concorrenti.*

*Si è ben consapevoli di come il nostro ordinamento rappresenti ormai un sistema essenzialmente "integrato". Alcuni strumenti operativi affermatisi nella prassi, come il sindacato costituzionale di ragionevolezza o l'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, hanno condotto al definitivo superamento della rigida distinzione tra la sfera della legalità costituzionale, appannaggio della Corte costituzionale, e l'ambito della legalità ordinaria, lasciato alla giurisdizione ordinaria e amministrativa. Non si può nascondere, peraltro, come le argomentazioni e le decisioni dei giudici sul* discorso pubblico *riprendano, in alcuni casi, tecniche decisorie e stilemi argomentativi tipici dei giudici europei*

*(Corte di Giustizia dell'Unione Europea) e sovranazionali (Corte europea dei diritti dell'uomo). In questo senso, la distinzione tra "confini" e "struttura" assume una portata essenzialmente stipulativa e metodologica, che aiuta a comprendere e a collocare, in un complesso quadro istituzionale, le interazioni giuridico-sociali innescate dal* discorso pubblico.

*Le tesi sostenute in questo volume riprendono un'elaborazione teorica consolidata in altri ordinamenti (negli Stati Uniti d'America in particolare) e ne tentano una declinazione nell'ordinamento italiano, ancora legato, almeno per quanto riguarda la libertà di manifestazione del pensiero, ad impostazioni classiche non sempre coerenti con la complessa organizzazione istituzionale dell'ordinamento liberal-democratico e con le (sempre più) rapide evoluzioni sociali.*

*Le conclusioni raggiunte rappresentano approdi necessariamente parziali e non definitivi: poiché il metodo seguito ha una matrice anche induttiva, i risultati della ricerca sono empiricamente falsificabili alla luce dell'evoluzione della prassi istituzionale o, ancor prima, di una diversa lettura sistematica del materiale normativo e giurisprudenziale qui raccolto. Il presente lavoro vuole semplicemente offrire un contributo "eterodosso" alla discussione della dottrina costituzionalistica italiana sulla libertà di manifestazione del pensiero, e tenta di proporre agli operatori del diritto un aggiornato orizzonte pratico-sostanziale cui ispirare la propria azione.*

*Nel chiudere il lavoro, un ringraziamento speciale va a Tommaso Giupponi, della cui supervisione ho beneficiato sin dalle prime ricerche. Senza il suo costante sostegno questo libro non avrebbe visto la luce.*

*Sono inoltre profondamente riconoscente ad Andrea Morrone, esempio quotidiano di impegno scientifico, per il continuo supporto.*

*Ringrazio di cuore Diletta Tega e lo straordinario gruppo con cui ho condiviso questi anni di ricerca (Chiara Bologna, Simone Calzolaio, Edoardo Raffiotta, Federico Pedrini, Chiara Camposilvan, Francesco Conte, Caterina Domenicali, Francesca Minni, Marta Morvillo, Elena Pattaro).*

*La mia sentita gratitudine va a Lucia Scaffardi e Giorgio Bongiovanni per l'accorta lettura del lavoro e per le preziose indicazioni, al Direttore Giovanni Luchetti e alla Giunta del Dipartimento di Scienze giuridiche per avere consentito la pubblicazione del volume nella Collana del Seminario giuridico dell'Università di Bologna.*

*Ringrazio Owen Fiss per l'accoglienza alla* Yale Law School *ove ho condotto parte delle mie ricerche in qualità di* Visiting Researcher, *Gaetano Silvestri per avermi concesso l'opportunità di lavorare nella sua segreteria durante il tirocinio all'Ufficio Studi della Corte costituzionale, Giacomo D'Amico per essere stato guida in questa esperienza.*

*Sono riconoscente al personale bibliotecario del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna per l'importante aiuto nel reperimento di gran parte del materiale bibliografico.*

*Devo agli insegnamenti di Augusto Barbera, Maestro della Scuola di Diritto costituzionale dell'Università di Bologna, l'educazione scientifica maturata in questi anni di ricerca.*

Bologna, settembre 2013
C.C.

# CAPITOLO I

# LE LIBERTÀ COSTITUZIONALI COME ISTITUZIONI

SOMMARIO: 1. In premessa. – 2. Come eravamo. Il superamento del concetto morale di libertà: dai *reflexrechte* ai diritti pubblici subiettivi in Germania...- 2.1. …e in Italia. – 3. Il testo costituzionale del 1948 e la dimensione formale delle libertà. – 3.1. Garanzie costituzionali, divisione dei poteri e duplicazione formale della legalità ordinaria nella legalità costituzionale. – 3.2. L'alternativa tra validità e invalidità e la delimitazione dei diritti. – 4. Concetto materiale di Costituzione e dimensione assiologica delle libertà – 4.1. Dalla legalità costituzionale alla legittimità. Elementi "positivi" nella teoria delle libertà. – 4.2. L'inveramento istituzionale delle libertà. – 4.3. Dimensione "reale" (o istituzionale in senso stretto) delle libertà e rilievo della tutela giurisdizionale. – 5. Funzione del fatto ed abbandono di una teoria dichiarativa dell'interpretazione giuridica. – 5.1. Modelli e teorie del bilanciamento (o dei diritti di libertà come *standard*). – 5.2. Principi e regole: una distinzione debole. – 5.3. Basta che funzioni. Dubbi sul rilievo giuridico della distinzione tra principi, valori e interessi.

## 1. *In premessa*

È idea consolidata, nella dottrina costituzionalistica contemporanea, che la ricognizione del significato delle libertà costituzionali (e, più in generale, dei diritti fondamentali) non si esaurisca nella mera esegesi del testo costituzionale, ma dipenda da una complessiva concezione dello Stato e della Costituzione[1].

[1] Come rileva E. W. BÖCKENFORDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (1991), trad. it. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzio-*

Si tenterà di evidenziare le diverse dimensioni che assumono le libertà costituzionali nell'ordinamento italiano: in effetti, i diritti di libertà hanno una morfologia complessa, che discende, in ultima analisi, dal concetto di Costituzione presupposto dall'interprete. Si vedrà come, sin dalla formulazione dei diritti pubblici subiettivi, veri e propri antecedenti teorici delle odierne libertà costituzionali, la descrizione delle situazioni soggettive dipenda da ben definite scelte di metodo. L'illustrazione delle premesse metodologiche consentirà di impostare le basi per uno studio che mira a ricostruire la posizione della libertà di manifestazione del pensiero nel sistema costituzionale italiano.

## 2. *Come eravamo. Il superamento del concetto morale di libertà: dai* reflexrechte *ai diritti pubblici subiettivi in Germania*

L'idea che la libertà dei moderni abbia un carattere essenzialmente negativo, e consista nel «[…] desiderio di non subire intromissioni […] sia da parte degli individui che delle comunità»[2], accomuna, anche a prescindere dal discorso all'*Athénée Royal* del Constant[3], le filosofie propriamente contrattualistiche[4] (sebbene

*nale,* Milano, 2006, p. 147, ma la considerazione è pacifica tra gli studiosi delle libertà.

[2] I. BERLIN, *Two concepts of liberty*, in ID., *Four essays on liberty* (1969), trad. it. *Due concetti di libertà*, in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989, p. 196.

[3] Cfr. B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, trad. it. *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), Torino, 2005, p. 6, che anticipa il moderno concetto di libertà, in polemica soprattutto con gli eccessi giacobini della rivoluzione francese.

[4] Cfr. quanto sostenuto da J. LOCKE nel *Second Treatise of Civil Government* (1690), trad. it. in *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, 1982, p. 244: «[l]a libertà naturale dell'uomo consiste nell'esser libero da ogni potere superiore sulla terra e nel non sottostare alla volontà o all'autorità legislativa di alcuno, e nel non avere per propria norma che la legge di natura»; dello stesso orientamento era, in fondo, il contrattualismo conservatore di T. HOBBES, *Leviathan or The Matter, Form and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (1651), trad. it. *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, Roma-Bari, 1996, pp. 175 e ss. («[l]ibertà significa propriamente assenza di opposizione […])», e di W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, vol. I (1765), Chicago-London 1979, pp. 117 e ss. Come rileva

non manchino alcune rilevanti eccezioni[5]) e le ricostruzioni teoretiche che, pur non potendo essere annoverate in quel di filone di pensiero, si inseriscono nel *milieu* culturale del costituzionalismo liberal-democratico[6].

La libertà, intesa quale assenza di potere della collettività e dello Stato sull'individuo, assorbe progressivamente la massima kantiana della libertà come autonomia individuale[7] (che, di conseguenza, conferiva rilievo giuridico-normativo ai soli rapporti tra privati) tramite la ricomprensione dell'autonomia morale della persona nella «autonomia privata del soggetto giuridico»[8].

L'accento sull'aspetto negativo della libertà va di pari passo con il processo di fondazione filosofica della comunità statale di matrice continentale, che scinde il concetto, sino ad allora unitario,

---

I. BERLIN, *Due concetti,* cit., p. 193, nonostante il contrattualismo *tory* volesse «[…] allargare l'area del controllo centralizzato e restringere quella dell'individuo […]», esso condivideva l'assunto di base delle filosofie contrattualiste, e cioè «[…] che qualche settore dell'esistenza umana dovesse restare indipendente dalla sfera del controllo sociale».

[5] Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique* [1762], trad. it. *Il contratto sociale*, Roma-Bari, 1992, che distingue tra "libertà civile" («limitata dalla volontà generale», *ibidem,* p. 84), e "libertà morale" («obbedienza alla legge che ci siamo prescritta», *ibidem*). Nell'opinione dominante, Rousseau è il filosofo contrattualista che più insiste sulla dimensione politica e partecipativa delle libertà (sul punto v. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia,* Bologna, 2010, pp. 47 e ss.) o positiva (I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, cit., pp. 197 e ss.). Per una lettura in parte diversa, O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, pp. 61 e ss.

[6] Cfr. l'approccio utilitarista di J.S. MILL, *On liberty* [1869], trad. it. *Sulla libertà*, Milano, 2000, che accanto ad un concetto di libertà intesa come «sfera interiore della coscienza» (ivi, p. 61), in un senso vicino a quello positivo di "autonomia individuale", individua l'*ubi consistam* della libertà «civile o sociale» nella «[…] natura e [ne]i limiti del potere che può essere esercitato legittimamente dalla società sull'individuo» (ivi, p. 33).

[7] Sulla libertà come proprietà della volontà, cfr. I. KANT, *Grundlegung zur metaphysik der sitten* (1785), trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2003, pp. 185 e ss., su cui v. anche N. BOBBIO, *L'età dei diritti,* Torino, 1990, pp. 48 e ss., nonché, per uno sviluppo del pensiero kantiano cfr. G. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Verzuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1792), trad. it. *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, Milano, 1965, pp. 9 e ss.

[8] Così J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, p. 107

dell'autonomia individuale. In un'organizzazione collettiva pensata come sintesi razionale (*Aufhebung*) della realtà, la dimensione atomistica della persona perde di rilievo, a favore della relazione che viene a instaurarsi, *de facto,* tra il soggetto che *esercita* e il soggetto che *subisce* il potere autoritativo, esaurendosi così nel rapporto, per sua natura sbilanciato, tra individuo e autorità.

Come noto, sono le teorie dei diritti riflessi (prima) e dei diritti pubblici subiettivi (poi), elaborate in Germania nella II metà del XIX sec. (poco dopo importate anche in Italia[9]) a sistematizzare questa relazione. La precomprensione morale della libertà (della libertà come autonomia), strumentale all'affermazione giusnaturalistica della preminenza dell'individuo rispetto alla società e alla sua organizzazione, e capace di contenere nello spettro del diritto i rapporti *inter privatorum*, entra in crisi, storicamente, nel momento in cui il processo di centralizzazione delle istanze territoriali diffuse sfocia nella creazione degli ordinamenti statali, rompendo la continuità poliforme dello *ius gentium*.

Questa evoluzione, che richiede una giustificazione filosofica al processo centripeto basato, almeno in Europa continentale, sulla necessaria coincidenza tra personalità giuridica e organizzazione burocratico-amministrativa dello Stato[10], richiede una nozione moderna di libertà che descriva il rapporto di forza che si instaura tra due termini non omogenei, il soggetto privato e lo stato, «[…] custode

---

[9] Sull'elaborazione della categoria dei diritti pubblici soggettivi, il prodotto intellettuale forse più originale della giuspubblicistica continentale del XIX sec., v. almeno F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940, pp. 69 e ss., P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali,* Milano, 1947, pp. 13-61, E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 791 e ss, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale,* Milano, 1967, pp. 123-165, A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.,* XI, Roma, 1989 *ad vocem,* M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo,* Milano, 1996, pp. 133-190, G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca,* in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, 2002, pp. 260 e ss.

[10] Per il tramite della sua unificazione amministrativa l'entità statale pone le premesse per divenire unità razionale di diritto, che legittima l'esperienza dello stato assoluto. In questo senso, cfr. M. FIORAVANTI, *Stato (storia),* in *Enc. dir.,* vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 720 e ss, nonché G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna,* in ID., *Assolutismo e codificazione del diritto,* vol. I, Bologna, 1976, pp. 47-49.

e rivelatore di tutte le forze del popolo […] tese al compimento etico della vita collettiva»[11]. Secondo una ricostruzione che nega sovranità al polo individuale, e che tende a rafforzare il fondamento positivo della personalità giuridica dello Stato[12], è quest'ultimo a risultare il primo soggetto di diritto che, attraverso la propria autolimitazione, esclude dal diritto di dominio la «personalità civile dei membri del suo popolo»[13]. In questi termini, i diritti civili sono diritti negativi[14] che non presentano, però, una propria autonomia giuridica: in quanto mero riflesso dell'astensione statale, essi hanno come unico effetto quello di creare a favore dell'individuo «[…] una facoltà […] nell'ipotesi di un determinato rapporto di fatto»[15].

Tale ricostruzione, che si inserisce nel tentativo di fornire un ordine sistematico al diritto pubblico simile alla struttura fornita dalla pandettistica al diritto privato[16], non riconosce alcuna efficacia giuridica alle mere facoltà individuali, e non riesce ad ergere adeguate paratie garantiste: mentre i diritti *inter privatorum* rimandano a situazioni tra soggetti privati equi-ordinati e, quindi, ad un riconoscimento, da parte delle pubbliche istituzioni, delle rela-

---

[11] Così C. F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatrechts* [1865], trad. it. *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Dritto pubblico,* Milano, 1971, p. 96.

[12] Come rileva G. GOZZI, *Stato di diritto*, cit. p. 271, proprio la formulazione gerberiana dei diritti pubblici soggettivi come "norme di diritto oggettivo" segna il definitivo tramonto delle teorie tedesche dello stato di diritto di matrice schiettamente liberale che, soprattutto con la vicenda della *Paulskirche,* avevano tentato la strada della fondazione extra-legale dei diritti di libertà. Dal fondamento positivo dello Stato discende, *a fortiori,* il fondamento positivo dei diritti soggettivi. In questo senso, allora, l'opera del Gerber vuole marcare le distanze da quelle Carte dei diritti intrise di ascendenze giusnaturalistiche «[…] che facevano a gara per dotare gl'individui […] di diritti di qualunque sorta, poco curandosi di assicurare loro una protezione giuridica […]». Così S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi,* in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano,* vol. I, Milano, 1900, p. 114.

[13] Così C.F. VON GERBER, *Lineamenti,* cit., p. 202.

[14] C. F. VON GERBER, cit. ult., p. 67.

[15] C. F. VON GERBER, cit. ult., p. 68.

[16] Sul tentativo gerberiano di conferire scientificità al diritto pubblico attraverso gli strumenti concettuali della pandettistica puchtiana cfr. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale,* in *Arch. giur* 1963, p. 19, E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, cit. pp. 796-797, nonché A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945),* Milano, 2009, pp. 57-58.

tive pretese, i diritti riflessi (*reflexrechte*), che descrivono la posizione di sotto-ordinazione dell'individuo nei confronti dello Stato, consistono in situazioni di liceità collocate in uno spazio giuridicamente irrilevante. In tal senso, la trattazione scientifica riflette «[…] una concezione del potere rispondente alle esigenze di unità e di autorità della declinante classe aristocratico-militare»[17] e consente, come già accennato, un assorbimento dialettico delle facoltà individuali nella supremazia statale, legittimando la fondazione positiva dello Stato-amministrazione. La prospettiva che vede le situazioni individuali quale logico sviluppo della pubblica *autorictas,* già mette in luce, pur allo stato grezzo e in una prospettiva ancora schiacciata su posizioni stato-centriche, il nesso tra le libertà civili e gli assetti istituzionali storicamente vigenti[18].

In questo contesto, i diritti sono concettualmente sovrapposti alle funzioni dell'autorità statale, secondo un disegno portato ad estreme conseguenze da Paul Laband e dall'organizzazione in senso autoritario del *Reich* dopo l'adozione della Costituzione tedesca del 1871[19]. Questa formulazione teorica sarà in parte ripensata, solo qualche decennio più tardi, attraverso un'impostazione che sarà ripresa, senza sostanziali differenze, anche dalla coeva dottrina italiana.

---

[17] Così A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi,* cit., p. 3, ma nello stesso senso già C. SCHMITT, *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre* (1930), trad. it. *Hugo Preuss. Il suo concetto di stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello stato*, in ID., *Democrazia e liberalismo,* Milano, 2001, p. 93. Per una lettura alternativa della figura e dell'apporto scientifico del giurista tedesco v. però M. NIGRO, *Il segreto di Gerber,* in *Quad. fior.,* 2/1973, spec. pp. 297 e ss.

[18] È questa la tesi fondamentale delle ricerche di G. AMATO, *Libertà (dir. cost.),* in *Enc. dir.,* vol. XXIV, Milano, 1974, 277 e ss e di A. BARBERA, *Articolo 2,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali (artt. 1-12),* Bologna, 1974, pp. 71-72, pure critico per il disinteresse del primo per le relazioni istituzionali sottese dalle libertà civili in un ordinamento costituzionale complesso (sul punto, diffusamente, *infra*).

[19] L'«esecutore testamentario» di Gerber (P. LUCCHINI, *Presentazione* a C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico,* cit. p. XI) così si esprime in *Das Staatrechts des deutschen Reiches* [1876], trad. it. *Il diritto pubblico dell'impero germanico,* Torino 1925, p. 217: «[…] i diritti di libertà o diritti fondamentali sono norme per il potere dello Stato, date da questo potere a sé stesso; esse […] assicurano al singolo la sua *naturale* libertà di azione in una determinata estensione, ma non costituiscono diritti subiettivi dei cittadini; non sono diritti perché non hanno obietto proprio».

Nuove sono, anzitutto, le premesse dogmatiche: ogni diritto soggettivo, consiste, per essere tale, in una pretesa concreta e attuale[20]. Il suo oggetto è definito dalle norme dell'ordinamento nell'ambito dei rapporti (*status*) tra individui – nel diritto privato – o tra individui e Stato – nel diritto pubblico[21]. Rispetto alla teorica gerberiana, a mutare è la stessa posizione dell'individuo che non è più assorbito nella sovranità statale, ma assume una dimensione distinta e, dunque, una personalità giuridica propria: poiché «[…] il diritto è […] ordine di rapporti tra subbietti giuridici, […] mancando […] due o più persone, tra cui il rapporto si possa stabilire, manca la materia a cui il diritto si possa applicare: non è possibile giuridicamente che vi sia una sola personalità»[22].

Nonostante la relazione tra Stato-individuo si caratterizzi, innanzitutto, in termini di sostanziale soggezione (*status subiectionis*) dell'individuo allo Stato, su quest'ultimo grava un dovere di astensione rispetto a tutte quelle facoltà che possano essere ricondotte ad un generico *status libertatis*[23]. Quest'approccio teorico non arriva a fondare giuridicamente singoli diritti di libertà che, anzi, non assumono rilievo autonomo; piuttosto, è attribuita sostanza giuridica ad uno *status* di libertà che si traduce, di fronte all'azione non conforme alla legge dell'autorità[24], in una pretesa a «[…] ottenere che le autorità si astengano dall'impartir[e] ordini non conformi alla norma […], e […] che siffatti ordini vengano, ove occorre, annullati»[25]. I diritti pubblici soggettivi, disciolti nella

---

[20] G. JELLINEK, *System der subjektiven offentlichen rechte* (1905), trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi,* Milano, 1912 p. 61.

[21] G. JELLINK, cit. ult., p. 60-76.

[22] In tal senso O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza,* in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo,* vol. IV., t. 1, Milano, 1905, p. 224, forse l'autore più influenzato dalla sistematica tedesca di quegli anni.

[23] G. JELLINEK, *Il sistema,* cit. pp. 115-116.

[24] G. JELLINEK, cit. ult., p. 117.

[25] G. JELLINEK, cit. ult., p. 115. Come noto, oltre allo *status subiectionis* e allo *status libertatis,* Jellinek individua altre due generi di rapporto intercorrenti tra stato e cittadini, caratterizzati dalla posizione attiva che questi ultimi ricoprono rispetto al primo: lo *status civitatis,* che consiste, per un verso, nella coincidenza dell'interesse individuale con l'interesse generale dello Stato e, per un altro, da situazione di vantaggio azionabili dall'individuo cui corrispondono specifichi obblighi (di *dare, facere, praestare,* cfr. ivi, p. 134) gravanti sull'ordinamento statale; lo *status activae civitatis,* coincidente con l'esercizio, da parte del singolo di

legalità obiettiva dell'ordinamento, si traducono in una pretesa alla conformità legale dell'azione amministrativa[26].

Se i diritti pubblici soggettivi sono espressione di un generale *agere posse* e, dunque, di un diritto ad agire contro le violazioni dell'autorità amministrativa, la formulazione teorica adottata nel *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* segna il passaggio dal mero stato legale – retto dal principio secondo cui ogni limitazione dell'autonomia individuale può avvenire soltanto in forza della legge – allo stato di diritto in senso proprio, ove ogni atto della pubblica autorità può essere sottoposto al sindacato del giudice affinché ne sia assicurata la conformità agli imperativi della legge[27]. In altri termini, con Jellinek, la dottrina tedesca supera definitivamente «la pregiudiziale inammissibilità dei diritti individuali nel campo del diritto pubblico […]» attraverso la distinzione tra Stato-ordinamento e Stato-amministrazione e la soggezione di quest'ultimo alla volontà della legge[28].

### *2.1…. e in Italia*

L'influenza di questo approccio è evidente anche in Italia, ove l'evoluzione della struttura costituzionale riflette le trasformazioni avvenute nello stato tedesco: dall'assetto tendenzialmente dualista disegnato dallo Statuto albertino, con una sovranità condivisa tra

---

specifiche funzioni pubbliche e istituzionali, attraverso cui l'individuo diviene una «particella di sovranità» dell'entità statale (ivi, pp. 150-155). Alla luce di queste premesse, appare evidente come lo *status libertatis*, di natura essenzialmente negativa, assuma rilievo giuridico «[…] in forza dello *status* positivo, e delle azioni che da questo derivano […]» (ivi, p. 117).

[26] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale,* cit., p. 149.

[27] La distinzione tra *état legal* e *état du droit* è stata formulata per primo da R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), vol. I, Parigi, 1962, pp. 488 e ss. (spec. p. 492), ripresa in Italia soprattutto da C. MORTATI, *Le forme di governo,* Padova, 1970, p. 39. Per una rilettura del pensiero malberghiano v. ora P. COSTA, *Lo stato di diritto: un'introduzione storica,* in P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto,* cit., pp. 129-130. Unifica, invece, le due nozioni in un concetto sostanzialmente unitario R. BIN, *Stato di diritto,* in *Enc. dir.,* Annali, vol. IV, Milano, 2011, p. 1152.

[28] Così G. AMATO, *Libertà,* cit., p. 276.

la Monarchia sabauda e il parlamento eletto su base censitaria[29], il sistema vira verso una forma di governo «pseudo-parlamentare»[30]. In questo contesto, che ha come conseguenza una progressiva estensione dell'attività legislativa oltre le materie riservate alla legge per via statutaria, diviene dirimente chiarire il triplice rapporto tra individuo, legge e amministrazione, nonché, più in generale, «[…] l'esatta traduzione in sede giuridica» della nozione di libertà, insieme al «[…] modo in cui lo Stato si [è] […] potuto adattare al suo ingresso»[31].

Nell'ambito, quindi, di categorie e criteri rinnovati, adottati dagli interpreti per la ricostruzione dell'ordinamento[32], hanno origine i tentativi di dare forma giuridica alla libertà individuale, e di fondare le premesse per la costruzione di un metodo capace di attribuire autonomia concettuale alla scienza giuspubblicistica[33]. Tale

[29] L'assetto dualista si evince, in particolar modo, da quelle disposizioni statutarie che lasciano all'attuazione discrezionale della legge l'intera disciplina delle prerogative individuali. L'istituto della riserva di legge, previsto da una Costituzione formalmente superiore perché concessa dal Sovrano ma sostanzialmente flessibile perché sprovvista da meccanismi che ne assicurassero la rigidità, esprime il compromesso tra vertice dell'esecutivo e istituzione rappresentativa. Per tale lettura, proprio attraverso la lente della riserva di legge, cfr. E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 58. Per una tesi eterodossa, che individua nella natura scritta la superiorità formale di qualsiasi testo costituzionale cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale,* Padova, 1996, *passim*, spec. 78 e ss.

[30] È la nota espressione di G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967, pp. 139 e ss., ma sul punto v. ora A. BARBERA, *Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana,* in, *Quad. cost.,* 2011, pp. 13 e ss., che individua, tra l'altro, nella debolezza del Governo, comitato esecutivo della volontà parlamentare, l'*ubi consistam* di quell'assetto istituzionale. L'evoluzione in senso monista, nell'arco di un ventennio, della forma di stato, costituisce il miglior sintomo di quel paradosso della flessibilità rappresentato dalle carte *octroyée*, emanate senza la previsione di un procedimento di revisione, come perpetue e irrevocabili, ma di fatto intangibili solo «[…] in unica direzione, contro il "ritorno indietro" alle concezioni assolutistiche […]». Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* Torino 1992, p. 35.

[31] Così G. AMATO, *Individuo e autorità,* cit., p. 125.

[32] Ancora G. AMATO, cit. ult., p. 124.

[33] Il riferimento va alla prolusione orlandiana ai corsi di Diritto amministrativo e costituzionale, letta nella Regia Università di Palermo l'8 gennaio 1889, pubblicata in *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico,* Modena, 1925. Dietro alla "lotta per il metodo", vi è non solo il tentativo di unificare, a livello nazionale, i giuspubblicisti italiani (così G. AZZARITI, "*La 'prima'*

intento metodologico, basato sulla trasposizione di categorie privatistiche alla particolare esperienza storica dello Stato moderno[34], si fonda sull'individuazione di un complesso di principi – sistematicamente coordinati – capaci di determinare un'autonoma costruzione concettuale delle discipline pubblicistiche. Come «le nozioni di personalità giuridica, di famiglia, di proprietà, di obbligazione sono "[…] presupposti […] essenziali» della scienza privatistica, i concetti di Stato, sovranità, governo individuano le categorie *a priori* del diritto costituzionale[35].

A questa revisione critica non può sfuggire il concetto di libertà, termine sino ad allora «[…] del tutto astratto, […] straordinariamente vago ed applicabile a una grande varietà di concetti, così scientifici che volgari». Eppure, arrendersi a questa nozione «astratta e subiettiva» porterebbe ad «aggirarsi nel vecchio circolo vizioso della metafisica, per cui l'affermazione di un principio, fatta per via deduttiva ed *a priori*, non ha altra ragion d'essere che l'impressione soggettiva del filosofo»[36].

Non solo: l'esigenza di fondare un concetto giuridico di libertà conduce alla distinzione tra l'ordine politico che «[…] attiene all'attività cosciente e libera dei popoli in rapporto alle loro istituzioni» e l'ordine giuridico, che «[…] studia l'organizzazione pubblica come un effetto di leggi naturali, e considera i rapporti che ne

---

*scuola italiana di diritto pubblico tra continuità e rotture,* in *Pol. Dir.,* 1997, p. 564) ma anche di riproporre, sulla scorta di quanto avvenuto in Germania, una sorta di *Juristendominanz* sul ceto intellettuale universitario (su cui, recentemente A. SANDULLI, *Costruire lo Stato,* cit., pp. 52 e ss.).

[34] Tratto caratterizzante dell'epistemologia orlandiana è infatti il rifiuto delle filosofie contrattualistiche, a favore di un approccio teoretico, che mira, attraverso la descrizione degli elementi costitutivi, a generalizzazione le caratteristiche ricorrenti del fenomeno statale: «[n]oi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di una idea ma della sovranità di poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela sovranità dei poteri costituiti, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività feconda». Così V. E. ORLANDO, *I criteri,* cit., p. 17, ma nello stesso senso ID., *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti),* in ID., *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1900, pp. 5 e ss.

[35] Così Orlando, *I criteri*, p. 9.

[36] V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarantigie della libertà*, in A. Brunialti (a cura di), *Biblioteca di scienza politica,* vol. V, Torino, 1890, p. 920.

sorgono come necessari». L'analisi giuridica, quindi, «[…] *descrive* quell'organizzazione, *definisce* quei rapporti, ne stabilisce i nessi reciproci e le conseguenze cui essi dan luogo»[37].

Poste tali premesse, allora, il contenuto giuridico della libertà passa per lo studio delle sue «guarentige», e dunque, degli strumenti di difesa che l'ordinamento appresta contro le «usurpazioni» consumate «in […] danno [dell'individuo] dall'autorità dello Stato»[38]. Trova conferma, nel pensiero orlandiano, la concezione delle libertà individuali come variabili legate all'assetto istituzionale. Tuttavia, rispetto alla formulazione gerberiana, tale relazione deve essere arricchita con la descrizione della loro tutela istituzionale: escluso il sindacato sulla legge, per la natura flessibile della Carta statutaria e per le conseguenti insormontabili difficoltà metodologiche, istituzionali e giuridiche che esso implicherebbe[39], non rimane che il sindacato giurisdizionale sull'operato dell'esecutivo che sia andato oltre ai limiti stabiliti *ex lege*[40]. In questo senso, la tutela delle situazioni individuali si risolve nella loro protezione giurisdizionale di fronte all'azione illegittima dell'esecutivo.

---

[37] Cfr. V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica,* cit. p. 922.

[38] Così ORLANDO, cit. ult., p. 942.

[39] Cfr. ORLANDO, cit. ult., pp. 943-969. Secondo il Maestro messinese, infatti, il sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi non solo pone un problema metodologico, perché tratta in termini giuridici un quesito di opportunità politica, ma rimanda alla questione della determinazione del soggetto istituzionale cui demandare il controllo di legittimità costituzionale. Ora, posto l'impossibilità di individuare un organo *ad hoc,* «supremo e vindice» (ivi, p. 947), dall'affidamento ai «tribunali ordinari» del sindacato di legittimità discenderebbe l'impossibilità di individuare un criterio obiettivo alla cui stregua dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge. Eppure, proprio l'assenza di un tale criterio non solo renderebbe «impossibile» l'esercizio dell'azione legislativa, ma realizzerebbe addirittura quella «incertezza del diritto che è vanto dello Stato moderno […] avere accuratamente evitato»: il sindacato di legittimità costituzionale, infatti, fornirebbe al cittadino una «scusa legittima [alla] […] disobbedienza della legge» (*ibidem,* p. 957).

[40] Il tributo ai teorici tedeschi è manifesto: «[…] Il merito scientifico della teoria del *Rechtstaat* sta precisamente nell'avere intuito la necessità che la questione del regolamento giuridico delle garanzie individuali verso l'azione dello Stato debba prescindere così dal controllo parlamentare che dall'esercizio della libertà politica, e proporsi e risolversi invece esclusivamente nel campo del diritto». Così V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 37.

Lungo questo orientamento di pensiero si inseriscono allora tutte le sistemazioni teoriche dei giuristi statutari della Scuola italiana di diritto pubblico, che rielaborano concetti in parte già formulati in Germania. In questo senso, i diritti di libertà si distinguono dai diritti di «partecipazione alla vita politica», che sono invece positivi perché affini al «concetto di libertà politica», cui è negato, per questo, qualsiasi rilievo giuridico[41].

Eppure, come per Jellinek, la «giuridificazione» dei diritti pubblici soggettivi non si traduce in una generalizzata attribuzione di rilevanza giuridica a tutte le facoltà connesse alla libertà giuridica: «[…] il diritto di libertà è unico ed ha sempre il medesimo obbietto, il medesimo contenuto, la medesima indole. Quelli che ordinariamente si annoverano per diritti di libertà, non sono che *casi* in cui è possibile che si eserciti l'unico diritto di libertà che noi ammettiamo»[42]. In questo senso, all'accentuazione del processo di assimilazione dello schema privatistico del diritto soggettivo quale pretesa direttamente azionabile, corrisponde un ripensamento del concetto di supremazia dello stato-amministrazione che è ora sottoposto, come l'individuo, al dettato della legge.

Eppure, il rapporto di dominio è tutt'altro che esaurito, e si ripropone nelle rinnovate sembianze dello Stato legislativo. In questo senso, allora, la differenza con la teorica dei *Reflexrechte* è meno ampia di quanto si possa pensare: se in quella formulazione teorica i diritti pubblici soggettivi non erano altro che effetti riflessi dell'autolimitazione dello Stato, in quest'ultima ipotesi le situazioni soggettive sono indiretta conseguenza della concreta previsione legislativa, tanto da far ritenere le disposizioni statutarie sulle libertà «l'espressione di una speranza […] che il legislatore nella sua quo-

[41] S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi,* cit., p. 163, che pur recependo l'impostazione fondamentale di Georg Jellinek, non rinuncia a una sistemazione propria dei diritti pubblici subiettivi, solo in parte coincidente con quella del Maestro di Salisburgo.

[42] Così S. ROMANO, cit. ult., p. 168, nonché O. RANELLETTI, *La polizia, op. cit.*, pp. 237-240. È sintomatico, tuttavia, come Ranelletti non rinunci al concetto gerberiano e labandiano di auto-limitazione: i diritti pubblici subiettivi sono pensabili solo attraverso un'auto limitazione della potestà statale: «[n]on sarebbe possibile una personalità del singolo, cioè la possibilità per esso di pretese giuridiche nel proprio interesse verso lo Stato, e nello Stato obblighi corrispondenti, se questo, come organo del diritto, non limitasse la propria potestà» (ivi, p. 228).

tidiana opera si compiaccia di adempier[e]»[43]. Le facoltà di agire verso plurime direzioni (le liceità) non sono scomparse, ma sono assorbite dalla pretesa individuale alla correttezza dell'azione amministrativa[44].

Si avverte, così, la contraddizione nel senso comune di una dottrina che scrive di diritti pubblici subiettivi, ma che li riconduce ad una generica pretesa di conformazione dell'atto della pubblica autorità al dettato della legge e, quindi, ad «un'espressione sintetica, un punto di riferimento per circostanze positive diverse che […] non può per ciò stesso far sua, autonomamente, la positività di queste»[45]: rimane latente, sullo sfondo, l'idea che le plurime libertà individuali siano in realtà espressione di un unico diritto di libertà (indistintamente) riconosciuto dall'ordinamento giuridico[46].

D'altro canto, dietro all'inquadramento della pretesa all'astensione da parte della pubblica autorità, intesa quale «[…] principio generale, incorporante l'idea dei diritti»[47], è posto, per la prima volta nei regimi liberali a costituzione flessibile, il problema della tutela giuridica dei diritti di libertà. In un panorama che vedeva nella coerenza della pandettistica il modello cui ispirarsi, la configurazione di una pretesa giuridica all'astensione non può che essere tratta, in via deduttiva, – *ex principiis derivationes* – dalle

---

[43] F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commentario dello Statuto del Regno*, vol. II, Torino 1909, p. 64. Nello stesso senso cfr. S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano,* Milano, 1988, p. 96: «[l]e indicazioni di talune libertà che si trovano nelle nostre leggi, specie nello Statuto, non sono tassative, ma dimostrative; spesso sono delle esemplificazioni consigliate dall'opportunità di riconoscere esplicitamente facoltà prima negate, e quindi di abrogare in modo espresso un ordinamento giuridico fino allora vigente».

[44] Lo stesso S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi,* cit., p. 169, avverte la sostanziale sovrapposizione tra la categoria del diritto di libertà e il diritto alla «protezione giuridica», il diritto, cioè, ad «adire il magistrato»: «i due diritti […] coincidono, sempre fino a un certo punto però, giacché […] il secondo è in ogni caso l'*effetto* del primo la maniera con cui esso si esercita e si fa valere». In questo senso, allora, il *proprium* del diritto di libertà sarebbe la «*resistenza* individuale agli ordini dell'autorità che tenta violarlo» (corsivi dell'A.).

[45] Così G. AMATO, *Individuo e autorità,* cit., p. 164.

[46] Permane così l'ambiguità di considerare, giuridicamente, il diritto di libertà come «diritto essenzialmente unico nel senso che non dà luogo a tanti diritti autonomi quante sono le facoltà innumerevoli che vi si comprendono». Così S. ROMANO, *Il diritto pubblico*, cit., p. 95.

[47] Così G. AMATO, *Individuo e autorità,* p. 165

garanzie legislative predisposte dall'ordinamento; nonostante non manchino approcci eterodossi che insistono «sulla necessità di un forte ordinamento giurisdizionale, che valga a proteggere tutti i diritti pubblici»[48], il riconoscimento del diritto individuale è un'operazione quasi aritmetica, il «risultato di un computo, i fattori del quale sono concetti giuridici»[49] che operano all'interno di un sistema che «[…] ha sempre in sé la base per la decisione delle questioni tutte, che nella vita possono sorgere»[50]. Eppure, proprio il riferimento ad una generale pretesa alla legalità dell'azione pubblica ha come effetto di restringere lo spazio giuridico vuoto delle situazioni di liceità, sino a creare, *de facto,* una «norma generale esclusiva» [51] che non ammette limitazioni per tutti i casi non espressamente disciplinati. In tal senso, «i fatti che nella teoria dello spazio giuridico vuoto costituiscono la sfera del giuridicamente irrilevante, nella teoria della norma generale esclusiva costituiscono la sfera del giuridicamente lecito», consentendo all'individuo di ricorrere in giudizio tutte le vol-

---

[48] Così G. ARCOLEO, *Trattato di Diritto costituzionale* (1890), in G. PAULUCCI, A. CASULLI, *Le Opere di Giorgio Arcoleo,* vol. III, *Diritto costituzionale,* Milano, 1935, p. 78.

[49] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1875), *Diritto delle pandette*, vol. I, Torino, 1902, p. 75.

[50] Così C. FADDA, P. E. BENSA, *Note dei traduttori al libro primo*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit. ult., p. 130.

[51] In questo senso, la teoria dei diritti pubblici subiettivi incontra il problema teorico generale della completezza dell'ordinamento. La tesi della norma generale esclusiva, formulata da D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico* (1910), ora in ID., *Scritti di diritti pubblico,* vol. I, Padova, 1966, p. 46 (sulla scorta di quanto formulato da E. ZITELMANN, *Lücken im Recht,* Leipzig, 1903), offriva una risposta ai sostenitori dello spazio giuridico vuoto che negavano l'esistenza delle lacune in base alla considerazione secondo cui ciò che non è giuridicamente regolato non è giuridicamente rilevante. Secondo il Romano, infatti, «[è] […] inammissibile vedere un vero e proprio diritto di libertà in tutte le facoltà di fare o di omettere, che si possono avere come conseguenza del fatto che un ordinamento giuridico non vieta o non impone certe attività. […] [Vi] è tutta una serie di casi molto diversi che hanno in comune […] la caratteristica che l'ordinamento considera certe esplicazioni di attività come rilevanti giuridicamente, ma *sino ad un certo punto:* cioè circoscrivendo una sfera, […] [da cui] l'ordinamento si astiene dal penetrare, in modo che il suo interno è giuridicamente indifferente». Così S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917), Firenze, 1977, pp. 207 e 201, nonché ID., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale,* (1925), ora in ID., *Scritti minori,* vol. I, Milano, 1990, pp. 449-459, che riprende quanto già sostenuto da K. BERBOHM, *Jurisprudenz und Rechtphilosophie,* Leipzig, 1892.

te in cui lo Stato-amministrazione o gli altri consociati oltrepassino la sfera di libertà riconosciuta al cittadino[52].

Le formulazioni dottrinali di epoca liberale pongono, per la prima volta, il problema delle garanzie istituzionali che l'ordinamento deve predisporre per dare sostanza giuridica alle libertà dell'individuo, riconoscendo l'insufficienza di un mero riconoscimento formale; inoltre, esse traducono, in termini giuridici, il postulato assiologico del liberalismo, che riconosce come l'autonomia dell'individuo, ancorché astrattamente considerata, sia aspirazione vana senza un'effettiva protezione della stessa dagli abusi del pubblico potere[53]. Nella teoria dei diritti pubblici soggettivi, alla dissociazione tra ordine «politico» e sistema «giuridico» corrisponde la distinzione tra la *libertà*, concetto politico essenzialmente negativo (che riassume il rapporto tra Stato e individuo nel senso di una sostanziale astensione del primo sui beni del secondo) e i *diritti di libertà* giuridicamente rilevanti, che rimandano alla nozione giuridico-positiva di «[…] pretese dell'individuo dirette ad ottenere dallo Stato il riconoscimento e la protezione […] nei limiti del diritto obiettivo»[54]: dal punto di vista giuridico, allora, la libertà esiste «in quanto attuata in diritti»[55].

## 3. *Il testo costituzionale del 1948 e la dimensione formale delle libertà*

La funzionalizzazione delle libertà individuali agli ideali del regime, e la loro, conseguente, progressiva marginalizzazione, carat-

[52] Il virgolettato è da ascrivere a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico,* Torino 1996, p. 216.

[53] Non è un caso che lo stesso V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 982, sia grande sostenitore della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, e quindi, della giurisdizione unica introdotta dall'Allegato E della legge n. 2248/1865: «lasciare […] all'amministrazione la decisione delle controversie contro lei dirette […] viol[a] le idee più comuni sul modo con cui la giustizia vada resa». In questo senso, la giurisdizione unica costituisce una «modalità o 'tecnica' di tutela dei 'diritti civili e politici'» (così V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali,* Padova, 1992, p. 8).

[54] O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 237.

[55] Così V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 925.

terizza la parentesi fascista. L'irrigidimento autoritario perseguito attraverso gli ampi margini di intervento riconosciuti dalla legge all'autorità amministrativa e di pubblica sicurezza[56], l'asservimento delle istituzioni liberali al partito unico[57] ridimensionano, sino quasi a cancellare, la pretesa individuale alla non ingerenza da parte dello Stato-amministrazione.

Alla concezione eticizzante dello Stato fascista si contrappone il tentativo, riuscito, dei Costituenti di raggiungere un compromesso tra le forze politiche[58] sui principi fondamentali ed in particolare sull'articolo 2 della Costituzione, che sottolinea le distanze dell'ordinamento repubblicano dai valori ispiratori del passato regime. La centralità della persona umana, vero presupposto dell'ordinamento positivo, non richiama «l'individuo ripiegato su se stesso, sul suo interesse privato, […] isolato dalla comunità»[59], ma riafferma «l'uomo reale nella sua vita empirica, nel suo lavoro individuale, nei suoi rapporti […] [sociali]»[60], conciliando l'approccio materialista delle sinistre con il cristianesimo sociale di cui erano

---

[56] Cfr. F. RUFFINI, *Diritti di libertà,* (1926), Firenze, 1975, pp. 47 e ss., ma per un *excursus* completo delle modifiche normative che realizzano l'irrigidimento autoritario nelle singole situazioni di libertà cfr. i contributi, presentanti da autori appartenenti alla prima generazione di costituzionalisti post-repubblicana, raccolti in P. BARILE (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (Isap), *La tutela del cittadino. La pubblica sicurezza*, II, Vicenza 1967.

[57] Sul processo di fascistizzazione dell'ordinamento cfr. L. PALADIN, *Fascismo* (1967), ora in ID., *Saggi di storia costituzionale,* Bologna, 2008, p. 37 e ss. da una prospettiva più storiografica, C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia, 1848/1948*, Roma-Bari, 1983, pp. 357 e ss.

[58] Nonostante la dottrina maggioritaria accolga la natura compromissoria della Costituzione del 1948 (così in particolare A. BARBERA, *I principi della Costituzione repubblicana. Dal "compromesso" al radicamento progressivo,* in *Rass. parl.* 2009*,* spec. 314 e ss., V. ONIDA, *Costituzione italiana,* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. IV, Torino, 1989, pp. 325 e ss.), vi è comunque chi sottolinea la «radicale frattura ideale che divideva le forze politiche, che si riversò nel modo effettivo nel cui le une e le altre intesero e "vissero", al momento della votazione, le formule del testo costituzionale» (così G. BOGNETTI, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti margine di un libro di S. Bartole),* in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[59] Così, già K. MARX, *Zur Judenfrage* (1843)*,* trad. it. *La questione ebraica,* in ID., *Scritti filosofici giovanili,* Milano, 1996, p. 70, nella critica alle dichiarazioni dei diritti francesi post-rivoluzionarie.

[60] K. Marx, cit. ult., p. 75.

imbevute le forze cattoliche[61]. L'affermazione dei «diritti inviolabili» dell'uomo, riconosciuti dalle sinistre come risultato della necessità storica della scomparsa dello Stato, e dal centro cattolico quali manifestazioni della trascendenza della persona rispetto all'ordinamento positivo, trova il punto di compromesso in un "giuspersonalismo" fondato su valori storicamente dati[62]. Le reciproche concessioni in Assemblea Costituente, durante la redazione di quello che sarebbe stato l'art. 2 Cost., tra Dossetti e Togliatti[63], aprono la strada al riconoscimento del principio personalista, che colloca

[61] Sull'influenza delle filosofie personaliste sul pensiero politico europeo degli anni '30, che pongono al centro della propria riflessione alla "persona" nella sua concreta declinazione politico-sociale, in alternativa sia all'individualismo liberale sia ai totalitarismi nazionalisti e collettivisti, cfr. A. BARBERA, *La laicità come metodo,* sul *Forum di Quaderni costituzionali,* in www.forumcostituzionale.it, pp. 2 e ss.

[62] Si vedano, ad esempio, le argomentazioni di Giuseppe Dossetti del 9 settembre del 1946, in I Sottocommissione, al momento della presentazione del suo noto ordine del giorno volto a indirizzare la Sottocommissione verso la redazione di una dichiarazione dei diritti che escludesse visioni esclusivamente «individualistiche» o, all'opposto, «totalitarie»: «[…] si vuole o non si vuole affermare un principio antifascista o afascista che non sia riconoscimento della tesi fascista della dipendenza del cittadino dallo Stato? Se così è, ecco che si viene a dare alla Costituzione una impostazione ideologica, ma di una ideologia comune a tutti. […] Fatta l'affermazione di questa anteriorità, non si vorrà riconoscere che questa anteriorità della persona si completa nelle comunità in cui la persona si integra, e cioè nella famiglia, nelle associazioni sindacali, ecc., […]? […] [Q]uesta visione dell'anteriorità della persona non può arrestarsi ad una visione puramente corporea della persona stessa. […] Questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell'integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale, che dovrebbe essere gradito alle correnti progressive qui rappresentate, può essere affermato con il consenso di tutti. Tale concetto deve essere stabilito non per una necessità ideologica, ma per una ragione giuridica; infatti non va dimenticato che la Costituzione non deve essere interpretata solo dai filosofi, ma anche dai giuristi. Ora, i giuristi hanno bisogno di sapere – e questo vale particolarmente quando si tratta di uno statuto, che codifica principî supremi, generalissimi – proprio per quella più stretta interpretazione giuridica delle norme, qual è l'impostazione logica che sottostà alla norma».

[63] Convergenza che si ebbe già il 9 settembre 1946 in Prima Sottocommissione, al momento della presentazione dell'o.d.g. Dossetti (9 settembre 1946, Prima Sottocommissione). A fronte dell'intervento del comunista, che rilevava la necessità della dissoluzione dello Stato, «mentre sarebbe assurdo si pensasse che debba scomparire la persona umana», Dossetti riconosceva come «il marxismo non si ispir[asse] […] ad un materialismo volgare, ma ad un materialismo raffinato, di carattere superiore, che non rifugg[iva] da […] [una] visione integrale dell'uomo».

le prerogative della persona nella società in cui questa vive, superando «nel concetto di personalità il concetto d[i] individualità» [64]. La persona umana, infatti, «considerata soggetto di diritto», «non può essere concepita che in funzione di una società più o meno organizzata». Abbandonata la tesi schiettamente liberale, che vede i diritti espressione di una «individualità» appartenente «ad un ipotetico uomo isolato», i Costituenti abbracciano l'idea che la persona non possa essere «giuridicamente considerata se non in funzione delle molteplici relazioni, non soltanto materiali ma anche spirituali […], che essa ha con il mondo in cui vive, sia in riferimento al presente, che all'avvenire ed anche al passato»[65].

Eppure, nonostante il rifiuto di qualsiasi declinazione astratta delle prerogative individuali, e pur nell'ambito di un'organizzazione istituzionale che assume le sembianze di una piramide rovesciata che pone alla propria base l'individuo considerato nelle concrete dinamiche dei rapporti sociali[66], il modello dei diritti di libertà adottato dal testo costituzionale non interrompe il nesso con la teorica dei diritti proposta dalla dogmatica liberale[67]. Piuttosto, il testo costituzionale aggiorna le caratteristiche di quel modello: non mancano, così, una maggiore specificazione degli ambiti materiali garantiti all'individuo e una delimitazione dei confini di quella che era, fino a qualche anno prima, la generica prerogativa alla legalità dell'azione amministrativa, un parziale rinnovamento delle garanzie, concentrate non solo sulla riserva di legge ma anche sulla riserva di giurisdizione[68], enunciate attraverso una precisa tecnica di

---

[64] Così l'On. Basso, nella seduta della Prima Sottocommissione, il 10 settembre 1946 al momento della presentazione della propria relazione sulle "Libertà civili" poi confluita nel progetto unitario presentato insieme all'On. La Pira.

[65] On. Basso, ivi.

[66] È questa la nota metafora di Aldo Moro, autore, insieme agli onn. Cevolotto e Basso, della "divisione sistematica" delle libertà individuali presentata in Prima Sottocommissione il 30 luglio 1946.

[67] Cfr. C. MORTATI, *Relazione all'Assemblea costituente della Commissioni per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato istituito presso il Ministero della Costituente*, pubblicata ora come *Relazione sui diritti pubblici subiettivi,* in ID., *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, 1972, pp. 603 e ss., che di fatto ripropone la sistematica romaniana.

[68] Sulla novità della riserva di giurisdizione nella Costituzione repubblicana cfr. V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione*, cit., pp. 10 e ss.

redazione (effetto diretto del mutato quadro di valori) che descrive oggetto e garanzie del singolo diritto di libertà e definisce anche gli eventuali limiti che possono giustificare finalisticamente l'intervento del legislatore[69].

Non solo. Rispetto all'ordinamento liberale, fondato sulla legge quale «[…] custode di ogni diritto, […] garante dell'ordine costituito, […] fonte di ogni legalità, […] sicurezza e […] difesa contro il torto»[70], sono introdotti un meccanismo aggravato di revisione e un sistema accentrato di giustizia costituzionale, che concorrono a fondare la rigidità della Costituzione, ormai vera e propria fonte sulle fonti. In questo modo, non solo è rafforzata la portata garantista della scelta di riservare la disciplina di determinate materie alla legge che, in un sistema chiuso di fonti primarie[71], non può essere scavalcata da atti di normazione secondaria dell'esecutivo ma è anche conferita una maggiore rigidità ai diritti di libertà che, situati ormai al vertice della gerarchia delle fonti e protetti – attraverso il sindacato della Corte costituzionale – dalle eventuali violazioni della legge, sono ormai un *agere posse* da far valere nei confronti del legislatore ordinario. Non più, quindi, mere facoltà individuali assorbite dalla comune esigenza di un'azione amministrativa conforme alla legge, quanto specifiche pretese ad un'azione del legislatore conforme all'oggetto definito dalla norma costituzionale.

Nonostante l'aporia testuale della Costituzione, che identifica con il termine "libertà" solo le proiezioni fisiche, spaziali e spiri-

---

[69] G. AMATO, *Individuo e autorità,* cit. p. 310. Da questa "cristallizzazione" sarebbe potuto derivare una generale presunzione di illegittimità costituzionale di tutte le misure legislative non ispirate ai limiti espressi previste dalle singole disposizioni costituzionali sui diritti di libertà. Come si vedrà, proprio con riguardo alla libertà di espressione, la Corte costituzionale non ha seguito questo approccio, smentendo così l'ottimismo dello stesso A. espresso in *Libertà,* cit., p. 283, che nelle riserva rinforzate vedeva non solo la «sfiducia nei confronti del legislatore», ma anche la garanzia stessa del patto pluralista dei Costituenti, capaci di garantire la «libertà del dissenso».

[70] Così C. SCHMITT, *Legälitat und Legitimität* (1932), trad. it. *Legalità e legittimità,* in ID., *Le categorie del "politico",* Bologna, 1972, p. 226.

[71] Sulla rigidità costituzionale come causa della chiusura del sistema delle fonti primarie cfr. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto, (dir. cost.),* in *Enc. dir.,* vol. XVII, Milano, 1968, pp. 939 e ss., nonché F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano,* Padova, 2009, spec. pp. 26 e ss., pp. 55 e ss.

tuali della persona umana (artt. 13-14-15 Cost.), la rigidità della Costituzione implica una dimensione – comune a tutti i diritti di libertà – che impone al potere pubblico un obbligo di astensione da interferenze nella sfera individuale[72]. L'obbligo di astensione, infatti, costituisce il presupposto logico che consente il successivo esercizio delle pretese poi specificate nel testo Costituzionale, e coincide – incidentalmente – anche con il postulato assiologico che vede nella persona umana un *a priori* intangibile dai pubblici poteri. In altri termini, se, per un verso, il testo della Costituzione disegna nuove forme di tutela giuridica sconosciute ai passati regimi, per un altro esso riprende il modello formale dei diritti pubblici soggettivi, che traducono il concetto giuridico della libertà in singole pretese all'astensione del pubblico potere[73].

### *3.1. Garanzie costituzionali, divisione dei poteri e duplicazione formale della legalità ordinaria nella legalità costituzionale*

La dimensione formale dei diritti di libertà si ripercuote sulle specifiche garanzie espressamente previste dal testo costituzionale.

---

[72] Sul punto cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* vol. II, Padova, 1969, p. 948 che comprende nel *genus* dei diritti di libertà sia le libertà civili che le libertà politiche: «[…] ogni diritto subiettivo è sempre diritto di libertà; ma mentre per alcuni la libertà forma solo il presupposto per il loro esercizio, viceversa, per quelli che specificamente prendono nome dalla libertà, si esaurisce in questa l'intero contenuto del diritto, sicché esso si risolve […] nella pretesa di escludere altri, siano privati e sia la pubblica autorità, dall'intervenire nella sfera lasciata alla disponibilità dei loro titolari […]». In questo senso mi pare si diriga anche N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri,* in A. PASSERIN D'ENTRÈVES, (a cura di), *La libertà politica*, Milano, 1974, pp. 82 e ss., nonché ID., *Libertà* (1979), ora in ID., *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, pp. 50 e ss. che sottolinea come la distinzione tra libertà negativa e libertà positiva sia una distinzione che rileva dal punto di vista filosofico, ma non giuridico. *Contra* A. BALDASSARRE, *Libertà I) Problemi generali,* in *Enc. giur.,* vol. XIX, Roma, 1990, p. 8, secondo il quale nelle libertà politiche (o *libertà di*), non vi sarebbe «[…] la possibilità di configurare un ambito oggettivo ben definito nel quale l'individuo […] possa sfruttare l'intera gamma delle opportunità che vi si danno».

[73] Cfr., sulla possibilità di assimilare, dal punto di vista concettuale, le libertà "pubbliche" ai diritti pubblici soggettivi (rispetto a quest'ultimi, variante di origine francese), G. PECES BARBA *Curso de derechos fundamentales. Teoría general.* (1991), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali,* Milano, 1993, pp. 16 e ss.

La garanzia dell'inviolabilità, espressa relazione a quattro situazioni soggettive (artt. 13, 14, 15, 24 Cost.)[74], non rimanda esclusivamente ad un significato sostanziale, che pure emerge dai lavori preparatori dell'art. 2 Cost., ma include anche una dimensione precettiva di *favor* per le libertà. Questa presunzione di favore si traduce in un criterio di interpretazione stretta degli interventi limitativi realizzati dal potere legislativo, e rimanda anche alla stretta connessione tra le situazioni soggettive e le garanzie procedurali previste dalla Costituzione[75].

Tale osservazione, che richiede di lasciare sullo sfondo il problema del significato della clausola di inviolabilità richiamata dall'art 2 Cost.[76], pone l'accento sul carattere essenzialmente con-

[74] Sembra ormai pacifico, a prescindere dalla diversa nozione di inviolabilità presupposta dall'art. 2 Cost. (cfr. *infra,* nt. 76) che vi sia un significato minimo di stretta interpretazione, o comunque una *praesumptio iuris tantum* di prevalenza rispetto agli interventi del pubblico potere che possa essere predicato per tutti i diritti di libertà a prescindere dalla esplicita dizione testuale. Da questo punto di vista, proprio il riferimento ai diritti inviolabili dell'art. 2 Cost, nonché la definizione del diritto di azione come «diritto inviolabile in ogni stato e grado del processo» smentisce l'ipotesi che l'inviolabilità possa riferirsi alle sole situazioni che costituiscono proiezione della sfera intima dell'individuo come pure una parziale ricostruzione dei lavori preparatori potrebbe fare supporre (è nota infatti, l'unificazione in unico articolo delle "tre inviolabilità" – artt. 13, 14, 15 Cost. – operata dal Comitato di redazione dopo l'esame in I Sottocommissione, poi definitivamente abbandonata dalla Commissione dei Settantacinque). Sul punto cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana: illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti* (1976), Milano, 1980, pp. 69 e ss.)

[75] In tal senso V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione,* cit., p. 48, nonché G. AMATO, *Individuo e autorità,* cit., p. 316: «[…] l'inviolabilità […] si esaurisce […] in una affermazione di principio che, se non può assicurare l'assoluta priorità del diritto, quanto meno ne impone la preferenza in caso di dubbio, fungendo così da selettore automatico fra più soluzioni antinomiche non altrimenti discriminate […]». A questo proposito, può essere ricordata l'insistenza dell'on. Dossetti per l'inserimento, all'inizio dell'art. 13, del principio dell'inviolabilità, inteso quale vero e proprio «contenuto giuridico della norma», strettamente legato all'introduzione della riserva di giurisdizione. L'«atto della autorità giudiziaria non è una violazione della libertà personale: la violazione suppone la illegittimità, la ingiustizia: dove non vi è più injura non vi è più violazione». Così Dossetti, (seduta I Sottocommissione, 12 settembre 1946).

[76] Basti qui accennare alle diverse posizioni che si sono alternate in dottrina: a chi considera il postulato di inviolabilità una clausola di apertura che consente di conferire copertura costituzionale alle nuove pretese emergenti dalla coscienza sociale (così A. BARBERA, *art. 2,* cit., pp. 80 e ss.), si contrappone chi attribuisce alla

tro-maggioritario dei diritti di libertà, che trovano, nel compromesso parlamentare delle forze politiche, il proprio antagonista. Se così è, allora, la configurazione dei diritti di libertà come pretese puntualizzate e cristallizzate (codificate, verrebbe da dire[77]) in una Costituzione rigida, implica, in primo luogo, una superiorità gerarchica e formale delle norme costituzionali sulle prescrizioni legislative che, per identità materiale, a quelle si riferiscano; in altri termini, la rigidità della Costituzione comporta, innanzitutto, l'aggiornamento degli strumenti concettuali dello Stato di diritto[78], attraverso una distinzione essenzialmente formale tra legalità ordinaria e legalità costituzionale, con conseguente delimitazione di un'area di astensione legislativa e la successiva eventuale rimozione degli interventi incostituzionali ad opera del Giudice delle leggi[79].

---

disposizione la natura di "matrice" che riassume lo *status* di irrivedibilità riferibile alle successive situazioni soggettive disciplinate dal Titolo I della parte I, (così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Bologna, 1984, pp. 53-56, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili,* in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, pp. 29 e ss., P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali,* Torino, 2005, pp. 141 e ss., ma per una tesi intermedia diretta a valorizzare il postulato di autonomia della persona umana v. anche F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale,* Torino, 1994, pp. 1 e ss.). Non manca poi chi individua nell'inviolabilità una mera clausola di stile giuridicamente irrilevante, come fa A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale,* Torino, 2003, p. 42.

[77] Secondo quel processo neo-illuminista che B. MIRKINE GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendences de droit constitutionelles,* in *Revue du droit public,* 1928, p. 810, citato da A. BARBERA, *art. 2,* cit., p. 62, nt. 4, chiamava di *rationalisation democratique,* non troppo diversa, nella forma, all'opera di codificazione legislativa ottocentesca. Sulla "specificazione" dei diritti fondamentali attuata dalle Costituzioni del secondo dopo-guerra cfr. L. MEZZETTI, *Una nuova storia dei diritti umani*, in ID., *Human rights*, Bologna, 2010, pp. 33-34.

[78] In questo senso R. BIN, *Stato di diritto,* cit. p. 1157, che considera lo Stato costituzionale come un'evoluzione dello Stato liberale di diritto. Per una lettura diversa, che ritiene lo Stato costituzionale una forma di stato sconosciuta alla precedenti esperienze storiche (ma sul punto si ritornerà), cfr. M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara,* vol. II, Torino 2004, p. 504, nonché ID., *L'interprete della legge di fronte al fatto valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica,* in *Dir. soc.*, 2009, p. 10.

[79] Secondo questo disegno istituzionale la Corte costituzionale opera innanzitutto, in coerenza con la costruzione kelseniana, quale legislatore negativo, sulla base della considerazione che «[…] annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa». Così H. KELSEN, *La garantie jurisdictionelle de la*

Le situazioni soggettive, sebbene oggettivamente diversificate, trovano, così, un'identità di trattamento alla luce della legalità costituzionale, che non solo rappresenta il criterio di legittimazione formale degli atti-fonte ad essa sottordinati, ma anche, rispetto al passato, il limite (esterno) di conformità dell'azione legislativa.

Secondo quest'approccio, le garanzie istituzionali (riserva di legge, riserva di giurisdizione, sindacato di legittimità costituzionale) assumono, dunque, un rilievo formale. La *ratio* della riserva di legge, allora, andrebbe rinvenuta nella necessità di escludere l'intervento di altri atti-fonte (in particolare dell'esecutivo), e di garantire una disciplina positiva, in chiave anzitutto limitativa, degli oggetti individuati dalle disposizioni sui diritti di libertà[80]. Tale carattere, coerente con l'originaria finalità delle riserve nel sistema statutario[81], oltre a testimoniare una certa disarmonia – nella cultura del Costituente[82] – tra le profonde ispirazioni filosofico-politiche e le limitate intuizioni giuridico-istituzionali[83], con-

*Constitution* (*La justice constitutionelle*) (1928), trad. it. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (*La giustizia costituzionale*), in ID. *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 173.

[80] Sull'aspetto positivo e sulla dimensione negativa della riserva di legge v., per tutti, R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.,* vol. XL, Milano, 1989, p. 109.

[81] Per una nozione della riserva di legge più vicino al suo significato originario, come ripartizione di competenza tra esecutivo e legislativo cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *L'ordinamento costituzionale italiano*: *le fonti normative, la Corte costituzionale* in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, t. I., Padova, 1993, pp. 61-62. Per una rivisitazione critica, R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge,* cit., p. 1215, secondo i quali, nel campo dei diritti di libertà, il valore garantista della riserva di legge opererebbe soprattutto quale limite alla discrezionalità giudiziaria.

[82] Rispetto alle concrete esperienze istituzionali degli ordinamenti liberali, oltre alla tradizionale formazione ispirata alla cultura giuridica franco-tedesca, i Costituenti mostrano una «[…] certa arretratezza ai problemi *reali* che andavano emergendo, tanto da far ritenere che gli occhi […] [siano] rivolti più al passato che all'avvenire». Su tutto questo, v. quanto meno A. BARBERA, *art. 2*, cit., p. 53. Per un'opinione in parte contraria E. CHELI, *Il problema storico della Costituente,* in *Pol. dir.,* 1973, pp. 485 e ss., che pure sottolinea come la Costituzione del 1948 sia «espressione […] di una cultura politica evoluta ma sostanzialmente élitaria».

[83] Sul punto v. ancora le evocative parole di Calamandrei pronunciate in Assemblea plenaria il 4 marzo del 1947: negli ingranaggi istituzionali previsti in Costituzione vi sono «[…] ruote di legno e ruote di ferro, pezzi di veicoli ottocenteschi e congegni di motore da aeroplano».

sente di tenere concettualmente distinto l'espresso istituto della riserva di legge dall'implicito principio di legalità[84]. La riserva di legge assume una funzione esclusivamente procedurale, contribuendo a delineare un determinato equilibrio dei poteri piuttosto che un'attuazione materiale e finalistica delle situazioni soggettive. Gli unici limiti materiali di conformazione, opponibili all'attività legislativa, deriverebbero così dall'esplicita dizione del testo costituzionale: i limiti espressi ivi previsti cristallizzerebbero, infatti, «[…] la soluzione dei conflitti che possono darsi fra [le] singole libertà e interessi antitetici»[85]. Solo in queste ultime ipotesi la relazione tra legge e Costituzione è di mezzo a fine, spettando alla prima di perseguire in modo vincolato gli interessi indicati direttamente o indirettamente dalla seconda[86].

In senso analogo, anche la riserva di giurisdizione svolgerebbe la funzione di riservare all'autorità giudiziaria (in senso lato), l'emissione di provvedimenti individuali e concreti: come la riserva di legge costituisce argine all'attività normativa (secondaria) dell'esecutivo, la riserva di giurisdizione, ove prevista, avrebbe il compito di escludere l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione[87], contribuendo a conferire (solo in queste ipotesi)

---

[84] Insiste sulla distinzione tra l'istituto della riserva di legge e il principio di legalità G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità,* in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 259 e ss.

[85] G. AMATO, *Individuo e autorità,* cit., p. 310.

[86] Così C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it,* vol. V, Torino, 1957, p. 1109, che pure accoglieva una nozione unitaria di discrezionalità capace di vincolare l'attività legislativa ai valori espressi dalla Costituzione in relazione ad ogni ramo dell'ordinamento. Nel senso di considerare l'attività legislativa quale attività funzionalizzata ai fini costituzionali, cfr. anche A. S. AGRÒ, *Articolo 3, primo comma,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Art. 1-12. Principi fondamentali,* Bologna-Roma, 1975, pp. 134 e ss.

[87] Cfr. V. ANGIOLINI, *Giurisdizione (riserva di),* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. VII, Torino, 1991, p. 353. In questo senso, anche la riserva di giurisdizione avrebbe un significato marcatamente garantista e contro-maggioritario: mentre l'intervento giurisdizionale sarebbe, infatti, effettivamente neutra, sindacabile solo da altri «interpreti del diritto», l'attività amministrativa si traduce, «esprimendosi nella cura di interessi pubblici […], in un potere autoritario e insindacabile, da collocare […] in un'area più prossima o contigua a quella del potere politico del legislatore, di cui l'azione amministrativa costituisce la prosecuzione e riproduce gli schemi, quantunque su scala minore».

alle libertà costituzionali lo *status* di diritti soggettivi pieni, non degradabili dall'azione dell'autorità amministrativa[88].

D'altro canto, e per ciò che concerne il sindacato di legittimità costituzionale, se le situazioni soggettive, ancorché puntualmente specificate, coincidono con la legalità costituzionale, alla Corte costituzionale non spetta che la mera applicazione degli enunciati costituzionali, secondo un *modus procedendi* che sembra ridurre al minimo il momento creativo e volontaristico dell'interpretazione giurisdizionale della Costituzione.

Quest'ultimo assunto sembra confermato dai lavori preparatori e dalle intenzioni dei Costituenti i quali rifiutarono la prospettiva avanzata dal Partito di Azione di un sindacato di legittimità costituzionale che si orientasse nel senso di una maggiore diffusione[89]. La scelta a favore di un controllo accentrato, infatti, trovò giustificazione non solo nel maggiore vincolo politico-democratico cui sarebbe stato sottoposto l'istituendo tribunale *ad hoc*[90], ma anche per il timore (rivelatosi, poi, fondato[91]), che la magistratura fosse

[88] Così A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni",* in AA.VV. *Scritti in onore di Paolo Barile,* Padova, 1990, pp. 133 e ss.

[89] Cfr. la relazione in articoli presentata da Piero Calamandrei nell'autunno del 1946, che mirava all'istituzione di un meccanismo ibrido, che non solo avrebbe consentito ai singoli giudici di valutare l'illegittimità delle leggi e con efficacia limitata al caso deciso, e in ultima istanza, alla prima sezione della istituenda Suprema Corte costituzionale; ma avrebbe istituito anche la possibilità di ricorrere in via principale alle Sezioni Unite della Corte costituzionale. Sostenitori di un sindacato diffuso puro erano invece i vetero-liberali Nitti e Orlando, che pure con toni diversi, mascheravano così la critica alla rigidità della Costituzione. Su tali aspetti v. A. BARBERA, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti,* in *Rass. parl.,* 2006, pp. 378 e ss., C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi,* I, *Le ideologie del Costituente,* Milano, 1979, pp. 92 e ss. e 118 e ss., G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia politica, dibattito: un saggio di storia delle istituzioni,* Milano, 1981, pp. 108 e ss.

[90] La maggiore sensibilità politica di un organo *ad hoc* non era solo sostenuta da quella parte delle forze cattoliche maggiormente riformatrici e sensibili all'istituzione di un controllo di costituzionalità (cfr. ad esempio, gli interventi in Seconda Sottocommissione del 17 marzo 1947 degli Onn. Bozzi e Cappi), ma costituì anche motivo d'accettazione per le forze di sinistra di ispirazione marxista, che miravano a rafforzarne la legittimazione democratica tramite una composizione di matrice esclusivamente parlamentare. Cfr. sul punto G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., pp. 147-151.

[91] Si pensi alla distinzione, enucleata dalla Suprema Corte nella vigenza del-

ancora troppo influenzata dagli orientamenti culturali (ideologici e dogmatici) del passato regime[92].

### *3.2. L'alternativa tra validità e invalidità e la delimitazione dei diritti*

L'introduzione di un sistema accentrato di giustizia costituzionale ad accesso diffuso (che comunque lasciava ai giudici una delibazione solo sommaria sulla possibile illegittimità della legge[93]), nonché l'esplicita enunciazione, di stampo proto-liberale, della sottoposizione dei giudici alla sola legge[94], conferma l'ipotesi che, almeno sulla carta, i Costituenti avessero disegnato un doppio circuito: per un verso la sfera della legalità costituzionale, custodita dalla

---

la VII disp. trans, tra norme programmatiche e precettive, tra norme «perfette» e ad «esecuzione differita», tutte distinzioni non rilevanti «nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche». Così Corte cost., sent. n. 1/1956. Su tale vicenda, sui cui già criticamente V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 51 e ss., v. ora S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana,* Bologna, 2004, pp. 40 e ss.

[92] In questo senso, C. MEZZANOTTE, *Le ideologie,* cit., p. 206. Sugli orientamenti della magistratura all'indomani della crollo del regime fascista, ancorata a «posizioni conservatrici e retrive», v. A. BARBERA, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario,* cit., p. 374, V. ONIDA *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte Costituzionale,* in AA.VV., *Studi in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Padova, 1977, pp. 506-507. In senso critico sulla nota tesi che vuole la mancata istituzione, da parte del Costituente, di un sindacato diffuso alle posizioni conservatrici dei giudici, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana,* Roma-Bari, 2012, pp. 8-9, che individua nella volontà di evitare una sovraesposizione politica dei giudici la ragione dell'introduzione del sistema accentrato.

[93] Almeno fino alla nota sent. n. 356/1996, con cui la Corte costituzionale ha richiesto il tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione impugnata quale terza condizione per la rimessione della questione di legittimità.

[94] Nell'art. 101.2 sembra essere recepita l'idea, risalente a C.L.S. MONTESQUIEU, *De l'esprit de la lois* (1758), vol. I, Parigi, 1995, pp. 327-333, del potere giudiziario «invisibile e nullo». Come rileva G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 12, «[l]a nullità del giudice, che implica la sua completa neutralizzazione politica, è necessaria perché la legge, frutto di una deliberazione politica di maggioranza, e perciò originariamente frutto di *parzialità*, acquisti il carattere di *imparzialità* nel momento dell'applicazione» (corsivi nel testo).

Corte costituzionale e, per un altro, l'ambito della legalità ordinaria, vero e proprio spazio costituzionalmente neutro, dominato dalla legge ed assegnato ai giudici comuni attraverso la cognizione dei fatti della vita[95].

Secondo questa prospettiva, l'elenco dei diritti di libertà individua concetti da delimitare e da definire dogmaticamente nell'ambito dei confini designati da disposizioni costituzionali generali e astratte, cui sussumere, per verificarne la compatibilità, le specificazioni legislative con esse potenzialmente contrastanti. In un contesto di "entificazione", ove le libertà sono, appunto, "enti" (o "cose") che presentano caratteri specifici e predeterminati[96], il sindacato di legittimità costituzionale si esaurisce nel semplice raffronto in punto di diritto tra la lettera della legge ed il testo della Costituzione.

La pratica interpretativa dei diritti di libertà si limita, così, alla semplice ascrizione di senso alle fattispecie costituzionali[97], senza attribuire particolare rilievo al momento applicativo, considerato meccanica conseguenza della previa ascrizione di significato alla fattispecie costituzionale[98]. In altri termini, ed almeno sulla carta, la coincidenza tra legalità costituzionale e diritti di libertà richiama un sindacato di legittimità fondato sulla dicotomia formale validità/invalidità, ove ciò che non rientra nell'oggetto astrattamente

---

[95] In questo senso, C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice,* in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM, e principi costituzionali,* Roma-Bari, 1994, pp. 6 e ss.

[96] Così, in senso critico rispetto alle teorie sui diritti che non tengano in dovuta considerazione le «coordinate tipiche del caso giuridico», R. BIN, *Diritti e fraintendimenti. Il nodo della rappresentanza,* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti,* vol. I, Napoli, 2005, p. 349.

[97] Cardine di questa prospettiva è la distinzione tra l'enunciato linguistico (la disposizione) e il suo significato precettivo (la norma) su cui, per primo, V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.,* vol. XIII, Milano, 1964, pp. 195 e ss.

[98] Secondo questa prospettiva, il processo di interpretazione dei diritti costituzionali potrebbe quindi scindersi, analiticamente, tra interpretazione astratta (o interpretazione in funzione conoscitiva del precetto) e interpretazione in concreto (decisione in funzione applicativa della norma). Così R. GUASTINI, *Ancora sull'interpretazione costituzionale,* in *Dir. pubbl.,* 2005, pp. 458-459, in risposta a G. U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico,* ivi, pp. 19 e ss. Guastini specifica alcune sue tesi già presenti in ID., *L'interpretazione dei documenti normativi,* Milano, 2004, pp. 267 e ss.

predeterminato dalla norma costituzionale è, per ciò stesso, illegittimo[99].

Per questa ragione le disposizioni costituzionali sui diritti di libertà sono considerate norme a fattispecie tipica[100], vere e proprie regole condizionate di condotta[101] nelle quali racchiudere i casi "legislativi" oggetto del giudizio di legittimità costituzionale. Il sistema dei diritti di libertà costituirebbe un sistema chiuso in cui, in ciascuna fattispecie, sono presenti specifiche garanzie in relazione ad oggetti predeterminati al netto di qualsiasi giudizio di valore[102]. L'individuazione dell'oggetto diviene operazione interpretativa fondamentale, capace di trasformare ciascun diritto di libertà in un concetto ordinatore di natura dogmatica non derogabile da disposizioni di rango legislativo: in tale contesto, le garanzie costituzionali «sono in primo luogo delimitazioni», «[…] perché creano settori davanti ai quali il potere dello stato deve fermarsi»[103]. L'astratta delimitazione delle libertà costituzionali è strumentale alla migliore attuazione di un controllo di costituzionalità, inteso quale mero raffronto astratto tra norme gerarchicamente ordinate, che devono essere interpretate secondo i tradizionali canoni ermeneutici[104]. In ogni caso, l'interprete

---

[99] Il rapporto validità-invalidità è di natura residuale e descrive il conflitto tra regole che non presentino clausole di eccezione di natura derogatoria. In questo senso R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali,* Bologna, 2012, pp. 108-109, ma già R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio,* Bologna, 2010, p. 54.

[100] Così G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali,* Torino, 1970, p. 103.

[101] Laddove le condizioni di applicazione sono fornite dalle regola stessa. Ogni regola, infatti, «ha un doppio aspetto: essa prima definisce un comportamento, poi lo regola». Così F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A philosphical examination of Ruled-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991), trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2001, p. 35, p. 54 riprende la distinzione, tipica della filosofia analitica del diritto, tra protasi normativa, che specifica le condizioni di applicabilità della regola stessa, e l'apodosi, o il «conseguente», che «prescrive ciò che deve accadere quando le condizioni specificate nell'antecedente hanno luogo».

[102] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi,* cit., p. 296: «un giudizio di valore è tutt'altra cosa che una tesi interpretativa».

[103] Così E. FORSTHOFF, *Rechstaat im wandel* (1964), trad. it. *Lo stato di diritto in trasformazione,* Milano, 1973, p. 44.

[104] Per quest'opzione teorica cfr. il cd. metodo positivista temperato sposato da A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo* in *Quad. cost.,* 2001, pp. 35

dovrebbe dotarsi di strumenti ermeneutici che conferiscano alla norma costituzionale una funzione recessiva e residuale, e riconoscano un'ampia area di discrezionalità regolativa in capo ai soggetti titolari della funzione di indirizzo politico, da esercitarsi ogni qual volta la condotta disciplinata non sia da ricondurre al comando o al divieto costituzionale[105].

Queste ricostruzioni sottolineano il legame tra la concezione dei diritti di libertà quali norme di divieto e pratiche interpretative di tipo logico-deduttivo: le regole costituzionali, infatti, imporrebbero uno stretto vincolo precettivo al legislatore[106], rafforzando l'idea di un'immediata efficacia della Costituzione come limite alla legalità ordinaria[107]. Se ciascuna disposizione costituzionale deve essere interpretata *magis ut valeat,* a prescindere dalla relativa struttura[108], l'interprete è chiamato ad «estrarre dalla norma scritta tutti i significati che in base alle regole della logica costituiscono suoi sviluppi e specificazioni, senza che ci sia spazio, dunque, per

---

e ss., ma in fondo anche da S. MANGIAMELI *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario,* Milano, 2006, 513 e ss. Ancorché nell'ambito di una di teoria generale dell'interpretazione, adotta questa prospettiva anche R. GUASTINI, *L'interpretazione,* cit., pp. 199 e ss.

[105] Così, criticamente, M. DOGLIANI, *Il posto del diritto costituzionale,* in *Giur. cost.,* 1993, spec. pp. 528 e ss., nonché ID., *Interpretazioni della Costituzione,* cit., p. 88, ma sulla distinzione tra configurazioni della norma costituzionale come mero limite o come principio generale di carattere espansivo già G. TARELLO, *L'interpretazione della legge,* Milano, 1980, p. 338.

[106] Rileva R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992 p. 162, come l'identificazione dei diritti di libertà in fattispecie condizionate da applicare deduttivamente si realizzi soprattutto nei momenti di crisi del sistema costituzionale, quando il teso scritto della disposizione costituzionale serve a riaffermare «la legittimità stessa del potere».

[107] A conferma, peraltro, che dietro ogni scelta sull'interpretazione dei diritti fondamentali vi è un'opzione fondamentale di teoria della Costituzione cfr. A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori,* in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale,* Torino, 2007, p. 100, che ritiene il metodo «giuspositivista temperato» particolarmente coerente con i principi del costituzionalismo, intesi come «teoria giuridica dei limiti al potere politico».

[108] Secondo l'ormai classica espressione di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio,* cit., p. 11.

considerazioni sulla "politicità" della disciplina costituzionale: né sul versante del suo rapporto con i problemi e gli interessi materiali alla cui regolamentazione è orientata, né su quello della sua strumentalità rispetto agli obbiettivi del blocco di forze che l'ha proclamata»[109]. In questo senso, la natura normativa delle disposizioni costituzionali sui diritti di libertà implicherebbe una presunzione di prevalenza di questi ultimi rispetto a istanze non positivizzate: mentre queste ultime richiamano relazioni di preferenza dell'istituzione chiamata ad attuarle, le norme positive portano con sé una pretesa di validità che ne richiede un'automatica applicazione[110].

Vi è, quindi, uno stretto legame tra una teoria positivistica[111] dei diritti di libertà e la concezione delle prerogative individuali in chiave essenzialmente liberale[112]. Il significato deontologico dei diritti di libertà coincide con la *ratio* contro-maggioritaria di tutela, che indentifica la dimensione propria dei diritti nella pretesa all'astensione da parte del legislatore e, più in generale, di tutti i pubblici poteri. In questo modo, l'accento sull'aspetto negativo consente di tenere giuridicamente distinte le libertà costituzionali dai diritti sociali che, a differenza delle prime consistono (sino, forse, ad esaurirsi) nella prestazione positiva a carico dei poteri pubblici[113].

---

[109] Così M. DOGLIANI, *Interpretazioni*, cit., p. 44.

[110] Così J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., pp. 303, 311: «[i]l controllo di costituzionalità sollecitato su casi singoli deve sempre *limitarsi all'applicazione* di norme (costituzionali) presuntivamente valide. In questo senso, la distinzione tra discorsi che 'applicano' norme e discorsi che le 'fondano' può comunque rappresentare un criterio delimitante (in termini di logica argomentativa) i compiti legittimi di giurisdizione e legislazione» (corsivi nel testo).

[111] Almeno nell'accezione, ormai nota, che ne dà N. BOBBIO ne *Il positivismo giuridico,* cit. pp. 129-132, secondo il quale la teoria positivistica intenderebbe il diritto come coazione, cioè come insieme di norme fatte valere con la forza; come sistema composto da norme imperative (la norma quale forma di comando); come sistema che attribuisce preminenza alla legge quale fonte dell'ordinamento (con gli ulteriori corollari della sottoposizione del giudice alla legge e dell'interpretazione come applicazione al caso concreto della norma posta); come insieme normativo coerente (assenza di antinomia) e completo (assenza di lacune).

[112] E. W. BÖCKENFORDE, *Stato, costituzione, democrazia,* pp. 145 e ss., che propone una tassonomia che distingue una teoria liberale dei diritti fondamentali, una teoria dei valori, una teoria funzional-democratica, e una teoria dello stato sociale. Ad avviso dell'A., solo la teoria liberale consente la certezza del contenuto normativo dei diritti fondamentali.

[113] Cfr., tra i primi, E. FORSTHOFF, *Concetto e natura,* cit. p. 45. La distin-

La dogmatica delle regole condizionate conferisce sistematicità e coerenza all'impianto costituzionale[114], e rimanda ad un concetto di Costituzione che sprigiona i suoi effetti innanzitutto come testo normativo, quale atto giuridico di natura formale gerarchicamente sovraordinato alla legge: la teoria positiva dei diritti di libertà ha di mira, quindi, la salvaguardia del contenuto precettivo dei diritti di libertà e, quindi, quella "paratia antincendio" che determina il *proprium* del discorso giuridico[115].

Eppure, questa teorizzazione, se ha il pregio di esaltare il carattere normativo e direttamente precettivo dei diritti di libertà, non sembra tenere in debita considerazione la particolare natura dei valori incorporati dalla Costituzione liberaldemocratica, che fa del testo costituzionale qualcosa di radicalmente diverso rispetto ai comuni testi giuridici, né le particolari garanzie istituzionali che assistono le situazioni soggettive ivi previste. Il fine delle riserve di legge non può esaurirsi nella *ratio* garantista della provenienza da istituzioni rappresentative, confidando nell'identificazione concettuale del corpo rappresentativo (autore della legge), nella generalità dei cittadini (beneficiari dei diritti)[116], e nella pretesa democrati-

zione assume in questa sede una funzione metodologica, ma è noto l'intento polemico di Forsthoff che, identificando Costituzione e Stato di diritto, escludeva che lo stato sociale e gli obblighi pubblici ad esso corrispondenti fossero concetti di natura prescrittiva o, comunque, costituzionalmente rilevanti (ivi, p. 64). Ancora oggi, pur da una prospettiva radicalmente diversa, vi è chi sottolinea l'afflato ideologico delle tassonomie dei diritti, ritenuti delle «non definizioni» che trovano il proprio paradigma nelle regole di preferenza di volta in volta in volta espressa dal giudice: così R. BIN, *Diritti e fraintendimenti,* cit., pp. 355 e ss.

[114] Sulla funzione didattico-espositiva dell'approccio dogmatico, capace di ridurre la «[…] molteplicità della materia giuridica a forma unitaria, grazie alla quale viene partecipato non un sistema rapsodico […] bensì un sapere sistematico», cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 47.

[115] Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., p. 308, che pure non si accontenta di una teoria meramente liberale, in funzione contro-maggioritaria della Costituzione. La teoria habermasiana dei diritti fondamentali non è una teoria contro-maggioritaria: i diritti sono, piuttosto, *condizioni procedurali relative alla genesi democratica delle leggi*, che per un verso tutelano l'autonomia privata, dall'altro rendono possibile la stessa azione orientata all'intesa e, quindi, l'autonomia politica dell'individuo attraverso l'azione comunicativa. Sul punto cfr. anche *infra*, cap. II, § 7.1.

[116] In base al giudizio di equivalenza tra volontà generale e volontà della maggioranza parlamentare, già proposto dal Syeyes e definitivamente ripreso nel parlamentarismo "estremo" di R. CARRÉ DE MARBERG, *La loi expression de la vo-*

co-illuministica – rivelatasi storicamente fallace – di considerare l'atto legislativo una fedele rappresentazione di valori socialmente condivisi[117]. Questa costruzione teorica, se poteva reggere nello Stato di diritto, fondato su un concetto unitario di sovranità popolare risultante del rapporto tra popolo, assemblea parlamentare e legge, è superata dall'organizzazione dello Stato costituzionale, che sposa una realtà istituzionale «poliarchica», «articolata in una molteplicità di […] organi […] che non riconoscono la presenza di unico centro ordinante, ma svolgono le loro funzioni secondo la complessa mappatura tracciata dal disegno costituzionale»[118]. In un contesto in cui la legge non è più la misura dei diritti, e la sovranità parlamentare diviene una tre le tante epifanie della sovranità della Costituzione, una teoria eminentemente formale dei diritti di libertà non riesce a superare il paradosso istituzionale di disposizioni costituzionali che «da un lato autorizzano il legislatore a operare delimitando e conformando la libertà, dall'altro sono un limite per il legislatore»[119].

D'altro canto, le peculiarità d'accesso del sindacato di legittimità costituzionale, e la successiva evoluzione dei rapporti tra po-

---

*lonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875,* (1931), trad. it. *La legge espressione della volontà generale,* Milano, 2008, pp. 25-27. Sulla originaria *ratio* garantistica dalla riserva di legge (come riserva di competenza legislativa nella sfera di libertà individuale) negli assetti duali tipici delle monarchie costituzionali, cfr. per tutti S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali* (1963), in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti,* Milano, 2010, pp. 46 e ss.)

[117] La finzione borghese dell'atto legislativo quale rappresentazione neutrale di «strutture sociali unitarie e sistemi i valori omogenei» (così C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica,* Roma, 1984, p. 28) trova una denuncia sistematica in parte della dottrina tedesca di epoca weimariana. In tal senso, ancorché da posizioni opposte, cfr. la critica della democrazia parlamentare, considerata incapace di comporre a unità le spinte centrifughe della società pluralista, di C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), trad. it. *Parlamentarismo e democrazia,* Cosenza, 1998, 84 e ss., e di O. KIRCHHEIMER *Bedeutungswandel des Parlamentarismus* (1928), trad. it. *Trasformazione di significato del parlamentarismo,* in ID., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale,* Bari, 1982, pp. 27-32.

[118] Così E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive.* Napoli, 2006, p. 22.

[119] P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1983), trad. it. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale,* Roma, 1993, p. 150.

tere giudiziario e controllo di costituzionalità danno «un significato più ampio alla tradizionale correlazione tra diritto e azione»[120], ed impediscono che i diritti di libertà si traducano in semplici pretese giuridicamente azionabili davanti alla Corte costituzionale[121].

## 4. *Concetto materiale di Costituzione e dimensione assiologica delle libertà*

La ricostruzione, in chiave esclusivamente dogmatica, delle pretese individuali non riesce ad offrire una lettura unitaria delle libertà, in un quadro costituzionale che riconosce, accanto a fattispecie a struttura condizionata, una pluralità di disposizioni che presentano una «eccedenza in contenuto assiologico»[122] che, secondo gli approcci più radicali, farebbero addirittura riferimento a «precetti morali, definizioni, velleità, programmi, propositi […] camuffat[i] da norme giuridiche […] ma [che] norme giuridiche non sono»[123]. In tal senso, nonostante la pari efficacia giuridica delle norme costituzionali non possa essere messa in discussione, è

[120] Così A. BARBERA, "*Nuovi diritti": attenzione ai confini,* in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali,* Torino, 2004, p. 31.

[121] In fondo, se l'analisi dei diritti di libertà dovesse limitarsi alla loro azionabilità davanti alla Corte costituzionale, potrebbe paradossalmente ritenersi che, anche a causa della mancata previsione di un ricorso diretto, non sia stata raggiunta in Italia «quell'effettività dei diritti dell'uomo di fronte ai pubblici poteri che pur sembra la mèta di ogni ordinamento giuridico moderno». Così M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco),* Milano, 1955, p. 13.

[122] Questa era la scettica posizione di E. BETTI sui principi generali del diritto, *Teoria generale dell'interpretazione,* vol. II, Milano, 1990, pp. 849-850, classificati come «criteri immanenti all'ordine giuridico, caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)». Tale «eccedenza […] rende ragione della loro ripugnanza ad una formulazione in termini precettivi». Non è un caso che lo stesso A. considerasse le norme costituzionali sui diritti «illusorie formule di compromesso tra partiti», frutto della «ritornante illusione di additare all'umanità l'indirizzo definitivo del suo laborioso cammino» (E. BETTI, cit. ult., p. 848).

[123] Cfr. il noto intervento di Calamandrei in Assemblea plenaria, il 4 marzo del 1947, che, non caso, sottolineava la necessità di inserire le norme programmatiche in un preambolo, che avrebbe svolto, all'uno, funzione di indirizzo per il legislatore, e criterio di interpretazione per il giudice e l'amministrazione.

pur vero che le norme costituzionali sui diritti di libertà devono essere declinate nell'ambito di un contesto normativo atipico, caratterizzato da norme a fattispecie aperta[124] che rimandano a plurimi «processi politici di integrazione e di sviluppo dell'ordinamento giuridico»[125].

È stato messo in luce da tempo, infatti, persino tra i maggiori teorici del positivismo (ancorché nella sua versione «debole»[126]), che ogni prescrizione presenta una trama aperta e indeterminata (*open texture*)[127] che richiama, accanto ad un nucleo di significato stabile (*core*), un'area semantica più sfumata (*penumbra*)[128] che

[124] La categoria delle norme a fattispecie aperta, originariamente coniata dalla dottrina in relazione alle disposizioni sulla forme di governo, particolarmente idonee ad essere integrate dalle dinamiche del sistema dei partiti e dalla prassi istituzionali (così L. ELIA, *Governo (forme di),* in *Enc. dir.,* XIX, Milano, 1970, p. 640 nonché più recentemente, T. F. GIUPPONI, *Il governo nel sistema bipolare,* in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali,* Bologna, 2008, p. 52) può ricomprendere anche altre norme costituzionali (e, tra queste, le norme sui diritti di libertà) come ritiene, tra gli altri, anche M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione,* cit., p. 81.

[125] Così A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* Milano, 2001, p. 398.

[126] Così H.L.A. Hart, nel suo *Poscritto* a *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto,* Torino, 2002, pp. 321 e ss. definisce la propria proposta rispetto a quanti (Dworkin su tutti), in senso critico rispetto alla posizione hartiana, sostengono la necessaria connessione tra diritto e morale. Hart non esclude che, in sistemi giuridici storicamente determinati, la norma di riconoscimento (e cioè la *summa* dei criteri seguiti nell'ordinamento per individuare il diritto *valido*) possa richiedere, quali criteri di validità giuridica, la conformità del diritto a valori sostanziali. In questo senso, il contenuto del diritto può essere individuato da fonti propriamente giuridiche senza riferimento alla morale «tranne nel caso in cui il diritto […] ha esso stesso incorporato criteri morali per la propria identificazione» (ivi, p. 343).

[127] In questo senso, «la struttura aperta del diritto significa che vi sono, in realtà, delle sfere di condotta in cui deve essere lasciato molto spazio all'attività dei tribunali che decidono, alla luce delle circostanze, tra interessi in conflitto che variano di importanza di caso in caso». Così H.L.A. HART, *Il concetto,* cit., pp. 158-159.

[128] Cfr. H.L.A. HART, *Positivism and Separations of Law and Morals,* in 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1957), p. 607, ID., *Il concetto di diritto,* cit., p. 148. Nella formulazione hartiana, chiaramente, la distinzione tra *core* e *penumbra* serviva a replicare all'obiezione, di ascendenza realista, secondo cui l'applicazione del diritto sarebbe endemicamente rivolta ad esiti indeterminabili *a priori*. Per la controobiezione alla distinzione di Hart cfr. L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630, 661–69 (1958), secondo il quale anche l'applicazione deduttiva del nucleo duro della norma troverebbe sempre, a monte, un giudizio di natura pratico-morale.

attribuisce all'enunciato normativo una certa elasticità e, quindi, una connaturata capacità di adattamento alla «non raggiungibile varietà del concreto»[129].

Quest'osservazione vale a maggior ragione per gli enunciati costituzionali che incorporano principi e diritti di libertà ove, almeno a voler riprendere categorie dall'evidente accento analitico, particolarmente marcato è l'aspetto costitutivo: le disposizioni sui diritti di libertà, infatti, non governano comportamenti esistenti anteriormente «cioè definiti senza riferimento alla regola e pertanto logicamente anteriori alla regola». Esse «creano la possibilità stessa di intraprendere un'attività di un certo tipo, poiché esse definiscono e […] costituiscono un'attività che non potrebbe esistere altrimenti»[130].

È difficile, tuttavia, considerare gli oggetti descritti dalle disposizioni sulle libertà enunciati linguistici costitutivi di semplici attività materiali. Le norme costituzionali sui diritti di libertà hanno, infatti, un lessico icastico dalla forte vocazione assiologica, che le avvicina, quanto a struttura, ai concetti normativi indeterminati (cd. clausole generali)[131]. Questi ultimi si differenzierebbero dalle prime, al più, solo per essere frammenti di norme, frutto di

[129] Così R. BIN, in *Ragionevolezza e divisione dei poteri,* in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 78 che riprende la sentenza della Corte costituzionale n. 644/1988. In senso analogo v. anche F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 72. Secondo l'A, rimarrebbe sempre aperta la possibilità di ridefinire la trama delle norme «perché il mondo stesso è di per sé variabile, le regole che fanno perno sulla relazione empirica tra generalizzazione e giustificazione rimangono vulnerabili alle future scoperte o eventi che falsificherebbero ciò che era prima ritenuto una verità universale o escludente. […] Anche la più calzante e precisa delle regole è potenzialmente imprecisa».

[130] Si applica così la distinzione (cui fanno riferimento i virgolettati) di F. SCHAUER, *Le regole del gioco,* cit., pp. 32 e 33. La distinzione tra "regolativo" e "costitutivo" si deve ai filosofi del linguaggio e, in particolare, a J. SEARLE, *Speech acts: an essay in the philosophy of language* (1969), trad. it. *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio,* Torino, 1976, pp. 61- 72.

[131] Sulla natura delle clausole generali, quali frammenti di norme costituite da sintagmi determinabili attraverso il ricorso a parametri di giudizio anche esterni all'ordinamento giuridico cfr. l'ormai classica opera di K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken* (1968), trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico,* Milano, 1970, pp. 170 e ss., nonché, da ultimo, F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive,* in *Quad. cost.,* 2012, pp. 285 e ss.

un'intenzionale tecnica di redazione del testo costituzionale[132]. La tensione extra-normativa rappresenta, infatti, l'*ubi consistam* di molte delle disposizioni della Costituzione, comunque suscettibili di analitica distinzione per il particolare oggetto di disciplina[133]. È, quindi, la particolare materia disciplinata che qualifica queste norme, la «tipicità dei contenuti»[134] che, a sua volta, rinvia alla particolare natura del documento giuridico in cui quelle sono inserite. Emerge, così, la specificità della Costituzione, che regola «[…] il generale ordine politico […], e quindi, [i] valori coessenziali alla forma di Stato»[135], un sistema materiale dotato di un certo grado di compiutezza[136], e che, quindi, non può essere inquadrata in schemi esclusivamente logico-formali, come mero vertice della gerarchia delle fonti, con una forza sovraordinata rispetto agli altri atti normativi[137]. La Costituzione, infatti, non ha solo il compito di ordina-

[132] Così F. PEDRINI, *Clausole generali,* cit. ult., p. 296.

[133] Così A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali,* in *Giur. cost.,* 1997, pp. 3070-3071, che riconosce comunque la validità teorica della distinzione tra disposizioni programmatiche e disposizioni di principio. Come è stato rilevato, tuttavia, questa distinzione ha una valenza analitica e ricognitiva, quanto meno i relazione a quei diritti sociali "incondizionati" o *self-executing,* su cui diffusamente A. BALDASSARE, *Diritti sociali,* in *Enc. giur.,* vol. XI, t. I, Roma, 1989, pp. 28 e ss.

[134] L'espressione è di E. CHELI, *Lo Stato costituzionale,* cit., p. 18.

[135] Come vi possono essere disposizioni ordinarie che non hanno forza di legge ma possiedono comunque valore costituzionale, così non tutte le disposizioni costituzionali contribuiscono a fornire l'identità materiale dell'ordinamento. Sulla distinzione tra norme costituzionali in senso materiale ed in senso solo formale cfr. C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)* (1962), ora in *"Una e indivisibile"* Milano, 2007, pp. 129 e ss., nonché A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica,* ivi, pp. 11 e ss., ID., *Ordinamento costituzionale e Carte costituzionali,* in *Quad. cost.*, 2010, pp. 332 e ss.

[136] Sul punto si ritornerà, ma sulla Costituzione come ordine di valori, che integra gli appartenenti di una nazione *nel* popolo, R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale,* Milano, 1988, p. 245.

[137] Sull'essenza anfibologica della Costituzione si sono soffermati autori di diversa estrazione culturale come A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale,* Bologna, 2003, pp. 20 e ss., e C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della Costituzione,* Milano, 1984, pp. 38 e ss., che distinguono la nozione formale (*Law of the Constitution, Verfassungsgesetz*) dal sostrato materiale (*Constitution*, *Verfassung*) della Costituzione.

re gerarchicamente le norme dell'ordinamento ma anche – in quanto lascito del potere costituente – di identificare i valori di una data comunità in un determinato momento storico[138].

Le aspettative assiologiche incorporate dalla Costituzione repubblicana non sono valori assoluti e metastorici, organizzati in un sistema deduttivo fondato su un principio primo, ma sono «[…] punti di vista storicamente condizionati, la cui validità dipende da un consenso sociale-politico fissato nel patto costituzionale»[139]. In tale contesto, i valori costituzionali assumono una duplice funzione: per un verso, essi hanno un ruolo epistemico che include i criteri ultimi di valutazione presupposti da una determinata organizzazione sociale[140]; per un altro, proprio per il fatto di essere incorporati in norme positive gerarchicamente sovraordinate, essi svolgono una funzione dinamica di orientamento e di integrazione; funzione che esprime non solo «la preferibilità di beni […] che possono essere acquisiti o realizzati tramite un agire finalistico»[141], ma anche l'«unità individuale» dello Stato, «una totalità determinata dalla concretizzazione […] dello spirito rispetto ai valori di […] condizioni storiche concrete»[142].

Il rapporto tra Costituzione e legalità ordinaria si traduce quindi non solo in uno sdoppiamento formale, ma anche in una di-

[138] I valori incorporati nella Costituzione sono frutto di un consenso sugli "elementi costituzionali essenziali" delle forze che diedero vita alla Costituente, che tradussero in formule giuridiche una cornice assiologica condivisa. L'accordo sui valori fondamentali lascia tendenzialmente impregiudicata la scelta istituzionale intorno al loro sviluppo. Per una critica alla tralatizia idea che concepisce le disposizioni costituzionali come decisioni di compromesso risolutive del conflitto sociale cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* cit., p. 11, R. BIN, *Cos'è la Costituzione,* in *Quad. Cost.,* 2007, p. 27, ma anche, seppure con diversi approdi in termini di teoria generale della Costituzione, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo,* Roma-Bari, 2009, pp. 5-10.

[139] Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica,* cit., p. 57.

[140] Esula da questo lavoro, comunque, ogni tentativo di classificazione del concetto di valore nelle diverse teorie etiche, che pure rimandano a diverse gradazioni cognitiviste. Sul punto, cfr. la *summa* di A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica: problemi e ipotesi,* Napoli, 2009, pp. 3-92.

[141] Così qualifica i valori J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., p. 303, pure nell'ambito di una distinzione rigida tra portata deontica delle norme e significato teleologico dei valori.

[142] R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 101.

stinzione sostanziale, che presuppone un'alterità qualitativa tra enunciati costituzionali e normazione ordinaria, e che rimanda a «[…] due distinti e autonomi fondamenti giustificativi: da una parte la forza obbligante della [C]ostituzione, che riflette una credenza di razionalità rispetto al valore; dall'altra parte, la forza obbligante della legge, che rispecchia, invece, una credenza di razionalità rispetto allo scopo[143]». In altri termini, all'orizzonte finito degli obiettivi tipico dell'utilitarismo legislativo, la Costituzione oppone ciò che vale in sé[144], e che orienta – ma non determina – l'azione degli individui e dei soggetti istituzionali protagonisti dell'ordinamento cosituzionale.

### *4.1. Dalla legalità costituzionale alla legittimità. Elementi "positivi" nella teoria delle libertà*

Quest'approccio produce una scissione all'interno del concetto unitario di legalità, che caratterizzava lo Stato di diritto: le norme costituzionali non sono solo espressione di una legalità di rango

---

[143] Così C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica,* cit. p. 122, che applica le categorie weberiane dell'agire sociale, esposte in M. WEBER, *Wirtshaft und Gesellschaft* (1922), trad. it. *Economia e società,* I. *Teoria delle categorie sociologiche,* Milano, 1995, pp. 21 e ss., ai rapporti istituzionali posti dalla Costituzione. Nello stesso senso, chiaramente, anche F. MODUGNO, *Interpretazioni per valori e interpretazione costituzionale,* in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale,* Napoli, 2008, p. 31, che sottolinea come le norme costituzionali non si distinguano tanto per «struttura modale» rispetto alle altre norme giuridiche, quanto per l'oggetto, che «[…] tende […] a differenziarsi, come costitutivo dell'esserci e dei fondamenti di un determinato ordinamento giuridico (la c.d. materia costituzionale)».

[144] Così anche A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995, p. 301, che pure sottolinea, al fine di mantenere la precettività del testo costituzionale, il rapporto necessariamente unitario tra testo costituzionale e valori da esso deducibili. Sulla nozione di "valore" come entità indipendente dal «mondo di beni in cui si manifestano», definibili attraverso l'"intuizione" del soggetto, cfr. l'etica materiale di M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik: neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus* (1927), trad. it. *Il formalismo nell'etica e l' etica materiale dei valori,* Milano, 1996, pp. 29 e ss. Sull'evoluzione, nel pensiero storico-filosofico del concetto di valore, che da entità valutabile economicamente diviene bene immateriale che trascende la realtà fenomenica, S. BASILE, "*Valori superiori", principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie,* in *Giur. cost.*, 1993, pp. 2201 e ss.

superiore, formalmente sovraordinata rispetto alla legge, ma fondano anche la legittimità del sistema attraverso una «aspettativa di unificazione» della comunità politica[145]. In tal senso, la Costituzione, che si appropria del dominio intorno al valore, sgrava la legge «da quell'onere di fondatezza *a priori*», conferendole, paradossalmente, «una posizione di relativa autonomia»[146]. In altri termini, non può non rilevarsi come il rapporto tra la Costituzione ed il sottostante ordinamento giuridico non possa essere esclusivamente ricostruito sulla base di un rapporto di validità o di mera derivazione logica: «norme costituzionali e norme legislative non sono affatto termini omogenei aventi il medesimo valore», perché «[…] non è possibile confondere questioni attinenti [a]i valori giuridici con questioni attinenti alla gerarchia delle fonti e degli atti giuridici»[147].

La tensione verso i valori non appartiene, chiaramente, solo ai primi dodici articoli della Costituzione, non a torto considerati il codice genetico dell'ordinamento repubblicano, ma è presente anche nelle disposizioni sulle situazioni individuali[148]. Questi ultimi esprimono, oltre che regole precettive di condotta, come vorrebbe una teoria formale della Costituzione, anche norme di valore: proprio perché «il sistema di riferimento entro cui operano i diversi enunciati normativi […] "struttura" le norme, piegandone lo stesso carattere specifico», la connessione tra principi fondamentali e situazioni soggettive orienta queste ultime in senso materiale[149]. Poi-

[145] Mentre il concetto di legalità richiama «la necessaria affermazione del fondamento legislativo e della conformità alla legge di ogni manifestazione dei pubblici poteri […]», la legittimità contribuisce alla «[…] giustificazione della titolarità e dell'esercizio dei pubblici poteri alla luce di determinati valori e principi». Così T. F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali,* Torino, 2005, p. 111.

[146] C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale,* cit., rispettivamente p. 109 e p. 124.

[147] Così A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit., p. 18, nonché, soprattutto, pp. 469 e ss.

[148] In questo senso, chiaramente, G. AZZARITI, *Interpretazione e teorie dei valori. Tornare alla Costituzione,* in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo,* Napoli, 2000, p. 241, ma in senso affine anche A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione,* in *L'interpretazione della legge,* cit. ult., 223 e ss.

[149] Così G. AZZARITI, *ibidem.*

ché l'oggetto individuato da ciascuna libertà richiama, in astratto, beni della persona (la proiezione fisica e spaziale, la comunicazione privata, la manifestazione del pensiero, e così via), la delimitazione dell'oggetto non può non avvenire attraverso l'individuazione della *ratio* di tutela costituzionale che, a sua volta, rimanda al postulato di valore richiamato dagli enunciati costituzionali[150]. I diritti di libertà sono, allora, anche diritti fondamentali, nel senso che concorrono a fondare le istanze assiologiche di base che danno identità all'ordinamento[151].

In quest'ottica, lo specifico oggetto di tutela della disposizione costituzionale non svolge solo la funzione di delimitare, in funzione applicativa, la fattispecie costituzionale, ma ha anche il compito (soprattutto se enunciato insieme ad un esplicito contro-limite) di richiamare il particolare sistema di valori che vincola l'azione dei soggetti istituzionali in una determinata materia[152].

In fondo, a questa conclusione può giungersi anche per altra strada, attraverso gli schemi tipici della logica delle norme: se ogni norma (e quindi anche quelle relative ai diritti di libertà) è una

---

[150] In tal senso già A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale,* Milano, 1967, p. 40: «[…] si tratterà di rinvenire la *ratio* (condizionata dal "valore" preso in considerazione dalla norma) della fattispecie normativa di tutela della pretesa e si presenterà, quindi l'utilità di un'indagine sull'oggetto dell'interesse […]». Sul procedimento di individuazione della *ratio legis* come processo di astrazione teleologica e assiologica Cfr. L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica,* Padova, 1954, pp. 207 e ss.

[151] «[…] [A] prescindere da ogni validità di diritto positivo, i diritti fondamentali proclamano un determinato sistema di valori, destinato a essere il senso della vita statale costituita dalla Costituzione». Così R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 246. Evidenti le influenze smendiane su alcuni autori contemporanei, primo tra tutti P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali,* cit. p. 177, che ritiene i diritti fondamentali «*punto di partenza* per *prendere e avere parte* a processi politici, economici e culturali; in tal senso essi sono una componente di *integrazione*» (corsivi nel testo). Sulla funzione «identitaria» dei diritti fondamentali, condizioni *a priori* della democrazia pluralista cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili,* cit., pp. 14 e ss.

[152] In questo senso, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori,* cit. pp. 657-658, G. AZZARITI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., pp. 243-244 (che non a caso citano, a mo' di esempio, l'art. 21 della Costituzione). Nonostante lo stesso AZZARITI sottolinei come il limite espresso valga «[…] a definire una gerarchia», questa risulta stabilita solo in prima approssimazione, «[…] perché, approfondendo l'analisi, bisognerebbe considerare l'insieme dei valori coinvolti, che potrebbero sfumare una precisa gerarchizzazione […]» (così AZZARITI, *ibidem*).

proposizione normativa strutturata secondo le forme dell'imperativo ipotetico (se è x deve essere y), l'apertura ai valori, e quindi alla *ratio* di tutela, è necessaria non solo per la vaghezza della protasi cui si accennava *supra*, ma anche per la tendenziale indeterminatezza della conseguenza giuridica (dell'apodosi normativa), espressamente prevista solo in alcuni precetti costituzionali riguardanti i diritti di libertà[153].

La natura materiale della Costituzione richiede, allora, un arricchimento della teoria formale della norma costituzionale. Il nesso tra principio personalista e diritti di libertà evidenzia la dimensione sostanziale di questi ultimi, che altro non sono che frammenti del generale momento libertario espresso dall'art. 2 Cost. Lo schema legalistico dei diritti di libertà, quali mere pretese individuali all'astensione del pubblico potere, risulta in parte superato: se l'esercizio di ciascun diritto di libertà è affermazione del principio personalista, la dimensione propriamente costituzionale delle situazioni soggettive non è solo negativa, ma coincide con una richiesta alla valorizzazione delle facoltà individuali connesse al bene individuato dalle singole fattispecie[154]. Nello Stato costituzionale, il concetto politico di libertà non si esaurisce nell'assenza di interferenze da parte di soggetti terzi. Esso si arricchisce di un significato positivo, quale pretesa al libero sviluppo delle potenzialità umane. In vista dell'ambizioso raggiungimento dell'assoluta padronanza di se stessi[155], la libertà diviene sinonimo di un'istanza di liberazione

[153] Proprio perché l'apodosi normativa non sempre è enunciata nelle disposizioni che riconoscono diritti di libertà, non è metodologicamente corretto sostenere che queste siano sempre regole condizionate. Piuttosto, sembra più appropriato ritenere che nell'ambito della disciplina costituzionale sui diritti di libertà, si trovino anche specifiche fattispecie condizionate, come sono, ad esempio, l'art. 13. 3, o l'art. 21.4 Cost.

[154] Ciò non comporta, chiaramente, una rinuncia allo schema giuridico del diritto soggettivo, strumento normativo affinché rilevi, giuridicamente, la pretesa individuale. Cfr. A. BARBERA, *Nuovi diritti: attenzione ai confini,* cit. p. 29: «le libertà non possono esaurirsi nei diritti soggettivi […], ma non può darsi una libertà se non ha un diritto soggettivo tra i propri tipici strumenti di tutela».

[155] Per questa definizione di libertà positiva, considerata concettualmente in conflitto con la libertà negativa quale «non interferenza», I. BERLIN, *Due concetti di libertà,* cit., pp. 197 e ss. Nell'approccio liberale e analitico del filosofo inglese, il concetto di libertà positiva è un concetto romantico, anti-illuminista, che prelude, nei casi più estremi, alla tirannia della maggioranza e all'assorbimento

dai rapporti di dominio che innervano la società[156]. Come è stato rilevato, «nelle costituzioni del secondo dopoguerra […] le norme sui diritti fondamentali istituzionalizzano valori meta-legislativi riconosciuti dalla costituzione quali istanze assiologiche di controllo delle scelte del diritto positivo. […] Perciò i diritti fondamentali non hanno più soltanto una funzione soggettivo-individuale di garanzia del cittadino contro lo Stato, ma svolgono anche una funzione oggettivo-istituzionale di integrazione dell'individuo nel sistema sociale, e in questo senso si qualificano come diritti di partecipazione ai processi della produzione sociale (materiale e culturale)»[157].

Da tale considerazione discende un ulteriore corollario: non è più attuale la rigida distinzione, tipica della teoria liberale dei diritti pubblici soggettivi, tra ordine politico e sistema giuridico, tra concetto politico di *libertà* e nozione giuridica dei *diritti di libertà*: l'esplicita enunciazione del principio personalista svela la natura essenzialmente *politica* delle situazioni soggettive richiamate dalle disposizioni costituzionali, che richiedono, oltre ad un comportamento omissivo, un attivo obbligo di implementazione da parte dei pubblici poteri.

Risulta, quindi, necessario, «utilizzare come peculiari schemi conoscitivi più istituti di libertà che diritti di libertà […] all'interno dei quali trovino spazi ovviamente anche i pur necessari […] diritti *da* libertà. Tutto ciò in un quadro complessivo che veda il cittadino rivendicare più "contropoteri" che libertà e il potere pubblico cor-

---

dell'individuo in un magma totalizzante. Per una critica repubblicana all'atomismo liberale, che non tiene in considerazione le concrete relazioni della persona nella comunità politica, cfr. P. PETIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* (1997), trad. it. *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, 2000, pp. 27 e ss.

[156] Per un terzo concetto di libertà quale «assenza di dominio», che supera la classica dicotomia libertà negativa/positiva, cfr. P. PETIT, *Il repubblicanesimo,* cit. ult., pp. 31 e ss. Secondo l'A., mentre l'interferenza rinvia ad un mero ostacolo di fatto all'esercizio delle facoltà individuali, il dominio richiama la presenza di uno *status* di subordinazione giuridico-sociale della persona.

[157] Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica,* cit., p. 74, ma sulla Costituzione come *processo* da sviluppare piuttosto che quale *dato* da rispettare cfr. anche F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale,* vol. I, Milano, 1970, pp. 109 e ss. (spec. p. 114).

relativamente "promuovere" oltre che "garantire libertà", in un quadro che tenda quindi al superamento della vecchia e consolidata concezione delle libertà come mere libertà *dallo* Stato», della libertà, cioè, «come mero diritto individualistico»[158]. In altri termini, mentre nello Stato liberale di diritto ciò che rilevava era solo la garanzia negativa dall'intervento pubblico, nello Stato costituzionale assumono rilievo tutte le possibili affermazioni della personalità individuale, a partire proprio dagli oggetti di libertà espressamente riconosciuti in Costituzione. Ad emergere non è più (quanto meno non esclusivamente) la *struttura formale* dei diritti fondamentali, quanto la *funzione materiale* che essi svolgono nel consolidamento del rapporto tra la persona e il sistema sociale di riferimento[159].

### *4.2. L'inveramento istituzionale delle libertà*

Questa impostazione investe anche il ruolo delle garanzie poste dalla Costituzione a presidio dei diritti di libertà, che assumono, nel processo di implementazione delle libertà individuali, un significato del tutto peculiare. Nel contesto dell'ordinamento costituzionale liberal-democratico, le libertà non sono solo garanzia di difesa di interessi individuali, né si limitano a definire l'identità dell'ordinamento. Esse non sono altro che le condizioni materiali che legittimano l'azione, in funzione dinamica e integrativa, dei pubblici poteri, secondo una strategia istituzionale implicante un apparato organizzativo finalizzato alla promozione delle facoltà individuali[160].

La Costituzione, infatti, non si limita a *riconoscere* i diritti della persona, ma legittima anche un determinato assetto delle istituzioni politiche che contribuiscono a *istituire* e concretizzare le libertà nell'ordinamento giuridico[161]. In tal senso, queste ultime, non

[158] Così A. BARBERA, *art. 2*, cit., p. 76, corsivi nel testo.

[159] Per la teoria sociologica funzional-strutturalistica delle libertà, concepite come istituzioni, cfr. N. LUHMANN *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), trad. it. *I diritti fondamentali come istituzioni,* Bari, 2002.

[160] In tal senso, A. BARBERA, *art. 2,* cit., pp. 57 e ss.

[161] Vi è una convergenza, in questo senso, tra l'istituzionalismo continentale e alcune correnti del repubblicanesimo anglosassone, come dimostrano le argo-

rimandano esclusivamente a «ciò che vale in sé», ma assumono anche una portata teleologica, individuando i *fini* che orientano le procedure organizzative poste dalla Costituzione. La forza espansiva delle libertà investe anche gli organismi istituzionali (cd. istituzioni di secondo livello[162]) che, chiamati alla gestione delle norme costituzionali, diventano strumenti di *garanzia* e, soprattutto, di *sviluppo* dei valori della persona[163]. In tal senso, l'attenzione agli equilibri istituzionali e alle concrete modalità di realizzazione delle libertà impedisce sia una loro riduzione alla mera paratia garantista del diritto soggettivo sia una loro «diluzione in generiche condizioni generali di democraticità»[164]. Sia l'«ambiente asfittico dei diritti soggettivi», che rimanda alla classica relazione monodimensionale tra individuo e autorità, sia «l'ambiente rarefatto delle condizioni complessive del sistema politico»[165], che schiaccia le libertà sugli assetti organizzativi storicamente vigenti, rischiano di sterilizzare gli effetti "integrazionisti" delle libertà costituzionali impedendo, così, la promozione della persona *nella* cornice istituzionale.

L'assunto, da ultimo evidenziato, consente una riconcettualizzazione delle puntuali garanzie previste dalla Costituzione a tutela delle libertà individuali: per quanto concerne la riserva di legge, se la supremazia costituzionale non può ridursi alla mera ricognizione della superiorità formale della fonte costituzionale, la funzione garantista della riserva perde centralità a favore di una più generale concezione, materialmente orientata, dell'attività legislativa.

---

mentazioni di P. PETIT, *Il repubblicanesimo*, cit., pp. 101, pp. 132-134.

[162] La distinzione analitica tra istituzioni di primo livello e istituzioni di secondo livello è formulata da M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione*, Roma, 2010, p. 19. Le istituzioni di secondo livello sono "organismi visibili e dotati di una specifica struttura", chiamati alla gestione di regole sociali e giuridiche. Secondo questa accezione, sulla scorta dell'insegnamento di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, 1977, p. 43, l'istituzione è un ente adibito a «a fini permanenti e generali […] con un insieme di garanzie, di poteri di assoggettamenti, di libertà, di freni, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti».

[163] Così A. BARBERA, cit. ult., p. 90.

[164] A. BARBERA, *art. 2,* cit., p. 71.

[165] A. BARBERA, *art. 2,* cit., p. 72.

Questa garanzia di implementazione, tuttavia, non va ricostruita come semplice concretizzazione e meccanica attuazione[166] del vincolo imposto *ex parte constitutionis*: tale ricostruzione, infatti, non terrebbe adeguatamente in conto l'alterità concettuale che intercorre tra l'azione del legislatore, naturalmente orientata a fini contingenti, e l'aspettativa di unità intorno ai valori, posta dalla Costituzione. Eppure, come ogni agire sociale non è mai orientato verso un'unica direzione[167], potendo, nella realtà di fatto, graduarsi sino a subire una sorta di "contaminazione", anche l'azione istituzionale contribuisce, in concreto, a declinare la tavola dei valori presente in Costituzione. L'intervento della legge imposto dalla Costituzione, infatti, non solo esclude determinati oggetti dalla disciplina di poteri diversi dal legislativo, come vorrebbe la *ratio* originaria delle riserve di legge, ma attribuisce al legislatore una funzione egemone[168] di implementazione del sistema di valori offerti

[166] La costruzione del rapporto Costituzione-legislazione in senso finalistico si deve, in particolare, a quegli autori che inquadrano l'attività legislativa quale attività vincolata nel fine, eventualmente sindacabile per un «vizio della legittimità assimilabile a quello dell'eccesso di potere legislativo». Così C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., p. 1109, A.S. AGRÒ, *Art. 3*, cit., pp. 123 e ss., F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale,* cit., pp. 147, 157 e ss., ID., *L'invalidità della legge. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, vol. II, Milano, 1970, pp. 343 e ss.

[167] Così M. WEBER, *Economia e società*, cit., p. 23: «Assai di rado l'agire […] è orientato esclusivamente nell'uno o nell'altro modo. […] Questi tipi di orientamento non costituiscono affatto, naturalmente, una classificazione esauriente dei modi di orientamento dell'agire, ma sono tipi concettualmente puri […] ai quali l'agire reale si avvicina più o meno, o dei quali ancor più di frequente risulta mescolato».

[168] In questa sede, si utilizza il termine nell'accezione di A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali* cit. p. 326, che richiama il concetto gramsciano di egemonia, predicato che si riferisce «a tutti quei soggetti […] [istituzionali] che siano in grado di far prevalere propri progetti e propri sistemi di valore». Questa prospettiva è evidentemente debitrice della teoria materiale di C. MORTATI, *La Costituzione materiale* (1940)*,* Milano, 1998, 53 e ss., 201 e ss., che identifica il concetto di costituzione nel fine politico fondamentale perseguito dalla forze sociali dominanti. Per la connessione tra teorie materiali della Costituzione e nozione di egemonia cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del novecento,* Roma-Bari*,* 2000, p. 127, che pure rileva la tendenza, delle teorie materiali, a «ridurre il diritto a strumento della politica». Per una critica alle teorie materiali della Costituzione, che avrebbero il difetto di minare la precettività della Costituzione, intesa soprattutto come vincolo al potere politico, cfr. per tutti S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico,* in *Dir. soc.,* 1982, pp. 605 e ss.

dalla Carta costituzionale. In questo senso, l'azione legislativa non è indifferente rispetto alla cornice assiologica posta dalla Costituzione, come pure vorrebbe una teoria eminentemente proceduralista, né semplicemente riproduttiva dell'ordine materiale fissato in Costituzione. Essa concorre, in competizione con altri soggetti istituzionali, a conformare l'identità dello stesso ordinamento giuridico attraverso la diffusione dei valori costituzionali[169]. Ogni disposizione costituzionale sui diritti di libertà identifica, allora, un assetto di relazioni composto, per un verso, dal riconoscimento del valore personalista e, per un altro, dalle specifiche azioni istituzionali volto ad implementarlo, secondo una «[…] struttura […] costituita da un intreccio di azioni individuali, di regole organizzative e di un *telos* unificante»[170].

L'accento sull'attuazione istituzionale dei diritti di libertà comporta, ovviamente, una diversa funzione del sindacato di legittimità costituzionale: se la Costituzione individua un modello di razionalità intorno al valore, il Giudice delle leggi concorre a colmare lo iato tra l'aspettativa di unificazione posta dalla Carta costituzionale e il pluralismo dei fini che caratterizza la realtà sociale, «[…] dominata dal principio di differenziazione delle aspettative di valore»[171]. Non solo, il complesso sistema posto dallo Stato costituzionale di diritto sposa un accentuato pluralismo istituzionale che rende impossibile una gerarchizzazione aprioristica dei valori individuati dalla Costituzione e, di conseguenza, un'astratta preminenza dei diritti che di tali valori siano una specificazione.

In questo senso, il Giudice delle leggi non svolge un ruolo meramente residuale, limitato alla verifica del rispetto, da parte della legalità ordinaria, dei limiti esterni posti dalla legalità costituzionale né assume una funzione, egemone e totalizzante, di sintesi dei valori espressi dalla Carta costituzionale. Nella «delocalizzazione della sovranità», non più concentrata in un'unica sede istituzionale,

---

[169] Così A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale,* cit., p. 327.

[170] Così, pur in senso critico sugli approcci istituzionalisti, A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit. p. 24.

[171] Così C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 134, ma nello stesso senso A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza,* cit., p. 508.

ma condivisa e articolata[172], la Corte media, piuttosto, la natura polemica del pluralismo istituzionale canalizzando le opposte tensioni sociali nei binari della Costituzione[173]. Il Giudice delle leggi stempera, soprattutto nel giudizio di legittimità incidentale, il conflitto tra le istanze – mediate dai giudici *a quibus* – provenienti dalla società, e le scelte dei titolari della funzione di indirizzo politico «[…] secondo una funzione dialogica di raccordo tra *legis-latio* e *legis-executio*, tra posizione di norme generali e astratte e applicazione concreta di esse»[174].

Non è un caso che questa funzione di garanzia della legittimità (più che della legalità) costituzionale, «intesa come forma di neutralizzazione della *vis* polemica insita nei processi politici di relativizzazione dei valori» si esprima, nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, con il progressivo arricchimento dei giudizi di sussunzione, non più condotti secondo lo schema di astratta compatibilità della norma legislativa rispetto alla fattispecie costituzionale[175]. Tale osservazione sembra avvalorata sia dallo sviluppo del giudizio di ragionevolezza, che ha progressivamente "processualizzato" il principio di eguaglianza sino a richiedere che la legge dia conto delle ragioni che hanno indotto alla limitazione del diritto fondamentale[176], sia dagli studi teorico-generali sul ragionamento giudiziario. Questi ultimi, in particolare, hanno ricostruito l'attività decisionale delle Corti quale procedimento intellettuale complesso, composto dalla giustificazione esterna in chiave persuasiva delle premesse normative della decisione, e da una giustificazione inter-

[172] T. F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, cit., p. 113.

[173] Sulla possibilità di rileggere in funzione non meramente oppositiva i rapporti tra Corte costituzionale e legislatore cfr. A. MORRONE, cit. ult., pp. 523 e ss., nonché F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo* in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit. ult. p. 54

[174] Così R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri,* cit., p. 79.

[175] Così A. MORRONE, *Il custode*, cit., p. 508.

[176] Ha storicamente insistito, sul carattere processuale del sindacato di ragionevolezza, come pluralità di tecniche di giudizio a disposizione del Giudice delle leggi (che minerebbero la stessa possibilità di pensare unitariamente il principio di ragionevolezza), L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. I, Milano, 1997, pp. 901 e ss. In senso in parte affine, cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur*., Roma, vol. XIX, 1994, *ad vocem*, R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., pp. 59 e ss.

na che si esaurisce nell'attività sillogistica di riconduzione del caso alla norma[177].

Peraltro, il ruolo eminentemente persuasivo della giustificazione esterna, volto ad aumentare il consenso di un determinato uditorio attraverso la condivisione dei valori costituzionali presentati retoricamente come dati assoluti e universali[178], comporta un progressivo superamento dei canoni interpretativi logico-testuali a favore di tecniche argomentative aperte, per un verso, al contesto politico-sociale e alla dinamica dei casi concreti schermati dall'atto legislativo.

Anche alla luce di tali considerazioni, va ripensata la *ratio* delle riserve di giurisdizione, da tempo non più considerate mere garanzie procedurali che sottraggono l'oggetto di libertà dall'attività provvedimentale della pubblica amministrazione. La naturale permeabilità dell'ordinamento ai valori costituzionali comporta necessariamente una maggiore condivisione, sia in chiave garantista che propulsiva, delle istanze assiologiche sprigionate dai diritti di libertà; la riserva di giurisdizione diviene, allora, sinonimo di una «cooperazione o partecipazione obiettiva, alla funzione […] di comple-

[177] Sulla distinzione tra giustificazione esterna (o in senso largo) e giustificazione interna (o in senso stretto) v. gli ormai classici lavori di J. WROBLEWSKY, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma, 1986, pp. 206 e ss., R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrundung* (1978), trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, pp. 176 e ss., M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*: *materiali ad suo degli studenti,* Vol. II, Torino 1987, pp. 311 e ss. nonché, più recentemente, G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo*, Torino 2008, pp. 232 e ss.

[178] Sottolineano il rapporto tra il valore di una data argomentazione e il consenso intorno ad essa dell'uditorio C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentaion. La nouvelle rhétorique* (1958), trad. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica,* Torino, 1989, p. 34. Per una declinazione delle "azioni comunicative" nelle motivazioni del giudice costituzionale cfr. lo studio di A. SAITTA, *Logica e retorica nelle motivazione delle decisioni della Corte costituzionale,* Milano, 1996, pp. 104 e ss.

tamento e (ri)determinazione, in chiave interpretativa e attuativa, delle regole o dei principi costituzionali e legislativi […]»[179].

In questo senso, anche l'esercizio della funzione giurisdizionale, e la sottoposizione del giudice alla legge, di cui all'art. 101.2 Cost, si colorano di nuove sfumature: se nella dogmatica liberale dei diritti di libertà il giudice agisce sotto gli impulsi della legge formale, che individua regole *aliunde* definite che richiedono un'applicazione certa e automatica, il processo di integrazione innescato dai valori costituzionali coinvolge la giurisdizione nell'opera di definizione e di tutela dei diritti anche oltre la lettera della legge: «[l]a prevalenza della fedeltà alla costituzione, rispetto alla fedeltà della legge […], da una parte aumenta il raggio di azione del giudice, non più ristretto nei limiti angusti della giustizia formale, dall'altra restringe la sua discrezionalità perché non consente una qualsiasi scelta nel momento della concretizzazione della norma generale e astratta, ma solo quelle scelte che appaiono orientate verso i fini stabiliti dalla costituzione»[180]. Il giudice non svolge così, solo una funzione asettica di applicazione della legge ma, gravato dall'onere di "aggiudicare" i diritti costituzionali, partecipa al processo di integrazione dell'ordinamento «alla stregua di una concezione della Costituzione stessa che non si limit[i] a rappresentarne staticamente la supremazia gerarchica, ma che [sia] tesa a valorizzarne le virtualità propulsive nei confronti dei processi di produzione giuridica dell'ordinamento»[181].

---

[179] Così V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali,* cit., p. 183.

[180] Si esprime così G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., p. 8.

[181] In questo senso P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune,* in B. CARAVITA, (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti,* Napoli, 2012, p. 157. L'inserimento del giudice nei processi di integrazione costituzionale mette in crisi, come già notava C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice,* cit., p. 9, lo stesso concetto di indipendenza presupposto dall'art. 101.2: «[n]at[o] quasi in simbiosi con l'istanza di neutralità della giurisdizione, della quale costitutiva formale salvaguardia, all'impatto con la pluralità dei valori costituzionali, si converte nel suo opposto: garanzia di politicità del giudice nel nome del pluralismo». Da ultimo, per una lettura aggiornata dell'art. 101 Cost., nel senso di una subordinazione del giudice non alla legge ma al «diritto», fondamento di una sua legittimazione contro-maggioritaria cfr. D.

Quest'osservazione, come si vedrà nel corso del lavoro, si riverbera sulle stesse modalità argomentative del giudice, che «rinuncia alla dogmatica, rassicurante ma a volte poco adeguata, della fattispecie astratta e del diritto soggettivo, per addentrarsi nel 'campo minato' dei principi e dei valori costituzionali, modellando di fatto il proprio *modus decidendi* su quello del giudice delle leggi»[182].

È pur vero che la *ratio* della riserva di giurisdizione, in quanto istituto di diritto positivo, richiama comunque un'attività giurisdizionale collocata nell'ambito della dialettica individuo/autorità e, quindi, in relazione alla tutela "verticale" dei diritti di libertà tipica della modellistica liberale del diritto pubblico soggettivo. L'accento sull'aspetto positivo delle libertà costituzionali, tuttavia, oltre a ridurre lo scarto tra la Costituzione e la realtà sottostante, tra il dover essere del documento giuridico e l'essere dei rapporti sociali, sottolinea la naturale porosità dell'ordinamento rispetto alle infiltrazioni assiologiche causate dalle norme costituzionali[183].

In questo senso, la funzione giurisdizionale assume rilievo sia per la soluzione dei conflitti *inter privatorum* tra opposte aspettative di riconoscimento delle facoltà individuali sia, più nello specifico, per la necessaria ponderazione tra la tutela della situazione soggettiva individuale e le prerogative riconducibili a «gruppi, comunità, soggetti collettivi o dotati di posizioni comunque dominanti»[184]. Il ruolo crescente della funzione giurisdizionale, oltre che da ragioni contingenti[185], è dovuta alla dimensione positiva e materia-

---

BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al Diritto: contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana,* Napoli, 2008, pp. 99 e ss.

[182] Così P. MEZZANOTTE, *ibidem*. Rileva questa tendenza, in senso critico per l'accentuata politicizzazione del ruolo del giudice che deriverebbe dalle operazioni di bilanciamento, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo),* in *Rivista AIC,* n. 3/2012, p. 9. In senso ugualmente critico v. M. MANETTI, *La delega al giudice dell'applicazione della Costituzione come sistema di governance,* in *Dem. dir.,* 2011, pp. 64 e ss.

[183] Se così è, la Costituzione, che si colloca «ai confini tra "l'"essere" della società e il "dover essere" del diritto, può dirsi contemporaneamente diritto e fattore ordinante del diritto stesso». Così A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale,* cit., p. 329.

[184] Così G. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., pp. 36–37.

[185] Su cui, diffusamente, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici,* cit., pp. 220 e ss.

le delle libertà negli ordinamenti costituzionali, che oltrepassa la mera dialettica individuo/autorità, (presupposto della dogmatica dei diritti pubblici subiettivi) per abbracciare i rapporti individuo/comunità con riguardo sia agli atti di autonomia privata sia ai rapporti tra posizioni individuali e gruppi privati che agiscono in posizione di supremazia[186].

La configurazione dei diritti di libertà quali valori che irradiano l'intero ordinamento comporta, ovviamente, che specifici "frammenti" di libertà possano rinvenirsi nelle diverse costruzioni istituzionali dell'ordinamento. Una funzione fondamentale di tutela può essere svolta dalla giurisdizione amministrativa, anzitutto, quando siano le stesse disposizioni sui diritti di libertà a non prevedere espressamente una riserva di giurisdizione o, comunque, a porre le premesse per un intervento della pubblica amministrazione[187]. In tutte queste ipotesi, non può nascondersi come dietro «lo schermo dell'interesse legittimo» vi siano «situazioni "sostanziali" (utilità, beni, pretese) […] di rilevanza costituzionale (cioè collegate a diritti e beni fondamentali)», che non possono essere schiacciate «sulla mera dimensione della legalità dell'atto amministrativo e dell'interesse "procedurale" o "strumentale"»[188].

Non manca, per la verità, un risalente orientamento della Corte di Cassazione (mai formalmente smentito) che ha affermato l'indegradabilità dei diritti fondamentali e, quindi, l'inconoscibilità da parte del giudice amministrativo di tali situazioni soggettive[189];

---

[186] G. LOMBARDI, *ibidem.*

[187] Così, A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano,* cit., p. 121, ma nello stesso senso D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo,* Napoli, 2009, pp. 61 e ss.

[188] In tal senso v. A. D'ALOIA, *Il giudice amministrativo, i dritti costituzionali (e la "maschera" dell'interesse legittimo),* in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali,* Torino 2012, p. 567.

[189] Cfr. Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.,* 1980, I,1, 464 e ss., pronunciata in sede di regolamento di giurisdizione, che ha riservato alla giurisdizione ordinaria del diritto alla salute *ex* artt. 32 Cost, *sub specie* di diritto all'ambiente salubre. Su tale provvedimento, considerato vero e proprio *leading case* sul riparto di giurisdizione in tema di diritti fondamentali, cfr. F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali,* in www.giustizia-amministrativa.it, S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2009, pp. 751 e ss., P. MEZZANOTTE, *La*

eppure, vi sono, oramai, pronunce dei giudici amministrativi più possibiliste, che riconoscono una cognizione dei diritti fondamentali nell'ambito della giurisdizione di legittimità ogni volta che vi sia da tutelare l'interesse del privato ad una prestazione della pubblica amministrazione (cd. interesse pretensivo)[190]. Accanto a queste ipotesi, che tradiscono comunque un sindacato tendenzialmente deferente rispetto all'esercizio del potere amministrativo[191], si collocano casi in cui il giudice amministrativo assurge a custode di diritti fondamentali conformati dall'azione amministrativa[192]. D'altro canto, è stato definitivamente chiarito, dallo stesso Giudice delle leggi, come la giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi (che ricomprende – sino a superare dialetticamente – la tradizionale distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo), offra «piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa»[193].

---

*giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune,* cit., p. 151, M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo,* in www.giustamm.it, n. 5/2011, A. D'ALOIA, *Il giudice amministrativo*, cit., pp. 570 e ss.

[190] Parte della giurisprudenza amministrativa attribuisce ai diritti fondamentali una struttura complessa, scindibile in un «nucleo di carattere oppositivo», qualificato come diritto assoluto e affidato alla cognizione del giudice ordinario, e, appunto, in una situazione di carattere pretensivo tutelabile davanti al giudice amministrativo. Cfr. S. SPUNTARELLI *I diritti fondamentali,* cit. pp. 752-753 e giurisprudenza ivi citata.

[191] Deferenza che deriverebbe, in ultima analisi, dalla stessa natura dell'interesse legittimo, che tradisce la posizione di subalternità del cittadino rispetto alla pubblica amministrazione. Per una critica alla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, esercizio di «enigmistica giuridica» funzionale al riparto di giurisdizione e alle «dimidiate […] possibilità di tutela dei cittadini» cfr. A. BARBERA, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Corte costituzionale e Parlamento*, in *Quad. cost.,* 2004, 721, nonché, diffusamente, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (*Sonntagsgedanken*),* Milano 2005, *passim*. La debolezza teorico-generale della dicotomia è argomentata da R. GUASTINI, *"Un soggetto, un diritto, un giudice". I fondamenti teorici di una giustizia non- amministrativa*, in *Dir. pubbl.,* 2008, 45-46.

[192] Così SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali*, cit. ult., p. 753, che pure sottolinea l'altalenante tutela offerta dai giudici amministrativi.

[193] Così C. Cost., sent. n. 140/2007, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sulla devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa del controversie su procedure e provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica. La giurisdizione esclusiva conosce controversie collocate nell'ambito del sistema delle libertà costituzionali, come nel caso della libertà di

Se, come si cercherà di argomentare tra poco, le libertà costituzionali trovano nello *standard* di tutela un aspetto rilevante della propria sostanza, la funzione svolta dalla ponderazione giudiziale richiede, allora, di includere anche il giudice amministrativo nell'analisi sull'opera di armonizzazione del diritto fondamentale del singolo con altrui posizioni soggettive e con i diversi interessi pubblici[194].

### *4.3. Dimensione "reale" (o istituzionale in senso stretto) delle libertà e rilievo della tutela giurisdizionale*

Alla luce di tali considerazioni, la dimensione assiologica dei diritti di libertà arricchisce l'aspetto formale di questi ultimi, e pone in evidenza la complessa struttura che caratterizza lo Stato costituzionale di diritto. Eppure, proprio le potenzialità espansive delle libertà implicano un ulteriore arricchimento morfologico. L'attenzione all'inveramento istituzionale deve interessarsi anche agli esiti del processo di implementazione, senza risolvere la morfologia dei diritti di libertà nei rapporti istituzionali che innervano l'ordinamento. In questione non vi è la dissoluzione dei diritti di libertà in una sorta di «panlegislativismo» che elimini lo «[…] spessore costituzionale» delle libertà costituzionali, riducendole «a meri principi di ordine programmatico, incapaci di avere una vita effettiva senza un adeguato intervento del potere di conformazione del legislatore […]»[195], posto che l'accento sull'architettura istituzionale nell'attuazione dei diritti di libertà non ha quale conseguenza necessaria la *primauté* del legislatore. Piuttosto, come si è

manifestazione del pensiero e dell'AGCom; in queste ipotesi, la giurisdizione speciale concorre «[…] a garantire obiettivi sistemici fissati per legge», e quindi a realizzare i valori implicitamente richiamati dalla libertà. In tal senso cfr. D. PICCIONE, *Libertà costituzionali,* cit., p. 188.

[194] In tal senso v. anche F. CARINGELLA, *Giudice amministrativi e diritti fondamentali,* cit., che sottolinea l'indefettibile attività conformativa della P.A. sui diritti fondamentali e, di conseguenza, il necessario controllo ad opera del giudice amministrativo sulla violazione di diritti di rango costituzionale. In senso analogo, cfr. U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali,* in L. LANFRANCHI (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali,* Roma, 1997, pp. 416-417.

[195] In questo senso A. BALDASSARRE, *Libertà,* cit. p. 25.

già osservato, il pericolo è di legare eccessivamente la pratica dei diritti all'assetto dei poteri, sino a diluire le pretese individuali in generiche condizioni di legittimità del sistema politico. Affinché possa completarsi una teoria generale sui diritti di libertà, è allora necessario rivolgere l'attenzione alla dimensione "reale" delle situazioni soggettive senza trascurare ciò che avviene concretamente nell'ordinamento. Le libertà, infatti, non richiedono esclusivamente un'azione, finalisticamente orientata delle organizzazioni istituzionali (istituzioni di secondo livello), ma sono esse stesse *istituzioni* in senso stretto (o istituzioni di primo livello), cioè pratiche sociali che rilevano giuridicamente nel momento in cui entrano a fare parte delle procedure organizzate che innervano l'ordinamento[196]. Il concetto di libertà ha una dimensione istituzionale perché essa non può essere «isolat[a] dal fatto, […] l'aspetto normativo e quello fattuale sono intesi nel loro nesso di coordinazione»[197]. Il significato istituzionale dei diritti di libertà comporta che questi possano essere intesi anche come aspettative di comportamento generalizzate che contribuiscono a dare struttura a diversi sistemi sociali[198]. Nell'ambito di un ordine sociale differenziato, caratterizzato da una pluralità di sottosistemi comunicativi[199], ciascuna libertà ha la funzione di mantenere questa differenziazione sociale «nonostante le minacce che derivano dalla separazione dei sistemi e dalle con-

[196] Sono istituzioni di primo livello, secondo M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione*, cit., p. 19, le pratiche sociali che predispongono e stabilizzano modelli pubblici di condotta e socializzazione.

[197] In tal senso P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale,* cit., p. 148. Per una definizione teorico-generale dei fatti istituzionali, da distinguere dai fatti «bruti» giuridicamente irrilevanti che «hanno a che fare unicamente con l'esistenza fisica dell'universo materiale» cfr. l'approccio neoistituzionalista di N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Istitutional Theory of Law* (1986), trad. it. *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990, pp. 13-14. I fatti istituzionali, viceversa, possono essere interpretati alla luce di «pratiche umane e di leggi normative».

[198] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzioni,* cit., p. 45.

[199] N. LUHMANN, cit. ult., p. 47, p. 56: «[i] sistemi [sociali] di azione sono tali non in virtù delle concatenazioni di azioni fisiche che trovano la loro unità nell'organismo o nel loro reciproco contatto, bensì per il senso *comunicativo dell'agire* […]. Nel compiersi effettivo di un'azione *sono le comunicazioni che portano alla formazione dei sistemi,* così come, viceversa, i sistemi strutturano i processi comunicativi e, solo così, li rendono intersoggettivamente comprensibili» (corsivi aggiunti).

nesse dipendenze reciproche»[200], erigendo «sfere relativamente autonome della costruzione sociale di senso»[201].

Diviene, pertanto, indispensabile estendere l'indagine ai contesti applicativi delle libertà e, in particolare, alle procedure giurisdizionali di *adjudication* che evidenziano, secondo un'ulteriore evoluzione concettuale, la dimensione *effettiva* dei diritti di libertà: il crinale dell'effettività consente non solo di completare il procedimento di osmosi tra Carta costituzionale e ordinamento giuridico cui prima si accennava, ma anche di evitare il pericolo di confinare le disposizioni costituzionali nel limbo del «diritto politico»[202].

Nonostante in sede di teoria generale l'effettività rimanga una delle categorie giuridiche più sfuggenti[203], il cui significato muta con il variare delle scelte intorno alle opzioni metodologiche fondamentali [204], è anche vero che la tutela giurisdizionale dei diritti, per il suo legame con i casi concreti, contribuisce a conferire ai diritti di libertà una regolarità di riconoscimento che ne accentua il carattere fattuale e, quindi, effettivo[205].

---

[200] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali,* cit., p. 124. In questo senso, l'interpretazione dei diritti fondamentali come istituzione finalizzata al mantenimento di un ordine sociale differenziato «diventa accettabile solo se si valuta in modo corretto il significato della comunicazione tra gli uomini. La comunicazione è l'elementare processo sociale di costituzione di senso nei rapporti umani, senza il quale non sono pensabili né personalità, né sistemi sociali».

[201] N. LUHMANN, cit. ult, p. 134.

[202] In assenza dell'attuazione giurisdizionale della Costituzione verrebbe meno, chiaramente, la sua precettività, che non potrebbe «valere […] indipendentemente dalle aspettative, dalle pretese e dalla forza dei soggetti coinvolti […]». Così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia,* Bologna 2008, p. 162, ma nello stesso senso anche P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali,* cit. pp. 73 e ss.

[203] Così G. GAVAZZI, *Effettività* (*principio di*), in *Enc. giur.,* vol. XII, Roma, 1989, *ad vocem.*

[204] Cfr. G. GAVAZZI, cit. ult., p. 2. Così, ad esempio, se nelle teorie normativistiche l'efficacia (nel senso, appunto, di un'applicazione *effettiva*) rileva solo quale presupposto esterno di validità dell'ordinamento (così H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* [1934], *La dottrina pura del diritto,* Torino, 1966, pp. 238 e ss.), nel positivismo debole diviene, attraverso la formulazione della norma di riconoscimento, la misura per constatare l'esistenza delle singole norme (H. HART, *Il concetto di diritto*, cit. pp. 112-113, nonché pp. 118-130); nelle teorie istituzionalistiche, addirittura, l'effettività dell'ordinamento *è* l'ordinamento giuridico (cfr., per tutti, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., spec. pp. 29 e ss.).

[205] La «forza normativa dei diritti fondamentali si esplica attraverso la concreta applicazione e l'effettivo esercizio da parte di una pluralità di titolari». Così

L'effettività assume, allora, un significato molto simile a quello di «effettività secondaria», predicata proprio in relazione alle norme costituzionali sui diritti di libertà[206]. In base a quest'approccio, mentre l'effettività primaria riguarderebbe essenzialmente l'osservanza – sia da parte dei poteri pubblici che dei soggetti privati – delle norme costituzionali sui diritti, l'effettività secondaria concernerebbe le modalità di funzionamento degli organi giurisdizionali predisposti dall'ordinamento a garanzia delle norme che riconoscono i diritti fondamentali[207].

Assume così rilievo il momento applicativo dei diritti di libertà, che non riguarda solo il giudizio di legittimità costituzionale, come vorrebbe una lettura eminentemente formale, ma tutte le giurisdizioni che, pur a diversi fini, concorrono ad applicare direttamente la Costituzione[208]. La pari efficacia normativa delle disposizioni costituzionali non ha infatti solo una portata orizzontale, che impedisce di distinguere *quoad effectum* le disposizioni costituzio-

---

P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali,* cit. p. 74.

[206] Così L. FERRAJOLI, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale,* in A. CATANIA, *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto,* Milano, 2005, pp. 131 e ss.

[207] L. FERRAJOLI, *Effettività primaria,* cit., p. 132. La distinzione tra effettività primaria ed effettività secondaria è conseguente, nella ricostruzione teorica dell'A., alla distinzione tra garanzie primarie – che consisterebbero nelle norme che riconoscono gli obblighi o i divieti corrispondenti ai diritti individuali, e garanzie secondarie, che invece atterrebbero agli obblighi gravanti sui giudici di accertare le violazioni delle garanzie primarie (così FERRAJOLI, *ibidem*).

[208] Sul punto, tra i primi, V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione,* cit., p. 594, che segnalava come l'applicazione diretta della Costituzione consentisse una maggiore integrazione e uno sviluppo in senso progressista dei valori costituzionali. Sulle conseguenze sia in chiave istituzionale, sia in funzione di *enforcement* dei diritti fondamentali, dell'ormai consolidata applicazione diretta da parte dei giudici comuni cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme della Costituzione alla legge,* in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa: Atti del XXI Convegno annuale, Roma 27-28 ottobre 2006: 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana,* Napoli, 2010, pp. 201 e ss., S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta,* in P. Femia, (a cura di) *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale: rassegna di diritto civile*, Napoli, 2006, pp. 361 e ss., P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune,* cit., pp. 140 e ss., F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale,* in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno,* vol. III, Napoli, 2011, 2165 e ss.

nali nell'ambito del giudizio di legittimità, ma assume anche una dimensione verticale, data la comune efficacia interpretativa delle norme costituzionali, che svolgono la funzione di conferire significato alle norme subordinate regolatrici delle materie cui le prime si riferiscono[209].

La comune precettività richiede un ripensamento concettuale del momento applicativo, che pure la concezione eminentemente formale riduceva ad un atto meccanico, conseguente all'inquadramento dell'unico significato possibile delle singole fattispecie costituzionali. In fondo, è la particolare natura della Costituzione che impedisce di trascurare l'aspetto fattuale: se le norme costituzionali sui diritti di libertà rimandano ad un contenuto di valore, capace di permeare i singoli settori dell'ordinamento, la ricostruzione di questi ultimi non può limitarsi all'esegesi del diritto posto, ma richiede, contestualmente, l'analisi dei processi di specificazione e di concretizzazione dei postulati fissati dalla Costituzione.

## 5. *Funzione del fatto ed abbandono di una teoria dichiarativa dell'interpretazione giuridica*

Deve essere abbandonata non solo la teoria che definisce l'interpretazione giuridica quale operazione logico-dogmatica[210] o, comunque, di mera analisi[211] in funzione conoscitiva del precetto, ma anche l'idea, a quella teoria conseguente, che il momento applicativo sia sostanzialmente irrilevante rispetto al processo interpretativo, a

[209] In tal senso già V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p 41.

[210] Sull'origine della scuola dogmatica, ove dominavano paradigmi di razionalità formale analoghi alle «scienze naturali, fondate sull'osservazione dei fatti e dei loro nessi causali», v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica,* cit., p. 38, nonché F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto,* Roma-Bari, 1999, pp. 409 e ss.

[211] Sulle teorie analitiche, che mirano alla ricostruzione di un linguaggio giuridico puro, alla cui stregua valutare la correttezza del procedimento interpretativo cfr. il primo N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1950, 350 e ss.

favore di un approccio, di matrice fenomenologica[212], capace di cogliere l'interazione tra oggetto interpretato e soggetto interpretante[213].

La teoria dichiarativa dell'interpretazione deve così lasciare il posto ad un procedimento ermeneutico circolare[214], fondato sulla «corrispondenza analogica» tra le proprietà rilevanti del fatto, e le caratteristiche normative della premessa maggiore[215]. La ricostruzione dell'interpretazione quale ragionamento normativo complesso, che presuppone una valutazione delle circostanze esterne alla norma e delle qualità della disposizione attraverso criteri logicamente indeterminati[216], implica una rappresentazione unitaria del procedimento interpretativo, descritto non più solo secondo i termini della logica del diritto, ma anche secondo gli schemi atipici

---

[212] Al centro della riflessione heideggeriana (M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit,* (1927), trad. it. *Essere e tempo,* Milano 1953, spec. pp. 156 e ss.) riposa la duplice concezione della comprensione, che non è solo attività asettica di rilevamento dello spirito oggettivo ma è anche conoscenza soggettiva di se stesso, «"visione" delle proprie possibilità di essere, che l'uomo acquista mediante l'esperienza del del mondo in cui è gettato».

[213] Per la critica alla rigida distinzione tra soggetto e oggetto dell'interpretazione cfr. H. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960), *Verità e metodo*, vol. I, Milano, 1995, pp. 25 e ss., nonché pp. 312 e ss., 376 e ss.).

[214] «Compito permanente della comprensione è l'elaborazione e l'articolazione dei progetti concreti, adeguati, i quali come progetti possono convalidarsi solo in rapporto all'oggetto. […] [L]'interprete non accede al testo semplicemente rimanendo nella cornice delle presupposizioni già presenti in lui, ma piuttosto, nel rapporto con col testo, mette alla prova la legittimità, cioè l'origine e la validità, di tali presupposizioni». Così H. GADAMER, *Verità e metodo,* cit., p. 314. Per la declinazione delle teorie gadameriane in campo giuridico, J. ESSER, *Vorverständis und Methodenwwahl in der Recthsfindung* (1972), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* Camerino 1983, spec. 38 e ss., 70 e ss., nonché L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica,* cit., *passim*. Sulla circolarità ermeneutica tra norma e caso in particolare cfr. F. MODUGNO, *Interpretazioni per valori e interpretazione costituzionale,* cit., pp. 35 e ss., nonché G. ZAGREBELSKY, *La legge,* cit., p. 175.

[215] In tal senso v. J. ESSER, cit. ult., p. 102, ma sul «mutamento di prospettiva» che comporta l'analisi fenomenologica della "situazione ermeneutica", e delle condizioni che rendono possibile la comprensione del caso, cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica,* cit., pp. 4 e ss.

[216] Così J. ESSER, p. 103. Nello stesso senso, cfr. l'approccio – non scevro da influenze realiste – di T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della Costituzione,* in *Riv. dir. proc.* 1957 pp. 351 e ss., nonché, in riposta alla *Postilla* di F. CARNELUTTI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge, Riv. dir. proc.,* 1958, pp. 14 e ss. (sui cui v. anche, nella stessa *Rivista,* F. CARNELUTTI, *Risposta al prof. Ascarelli,* pp. 22 e ss.).

della logica del fatto[217]. L'interpretazione non può essere scissa dai contesti applicativi[218], e dalle «implicazioni pratiche immediate degli effetti giuridici di una regola di decisione»[219]. Questa maggiore attenzione agli «aspetti ricorrenti delle situazioni sociali»[220], oltre ad avvicinare l'esperienza continentale agli ordinamenti di *common law*[221], non sostituisce, tuttavia, i tradizionali canoni ermeneutici del giurista[222] ma li integra attraverso *topoi* argomentativi logicamente deboli ma dalla forte valenza persuasiva.

---

[217] Così J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo,* cit. p. 104: «Determinante per la valutazione non è la struttura logica di categorie concettuali date, bensì la classificazione della questione di fatto in un contesto di comprensione che si è codificato dogmaticamente nella struttura concettuale».

[218] Il rilievo della realtà nei processi applicativi del diritto non costituisce una novità nel dibattito teorico-generale, essendo stato riscoperto, nelle more della seconda guerra mondiale, da quella corrente filosofica tedesca che, nel riscoprire l'approccio monista proprio delle dottrine giusnaturalistiche e la conseguente critica al dualismo essere/dover essere, rinvenivano nella natura delle cose (*Natur der Sache*) la fonte di validità dell'ordinamento giuridico. Sul punto v. G. RADBRUCH, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in *Riv. int. fil. dir.* 1941, pp. 145 e ss., A. BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.,* 1959, pp. 177 e ss., nonché G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà giuridico-sociale,* in *Riv. Trim. dir. proc. civ*., 1972, pp. 897 e ss. In ogni caso, la teoria della natura della cose costituisce una riformulazione *sui generis* delle dottrine giusnaturalistiche: mentre infatti, almeno tradizionalmente, tali correnti mirano a fornire validità al sistema giuridico attraverso «il richiamo ad un principio superiore esterno all'ordinamento, la *Natur der Sache* richiama i caratteri o elementi costitutivi di un rapporto o di un istituto giuridico in una determinata società storicamente condizionata[…]». Così N. BOBBIO, *La natura delle cose*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977, p. 202.

[219] Così L. MENGONI, *Ermeneutica,* cit. pp. 91-92.

[220] In tal senso I. TAMMELO, *La natura dei fatti come "topos" giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.,* 1963, p. 657.

[221] Come sottolineava G. RADBRUCH, *La natura della cosa*, cit. p. 149, gli argomenti fattuali sono molto radicati nella tradizione giuridica anglosassone, basata sul metodo empirico-induttivo della *case law* e sul rifiuto di eccessive classificazioni giuridiche. In tal senso, vi è una stretta connessione tra l'evoluzione in senso sociologico della giurisprudenza americana e la rinnovata attenzione ai dati sociali posta dalla dottrina della natura delle cose. Entrambe, come evidenzia N. BOBBIO, *La natura delle cose*, cit., pp. 200-201, hanno come bersaglio il carattere dogmatico della giurisprudenza, «[…] vale a dire la tradizionale considerazione della giurisprudenza non già come forma libera ricerca del diritto, ma come forma di sapere fondata in ultima analisi sul principio di autorità […]».

[222] Il canone orientato alle conseguenze assurge a vero e proprio criterio di scelta «tra più interpretazioni possibili di un testo normativo», o come indice di «lacune di previsione» (L. MENGONI, *op. cit.*, p. 92).

Se il caso concreto diviene fattore di orientamento della giurisdizione, l'applicazione diretta della Costituzione non è la *condicio sine qua non* che garantisce l'effettiva tutela dei diritti di libertà quanto, piuttosto, la conseguenza della selezione giurisdizionale dei valori veicolati dalle norme costituzionali.

L'osservazione comporta, ovviamente, il ripensamento della concezione «animistica»[223] delle norme giuridiche, – secondo cui queste ultime avrebbero un significato predeterminato e indipendente dalla loro applicazione – e indirizza gli automatismi sussuntivi verso orizzonti più propriamente discrezionali, capaci di orientare i consociati verso un determinato fine[224]. Ben può dirsi, allora, che anche negli ordinamenti di diritto scritto ogni decisione giurisdizionale esplica una funzione normativa che, pur diversa dall'efficacia generale e astratta tipica del diritto positivo («efficacia alla potenza» secondo la terminologia bettiana), individua una «massima di decisione […] rivendicante un criterio di continuità col testo dato»[225].

Il circolo ermeneutico, partito dal testo normativo, con il testo normativo si conclude: il linguaggio testuale segna infatti «[…] il limite esterno (meno prossimo) delle possibilità di interpretazione, scartando i progetti di senso con i quali le parole della legge (*rec-*

---

[223] L'espressione è R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione*, cit., p. 221.

[224] Così BETTI, *Teoria generale,* cit., p. 809, ma nello stesso senso, in fondo, J. ESSER, *op. cit.*, p. 193. Arriva invece a conseguenze più estreme, quasi a ritenere, l'attività giurisdizionale fungibile alla funzione legislativa, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, pp. 13 e ss., che distingue le due funzioni non già per l'assenza di creatività della prima a favore della seconda, quanto per i diversi limiti funzionali, di natura istituzionale, cui è soggetta la giurisdizione.

[225] T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione*, cit., p. 19. In questo senso, vi è un legame tra una concezione realista dell'interpretazione e l'idea del ragionamento normativo «caso speciale» (*sonderfall*) del ragionamento pratico, secondo la nota tesi di R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., rispettivamente pp. 170 e 175. Il ragionamento giuridico «[…] tratta di questioni pratiche, cioè di ciò che si deve fare e omettere di fare, o ciò che può essere fatto o può essere omesso» rispetto a una data situazione di fatto. In particolare poi, la peculiarità del ragionamento normativo rispetto al ragionamento pratico generale consisterebbe nella pretesa di correttezza dell'argomentazione riguardo a una serie di condizioni istituzionalizzate dall'ordinamento (ad esempio: il vincolo della Costituzione e della legge, la considerazione dovuta ai precedenti, nonché le limitazioni costituite dalle regole procedurali).

*tius:* della Costituzione) non hanno alcuna congruenza»[226]. In altri termini, attraverso le decisioni orientate al fatto, il giudice canalizza nella cornice di valori, cristallizzata dal testo della Costituzione, le variabili di significato attribuite al caso concreto[227], e le ricolloca nell'universo concettuale del sistema costituzionale[228].

### *5.1. Modelli e teorie del bilanciamento (o dei diritti di libertà come* standard)

Alla luce di tali premesse, può affermarsi che il ruolo del fatto, l'apertura alla realtà sottostante, l'influenza dei valori codificati nella Costituzione non sono altro che il tratto unificante di ogni procedura di *adjudication* relativa ai diritti fondamentali: i giudizi che coinvolgono l'applicazione della Costituzione seguono ormai, a qualsiasi livello siano compiuti, un processo circolare che si sviluppa dalle disposizioni costituzionali per poi arrivare, attraverso l'enunciazione della *ratio decidendi*, a giustificare l'assunzione delle stesse premesse normative della decisione[229].

---

[226] Così L. MENGONI, *Diritto e Valori,* Bologna, 1984, p. 38, nt. 81.

[227] Sul nesso che lega natura della Costituzione, pre-comprensione e teoria dell'argomentazione cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione della Costituzione tra teoria e giurisprudenza,* in *Scritti in memoria di Livio Paladin,* vol. III, Napoli, 2004, p. 1682, secondo il quale la teoria della argomentazione «corrisponde alle caratteristiche della interpretazione costituzionale quale interpretazione di testi destinati a comporre variamente, nel corso del tempo, i principi che costellano l'orizzonte di senso dello Stato costituzionale». Nello stesso senso F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione della Costituzione,* cit., pp. 45 e ss.

[228] Sulla natura bi-direzionale dei concetti giuridici, come concetti semanticamente definiti ma teleologicamente indeterminati, che devono essere indirizzati tramite giudizi di valore dell'interprete cfr. J. ESSER, *Precomprensione,* cit. pp. 98 e ss. Sulla "logica sociale" che assiste la comprensione dei casi concreti, che conferiscono direzione applicativa alle norme giuridiche, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia,* Torino, 2008, pp. 188 e ss., nonché M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, pp. 118-119.

[229] In senso affine cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti,* cit., p. 143 che in questi termini definisce le procedure di bilanciamento, ma nello stesso senso, in fondo, M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi. Logiche e politiche della Corte costituzionale,* Milano, 1974, pp. 231-232.

È quindi possibile fornire un'analisi unitaria dei diritti di libertà, *species* del *genus* dei diritti fondamentali, proprio a partire dal bilanciamento giurisdizionale e dalle tecniche decisorie utilizzate dalle Corti[230].

La scelta metodologica sottolinea il carattere pervasivo della ponderazione giudiziale di istanze contrapposte, e si colloca in posizione diversa rispetto alle impostazioni di quanti considerano il bilanciamento una semplice tecnica formalizzata di risoluzione delle controversie giudiziali, distinguendolo così da altre tipologie di giudizio (soprattutto della Corte costituzionale[231]), e quanti, invece, riducono il bilanciamento a mero aspetto, pur rilevante, di unitario sindacato di ragionevolezza[232]. L'opera di composizione è, in-

[230] Nella letteratura costituzionalistica italiana si sono concentrati specificamente sul concetto di bilanciamento, tra gli altri, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 275 e ss., ID., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, *Enc. dir.,* Ann. vol. II t. II, Milano, 2008, pp. 185 e ss., G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 147 e ss., R. BIN, *Diritti e Argomenti*, cit., O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., pp. 357 e ss., G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, Milano, 2000, pp. 309 e ss. G. PINO, *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 173 e ss. È evidente come, in questa sede, il bilanciamento assuma un'accezione circoscritta, distinta questa da altre forme di mediazione di interessi dal carattere esclusivamente politico. Risulta, infatti, concettualmente altro la composizione delle istanze compiuta, in sede politica, dal legislatore, che parte della dottrina assume invece come «vero» bilanciamento (così G. SCACCIA, *Gli strumenti* cit. p. 341) o come prima operazione, in ordine temporale, di bilanciamento (S. MANGIAMELI, *Il contributo*, cit. p. 518), che la Corte sarebbe chiamata a valutare esclusivamente sotto il profilo della ragionevolezza (in questo senso A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., p. 10). In tali casi, ciò che prende il nome di bilanciamento non è altro che una forma di «[…] dialettica o di processo decisionale politico parlamentare» coincidente con il «[…] contenuto del "compromesso" tra maggioranza e minoranza» (così A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., p. 186).

[231] Così, in particolare L. PALADIN, *Ragionevolezza*, cit., pp. 901-903. In questo senso si muove anche R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit. p. 63 nt., 157: «sia il test di ragionevolezza che il bilanciamento degli interessi hanno di mira il controllo della "discrezionalità" legislativa: nel primo caso si tratta però di un controllo […] "interno" alle scelte legislative, relativo ai canoni (di coerenza, ragionevolezza, congruità rispetto al fine) che il legislatore deve rispettare nel compiere le sue scelte […]; nel secondo, […] alla Corte si prospetta un controllo "esterno", nel senso che il parametro è una norma "sostanziale" – e non un meccanismo metarelazionale […] – che limita l'ambito delle scelte discrezionali, non il metodo con cui assumerle» (corsivi nel testo).

[232] Nel senso di individuare un principio-fine di ragionevolezza assorbente rispetto ai giudizi-mezzo tipici della giurisprudenza Corte Costituzionale cfr. A.

fatti, potenzialmente immanente ad «[…] ogni controversia […] [ove], contrapponendosi ad una pretesa una resistenza, l'«intervento [giudiziale] bilancia e definisce le aspettative processuali delle parti […]»[233]. Distinguendo, infatti, un bilanciamento come *logica,* quale "procedimento intellettuale che sovraintende a varie tecniche argomentative", da un bilanciamento inteso come *tecnica*, quale specifica modalità di risoluzione delle controversie giudiziali[234], si può senz'altro arrivare a sostenere la naturale immanenza della *logica* della ponderazione: quest'ultima ricomprende qualsiasi operazione intellettuale «[…] anche non esplicitata, che consiste nel prendere in considerazione fattori diversi, idonei ad influenzare in maniera diversa una decisione o un *iter* argomentativo, e valutarne i rispettivi meriti, vantaggi e svantaggi, o comunque assegnare loro un ordine di priorità»[235].

Le teorie sul bilanciamento prendono le mosse dalle decisioni emesse «in times of social flux», negli Stati Uniti d'America, caratterizzate da un «particularistic case by case common law approach that accomodated gradual change and rejected absolutes»[236].

Il «social engineering» che il giudice deve realizzare – per sistemare «conflicting and overlapping human claims or demands»[237] – si sviluppa storicamente anche come *tecnica* decisoria, suscettibile di essere descritta a seconda del particolare *iter* argomentativo

---

MORRONE, *Il custode,* cit., pp. 447-453. Parzialmente diversa sembra essere la prospettiva di A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *La ragionevolezza nel diritto*, cit., p. 138 che ritrova nel principio di ragionevolezza una sintesi unitaria dei valori della Costituzione, una norma-valore capace di «[…] permeare e qualificare ogni attività e comportamento». Nello stesso senso cfr. anche L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, p. 375, che individua nella ragionevolezza un metavalore, custode dello stesso principio pluralista: «il principio di ragionevolezza […] rappresenta la sola categoria capace di unificare e legittimare ordinamenti pluralistici assiologicamente qualificati: esso si pone come principio di sintesi dinamica ed aperta del sistema».

[233] Così, ancorché criticamente, S. MANGIAMELI, *Il contributo,* cit. p. 516.

[234] In questo senso G. PINO, *Diritto e interpretazione,* cit., pp. 174-175.

[235] G. PINO, *Diritto e interpretazione,* cit. ult., p. 174.

[236] Così T. A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing,* in 96 *Yale L. J.,* 943 (1986-1987), p. 961. Criticamente v. K. M. SULLIVAN, *Categorization, Balancing and Government Interests,* in S. E. Gottlieb (ed.), *Public Values in Constitutional Law,* Ann Arbor, MI, 1993, pp. 241 e ss.

[237] R. POUND, *A Survey of Social Interests,* 57, *Harv. L. Rev.* 1 (1943), p. 39.

seguito nella decisione. Secondo una dicotomia sviluppatesi a partire dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, può allora distinguersi tra un bilanciamento "caso per caso" e un bilanciamento "definitorio" o "categoriale", a seconda della differente struttura della soluzione adottata[238]. Mentre nella prima ipotesi il concreto atteggiarsi della fattispecie costringe i giudici a formulare una decisione *ad hoc*, senza che sia espressamente enunciata una regola generale astrattamente applicabile a futuri casi analoghi, con il bilanciamento definitorio il giudice disciplina il conflitto in modo stabile, attraverso l'esplicita formulazione di una regola che individua le condizioni generali di prevalenza di un interesse sull'altro[239]. In entrambe le ipotesi, l'interprete enuncia un particolare *standard* di giudizio, una "regola del conflitto" che mette in luce i presupposti «che rendono possibile […] la relazione di precedenza tra i beni […]»[240], e che può assumere la forma «[…] di un provvedimento

[238] Emerso nelle valutazioni sulla legittimità costituzionale della legislazione economico-sociale degli anni '30 dello scorso secolo, il bilanciamento è assurto a tecnica privilegiata di risoluzione delle controversie costituzionali relative ai diritti di libertà dagli anni '50. In particolare, a partire da *American Communication Assn. v. Douds* 339 U.S. 382 (1950) e, soprattutto, da *Dennis v. United States,* 341 U.S. 494 (1951) l'*ad hoc balancing* ha salvato la legislazione del periodo maccartista fortemente restrittiva delle libertà individuali e della libertà di espressione. Gli esiti illiberali di questa giurisprudenza hanno portato la Corte Suprema del *Chief Justice* Warren a servirsi del bilanciamento definitorio, maggiormente rispettoso delle prerogative individuali, nei successivi casi *New York Times v. Sullivan,* 376 U.S. 254 (1964), e in *Brandeburg v. Ohio,* 395 U.S. 444 (1969). Sul punto, in generale sulle tecniche argomentative della Corte Suprema e *adjudication* dei diritti fondamentali, C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia,* Torino, 2011, pp. 253 e ss., nonché, con particolare riguardo al Primo Emendamento, A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002, pp. 11 e ss.

[239] Sulla distinzione tra le diverse tecniche di bilanciamento cfr. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi,* in *Ragion pratica,* 2007, pp. 255 e ss., nonché G. ITZCOVICH, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teorie dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci,* in *Diritto & questioni pubbliche,* 2003, pp. 10 e ss.

[240] Così A. MORRONE, *Bilanciamento,* cit. p. 197, che tuttavia ritiene che, almeno nell'ambito del controllo di costituzionalità, l'aspetto casistico e l'aspetto definitorio del bilanciamento coesistano. A parere dell'A., ogni decisione di legittimità «presenta almeno due profili: uno suscettibile di generalizzazione, relativamente alla dimensione costituzionale degli interessi in gioco e sul rapporto reci-

particolare e concreto» o, viceversa «[…] di una norma generale e astratta»[241].

Bilanciamento caso per caso e bilanciamento definitorio rimandano, così, a diversi modelli di ragionamento giuridico, storicamente alternatesi nella tutela dei diritti fondamentali: da una parte la ponderazione in senso stretto, che rimanda ad un'opera di "comparazione" e "pesatura" degli interessi di volta in volta considerati; dall'altra la categorizzazione, operazione di natura tassonomica che consiste in un lavoro interpretativo di "classificazione" ed "etichettatura"[242]. Le metafore sottintendono, chiaramente, stilemi argomentativi e procedimenti intellettuali differenti: mentre il bilanciamento rappresenta un esercizio di razionalità pratica «la cui correttezza dipende da criteri sostanziali (efficienza, ragionevolezza, equità, giustizia)», la seconda «tende a ridurre i margini di argomentazione, per gestire i rapporti tra norme costituzionali come rapporti tra regole, con gli strumenti del ragionamento deduttivo e analogico, in base a criteri di correttezza forniti da regole di inferenza»[243].

I diversi modelli di ragionamento giuridico sottesi al bilanciamento caso per caso e al bilanciamento definitorio rimandano al dibattito sulla stessa natura della ponderazione giudiziale.

Secondo alcuni, infatti, il bilanciamento degli interessi non sarebbe altro che una decisione soggettivistica (frutto della particolare scelta di valore dell'interprete) e particolarista, applicabile al solo caso concreto oggetto del giudizio. Di fronte all'interferenza tra opposti principi, il bilanciamento costituirebbe, quindi, un modo per risolvere antinomie materiali: attraverso di esso, l'interprete

---

proco che può essere desunto interpretando l'ordinamento costituzionale; l'altro particolare, limitatamente in rilievo in un determinato giudizio costituzionale». Nello stesso senso, O. CHESSA, *Brevi note sul "contenuto essenziale" (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità,* in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità,* Torino, 2000, p. 293, nonché, pur da una prospettiva di teoria generale, G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 345.

[241] G. ITZCOVICH, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio,* cit., p. 116.

[242] K. M. SULLIVAN, *Categorization,* cit., p. 241.

[243] In tal senso C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione,* cit., p. 286.

ordina gerarchicamente i valori cui fanno riferimento interessi contrapposti. D'altro canto, la gerarchia così definita è mobile, perché valevole solo per il caso oggetto del giudizio e tendenzialmente reversibile nei casi futuri[244]. Il bilanciamento sarebbe, così, sempre *ad hoc,* perché costruito su una casistica «esposta ad innumerevoli ed imprevedibili eccezioni»[245]. Così intesa, la ponderazione giudiziale si tradurrebbe in giudizio *sapienziale*, consistente nell'apprezzamento, «quasi equitativo delle esigenze che emergono nel caso concreto, soppesando volta per volte le ragioni e i torti»[246], e «irenistico», trovando «un risultato già determinato dal contenuto degli elementi in conflitto»[247]. Il bilanciamento «caso per caso» sarebbe naturalmente orientato ad un sistema "forte" di credenze, che oltre a tendere verso paradigmi propri della razionalità sostanziale[248], sarebbe integrato nel sistema normativo attraverso l'erculea opera di adattamento dell'interprete[249].

Date queste premesse, la singola *regula iuris* enunciata non sarebbe altro che una «relazione condizionata di priorità», che dà precedenza al principio che possiede il peso maggiore alla luce delle particolari circostanze[250]. A sua volta, il peso del principio (o dell'interesse, *infra*) può essere determinato attraverso un procedimento razionalmente controllabile e quantitativamente misurabile fondato sulla verifica dell'idoneità, della necessità, e della proporzionalità (in senso stretto) dell'interferenza tra istanze concor-

---

[244] Così R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi,* cit., p. 219.

[245] Così G. PINO, *Conflitto e bilanciamento,* cit. p. 258.

[246] Ancora G. PINO, cit. ult., p. 220.

[247] B. CELANO, *Diritti principi e valori nello stato costituzionale di diritto,* in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto,* 2004, p. 66.

[248] Sulla distinzione, nell'ambito della razionalità pratica (o della razionalità orientata all'azione), tra razionalità sostanziale, basata su credenze assunte come oggettive, e razionalità formale, basata su desideri e, dunque, orientata ai mezzi per raggiungere un determinato fine, cfr. G. MANIACI, *Razionalità ed equilibro riflessivo nell'argomentazione giudiziale,* cit., pp. 79 e ss. Per un dibattito sui due corni della razionalità cfr. J. DANCY, *Contro le ragioni basate sui desideri,* B. CELANO, *In difesa delle ragioni basate sui desideri,* entrambi in *Ragion pratica,* 2003, rispettivamente pp. 189 e ss., e 209 e ss.

[249] Per la concezione cognitivista di bilanciamento cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 130 e ss., R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali,* cit., pp. 101 e ss., 607 e ss.,

[250] R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 112, 111.

renti: se il giudizio di idoneità coincide con la verifica che una determinata misura sia adeguata alla realizzazione del relativo principio, la valutazione sulla necessità dell'interferenza accerta che il principio concorrente non possa essere realizzato con misure meno gravose per l'interesse postergato. Logico corollario di questi *test* è il principio di proporzionalità in senso stretto, che traduce la legge di bilanciamento: «tanto più alto è il grado di non-realizzazione o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio»[251]. In particolare, la «formula del peso» potrebbe essere enunciata in termini aritmetici, attraverso una scala che attribuisca grandezze quantitative ai risultati di ciascun *test* sopracitato[252] rendendo controllabile la ponderazione realizzata. Il giudizio di bilanciamento risulta, quindi, vincolato al caso concreto: la *regula iuris* si fonda sulle singole caratteristiche del caso così come quantificate in una scala triadica di valori numerici[253].

È evidente, tuttavia, come il processo di quantificazione della regola di collisione tradisca una «eccessiva fiducia nella possibilità di tradurre in termini numerici il conflitto tra diritti»; in effetti, la misurazione dell'interferenza o dell'importanza del bene da premiare, seppur verificabile *ex post*, rimanda comunque a valutazioni

[251] Così R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali, op. cit.*, rispettivamente pp. 130-131, 185, ID., *On balancing and subsumption. A Structural Comparison* in *Ratio Iuris,* 2003, p. 436.

[252] Ad una violazione «grave», «media», «lieve» del diritto potrà corrispondere un'importanza «elevata», «media», «bassa» del contro-interesse, da richiamare attraverso grandezze quantitative: cfr. R. ALEXY, *On balancing,* cit., p. 440. La natura aritmetica della «formula del peso» contraddistingue quest'ultima dalla formula della «sussunzione», realizzata attraverso procedure sillogistiche di natura essenzialmente logica. Per una proposta di ricostruzione del principio di proporzionalità in termini quantitativi senza simboli numerici v. G. SARTOR, *La matematica della proporzionalità,* in C. VALENTINI (a cura di) *Costituzione e ragionamento giuridico,* Bologna, 2012, pp. 139 e ss.

[253] «[…] La scala dell'intensità dell'interferenza […] può […] essere ampliata a piacimento, in modo da renderla sempre più precisa e calibrata alle circostanze del caso concreto». In tal senso, «la formula di Alexy, vincolando il giudizio di bilanciamento alle caratteristiche esibite da ciascun caso […], finisce per essere un bilanciamento caso per caso». Così G. PINO, *Conflitto e bilanciamento,* cit., pp. 263-264, nt. 126.

soggettive difficilmente prevedibili[254]. Il bilanciamento non designerebbe «[…] un metodo definito di risoluzione di conflitti o dilemmi pratici»; piuttosto, la definizione rimanda ad «[…] un vuoto», ad «uno spazio che dovrebbe essere occupato da un concetto e nel quale troneggia, invece, una metafora (la metafora del "peso" delle ragioni confliggenti, e della loro "ponderazione")»[255]. In altri termini, il bilanciamento non risolve la «difficoltà teorica» di stabilire un ordine gerarchico tra istanze assiologiche ma è «il nome di questa difficoltà: un'incognita»[256], una scatola vuota che lascia spazio alle precomprensioni soggettive, alle intuizioni, o nelle formulazioni più radicali, alle personalissime preferenze dei giudici[257].

A fronte di questo «vuoto soggettivistico» cui rimanderebbe la ponderazione giudiziale, si è così tentato di recuperare i classici criteri di risoluzione delle antinomie governati da canoni essenzialmente logici. Poiché i principi sono essenzialmente norme, il loro conflitto andrebbe descritto in termini di logica deontica, quale contrasto tra norme in un ambito di validità in parte uguale e in parte diverso, ove ognuna di esse trova sia un campo di sovrapposizione, sia una sfera applicativa ove il conflitto non esiste[258]. L'antinomia dovrebbe essere ricostruita, quindi, secondo un rapporto di genere a specie (totale-parziale), risolvendo il contrasto attraverso il criterio della *lex specialis*, che costituisce «[…] il criterio di soluzione […] comunemente impiegato per risolvere conflitti – meramente apparenti, come si usa dire – tra norme conti-

---

[254] Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi,* cit. p. 219: «bilanciare non significa contemperare, conciliare, o alcunché del genere […]. Il bilanciamento consiste nel sacrificare o scartare senz'altro un principio, applicando l'altro».

[255] B. CELANO, *Diritti, principi e valori*, cit., p. 70

[256] Così B. CELANO, *ibidem*.

[257] Come teorizzato da J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1949), trad. it. *Il diritto e i giudici,* in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti,* Torino, 2002 p. 412, che porta ad estreme conseguenze l'osservazione «intuizionistica» di J.C. HUTCHENSON *The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, 14 *Cornell. L.Q.* 274 (1929).

[258] In tal senso R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 218, ID., *Distinguendo. Studi di teoria e di metateoria del diritto,* Torino, 1996, p. 143.

gue, contenute appunto in un medesimo testo normativo e, pertanto, coeve e pari ordinate»[259].

Le norme che conferiscono diritti possono essere considerate doveri sempre derogabili (defettibili) alla luce delle circostanze del caso concreto generalizzabili in «clausole di eccezione» o «di esclusione».[260] Secondo questa prospettiva, il bilanciamento dovrebbe tradursi nell'enunciazione di una regola definitoria che non solo componga il conflitto in via generale e astratta, ma converta anche «la ponderazione in un'operazione di sussunzione» che, proprio grazie al procedimento induttivo di generalizzazione delle proprietà del caso concreto in clausola di eccezione, evita di tradursi in un'operazione meccanica insensibile alle risultanze fattuali[261]. Proprio la generalizzazione della *regula iuris* conduce all'approdo del bilanciamento definitorio ai lidi dell'universalizzabilità, coerente non solo con gli assunti propri della giustizia formale, ma anche (e di conseguenza) con il principio di certezza del diritto, cardine dello Stato di diritto[262].

Quest'impostazione tenta di fornire una risposta al *deficit* di prevedibilità e di controllabilità razionale evidenziata dalla concezione particolarista del bilanciamento. Eppure, anche la ricostruzione della *regula iuris* attraverso la generalizzazione delle proprietà rilevanti del caso non riesce a celare la componente intuitiva del giudizio di bilanciamento. Le inferenze dei giudici, infatti, non sono inferenze logicamente valide: «l'identificazione delle caratteristiche universalizzabili del caso concreto […] costituisce un'attività

[259] In tal senso, R. GUASTINI, *Distinguendo,* cit., p. 143.

[260] Così R. GUASTINI, *Distinguendo,* cit. p. 144. In senso simile, seppure in difesa della razionalità formale delle procedure di bilanciamento, J. J. MORESO, *Conflitto tra principi costituzionali,* in *Ragion pratica,* 2002, 206 e ss., ID., *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a* Celano, ivi, pp. 241 e ss.

[261] J. J. MORESO, *Conflitto tra principi,* cit., p. 220.

[262] L'universalizzabilità è predicato del principio di giustizia formale, che richiede di trattare casi uguali in modo uguale e casi diversi in modo diversi. Sul nesso tra universalizzabilità delle argomentazioni, certezza del diritto e ragionamento normativo, cfr. N. MACCORMICK, *Induction in Law, Universalization and Induction in Law*, in C. FARALLI, E. PATTARO (eds.), *Reason in law: proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. I, Milano, 1987, pp. 100 e ss., pp. 98 e ss.

strettamente collegata all'atteggiamento valoriale dell'interprete nei confronti degli interessi in gioco», poiché «[…] stabilire se una certa circostanza sia "proiettabile" o no, dipende in larga misura da assunti valutativi-sostanziali […] relativi al modo di concepire i beni in conflitto»[263]. Ne deriva, quindi, che anche i sostenitori della ponderazione definitoria in quanto frutto di procedure argomentative maggiormente controllabili e, quindi, più rispettosa di parametri formali di razionalità[264], ammettono la difficoltà di individuare un «criterio oggettivo esterno», «assiologicamente neutro» che individui un unico modello *corretto* di risoluzione del conflitto tra istanze antinomiche[265].

---

[263] Così A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-gurisprudenziale,* in *Riv. it. proc. pen.*, 2009, p. 186, ma sulla *ratio legis* come «insieme sia dei criteri normativi, quali moventi ideologici e valutativi, cui la norma è ispirata, sia dello scopo pratico, cioè del problema giuridico alla cui soluzione essa è diretta» già L. CAIANI, *I giudizi di valori nell'interpretazione giuridica,* cit. p. 217. Non è un caso che G. TARELLO, *L'interpretazione della legge,* cit., p. 392, mettesse in guardia dall'identificare perfettamente canoni interpretativi e argomenti di inferenza logica, considerando i primi criteri assiomatici che i secondi necessariamente presuppongono: mentre nell'argomento logicamente stringente deve esservi «un punto di partenza costituito da una proposizione […] sul quale sviluppare inferenze analitiche […], è chiaro che gli argomenti interpretativi si adoperano proprio per pervenire a delle proposizioni (i precetti, o "norme") da cui successivamente si potrà […] inferire logicamente qualcosa». Nello stesso senso, cfr. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche,* Milano, 1988, p. 275, nt. 30.

[264] Cfr. sul punto G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento,* cit. p. 355, nonché A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi,* cit. p. 188, che individuano i parametri di razionalità delle procedure di bilanciamento nella correttezza logica (rispetto del principio di non contraddizione e del principio di universalizzabilità) e nella sufficienza (intesa come «risposta sufficiente» alle critiche e alle obiezioni avanzabili dalla comunità scientifica di riferimento). Tali parametri non solo rinviano alla paradigma di accettabilità delle argomentazioni già fatto proprio da A. ARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *I fondamenti del ragionamento giuridico*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali ad uso degli studenti,* vol. I, Torino, 1987, pp. 177 e ss., ma richiamano anche il concetto di uditorio di C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione,* cit., 33 e ss.

[265] A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi,* cit., p. 190-191. Lo stesso riferimento al grado di accettabilità delle argomentazione nella comunità scientifica, variabile a seconda del contesto storico-politico di riferimento, non consente un criterio assolutamente certo di valutazione. Anche in questo caso, allora, può bene dirsi che la ponderazione sia fondata su giustificazioni meramente persuasive, senza che vi sia un «dato oggettivo metadiscorsivo su cui fondarsi, né un *prius*

L'osservazione non può essere giustificata solo per la ragione (etico-morale) che ciascun conflitto si presenta, ontologicamente, come «uno schema strutturalmente compatibile con una pluralità di risultati sostanziali», perché relativo ad istanze che non sono oggettive, né auto-evidenti[266] ma trova un'ulteriore spiegazione una volta collocato il bilanciamento nella cornice pluralista degli ordinamenti liberal-democratici. Se, infatti, i diritti fondamentali concorrono a formare l'identità materiale dello Stato Costituzionale di diritto, le procedure di *adjudication* devono essere necessariamente valutate non solo alla luce del postulato di coerenza formale tipico del *Rechtstaat,* ma anche in relazione alle premesse materiali del *Verfassungsstaat.* In fondo, se la specialità del ragionamento giuridico rispetto al ragionamento pratico-generale consiste nella pretesa di validità che il primo avanza rispetto all'ordinamento positivo, non è detto che tale verifica debba avvenire esclusivamente alla luce di postulati nomodinamici o, comunque, di parametri di natura essenzialmente formale. La normatività della Costituzione, infatti, non è data solo dal suo essere norma di diritto positivo, ma anche dalle aspettative di realizzazione delle istanze assiologiche che essa pone[267]. Ciò che rileva, allora, è che la soluzione del caso, raggiunta attraverso un bilanciamento *ad hoc* o, viceversa, tramite un bilanciamento definitorio, sia congruente con un dato fondamento

assolutamente certo dell'argomentazione; né la norma generale da applicare, né l'evento concretamente verificatosi sono entità reali che la giustificazione discorsiva di una decisione possa solo assumere e non manipolare». In tal senso cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico: modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983, p. 102.

[266] A. TESAURO, *ibidem.*

[267] È questa, in fondo, la conclusione di A. MORRONE, *Bilanciamento,* cit. p. 202, che ritiene il bilanciamento un'«attività di conoscenza e di scoperta della gerarchia di interessi immanente nell'ordinamento costituzionale», che trova il proprio limite nel «processo di unificazione politica che la Costituzione prescrive». Accoglie un'oggettività forte dei valori costituzionali O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, pp. 387 e ss., che contrappone un bilanciamento dei principi a un bilanciamento dei valori, il primo basato sulla formalizzazione analitica di *standard* valutativi, il secondo sull'intuizionismo ermeneutico dell'interprete. Secondo l'A. solo quest'ultimo sarebbe coerente con il dato istituzionale delle Costituzioni di matrice europeo-continentale, perché identificherebbe i diritti fondamentali come «norme di diritto obiettivo», «la cui portata vincolante prescinde dal problema concreto di aggiudicare diritti» (ivi, p. 392).

morale, con una pluralità di principi di natura etico-politica tendenzialmente stabili che siano da vincolo all'interprete al momento della soluzione di controversie concrete.

### *5.2. Principi e regole: una distinzione debole*

Alla luce di tali considerazioni, possono essere sfumate le conclusioni di alcune impostazioni teoriche, genericamente riconducibili al paradigma neo-costituzionalista[268], che riducono il bilanciamento ad una tecnica formalizzata di risoluzione delle controversie giudiziali, strumentale al processo di oggettivizzazione morale del diritto e finalizzata all'individuazione dell'unica interpretazione corretta dei diritti fondamentali[269].

Queste impostazioni sostengono l'identificazione dei diritti in principi, distinti, in quanto tali, dalle regole: solo i primi, infatti, avrebbero un valore fondativo, capace di fornire identità materiale all'ordinamento. Essi sarebbero, inoltre, «precetti di ottimizzazione» e, in quanto prescrizioni senza fattispecie determinata, realizzabili proporzionalmente alle condizioni di fatto del singolo caso.

---

[268] Se è vero che dietro al «neo-costituzionalismo» vi è un «un movimento dai confini incerti, di cui è difficile individuare i tratti essenziali» (così G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo,* in *Enc. dir.,* Annali, vol. IV, 2011, p. 749), in questa sede non si fa riferimento tanto agli orientamenti, di natura descrittiva, che richiamano un determinato sistema giuridico-politico storicamente determinato, quanto a quegli approcci che, metodologicamente, si rifanno alla «idea della razionalità e oggettività del discorso pratico, dall'affermazione della possibilità di individuare soluzioni interpretative corrette attraverso nuovi lineamenti della razionalità giuridica (cognitivismo o formalismo interpretativo)» (ancora G. BONGIOVANNI, cit. ult., p. 752), nonché per una distinzione analoga tra neocostituzionalismo *teorico*, *metodologico*, e *ideologico*, cfr. P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica,* in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali,* Torino, 2002, pp. 71 e ss. Per un recente dibattito, che riflette i due approcci antitetici pur nell'ambito di posizioni "neocostituzionaliste", cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista,* cit., nonché G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici,* in *Giur. cost.,* 2011, pp. 965 e ss.

[269] Sulla *right answer thesis,* cfr. ovviamente R. DWORKIN, *No right Answer?* (1978), trad. it. *Non c'è soluzione corretta?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1983, pp. 469-501, ma per la concezione cognitivista del bilanciamento v. *supra*.

In altri termini, ai principi non potrebbe «[…] darsi alcun significato operativo se non facendoli reagire con qualche caso concreto»[270]. In tal senso, essi non solo presentano «un'apertura semantica (e sono perciò generici e vaghi), ma sono indeterminati dal punto di vista deontico e quindi non definiscono in quale modo possono essere realizzati (per esempio attraverso un'azione o un'astensione)»[271]. Al contenuto generico e incondizionato dei principi, si opporrebbero norme ad applicazione esclusiva, chiamate "regole", fattispecie condizionate dirette a determinare conseguenze giuridiche in relazione a classi di comportamenti. Alla diversa struttura sintattica di regole e principi, corrisponderebbe una differente tecnica di risoluzione delle antinomie. In caso di conflitti tra regole, qualora non possa identificarsi una deroga a causa di elementi specializzanti di una delle norme particolari in questione, la norma gerarchicamente inferiore dovrà essere dichiarata invalida ed espunta dall'ordinamento[272]. Nei conflitti tra principi invece, ognuno di essi andrà posto in relazione ("pesato") alle circostanze del caso che, di fatto, diventano protasi della fattispecie: in tal caso, le condizioni determinano l'ordine di precedenza della loro applicazione. Il principio recessivo rimarrebbe comunque vigente nell'ambito dell'ordinamento[273].

La differenza strutturale tra regole e principi si rivelerebbe inoltre, anche nel momento applicativo: mentre l'applicazione delle regole avviene attraverso la sussunzione del caso alla fattispecie normativa, attraverso un meccanismo logico-deduttivo «nella forma del "tutto o niente"»[274], i principi trovano applicazione non già attraverso la deduzione logica, ma tramite il bilanciamento, che soddisfa il principio che acquista maggior peso nel caso concreto[275]. Più in particolare, la ponderazione diventa indispensabile nel caso di conflitti tra principi di eguale *status*[276], ove si rende necessario un giudizio di proporzionalità sull'eventuale limitazione nor-

[270] Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 148.
[271] G. BONGIOVANNI, *Il neocostituzionalismo,* cit. ult., p. 18.
[272] Cfr. R. ALEXY cit., *supra*, nt. 97.
[273] Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. p. 110.
[274] R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 51.
[275] Così R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 110.
[276] R. ALEXY, *On balancing and subsumption*, cit., p. 436.

mativa di uno dei principi concorrenti[277]. Con un ulteriore corollario: mentre la tecnica di applicazione deduttiva utilizza, tendenzialmente, argomentazioni proprie della sintassi giuridica, il giudizio di proporzionalità non può che poggiare su argomentazioni fattuali basate sulle contingenze storico-politiche in cui si colloca il caso giudiziario. Non è allora superfluo constatare che mentre l'interpretazione per regole spinge ad un'interpretazione più fedele al testo della disposizione, il ricorso ai principi costituisce «l[a] tecnica più tipica […] impiegata dai giuristi per allontanarsi dal 'significato letterale', trasformandolo e innovandolo»[278].

Eppure, la dicotomia non deve essere considerata frutto di una distinzione definitiva e immanente, ma ha una valenza argomentativa instabile, suscettibile di essere di volta in volta in volta riconsiderata.

Come si è cercato di argomentare sino ad ora, i diritti di libertà hanno una caratura poliforme, che dipende dalla complessità dello Stato costituzionale di diritto oltre che dalle opzioni teoriche fondamentali prescelte dall'interprete. In ultima analisi, «dire […] che una certa disposizione […] contiene una regola anziché un principio o viceversa, non significa altro che suggerire pratiche […] interpretative di un tipo anziché di un altro»[279]. La ponderazione giudiziale ha ad oggetto, anzitutto, il caso concreto, perché ad essere "ponderate", anzitutto, sono le circostanze di fatto collocate

---

[277] Il giudizio sulla proporzionalità presuppone, come si vedrà *infra,* la verifica sulla legittimità della limitazione sulla scorta dei criteri di adeguatezza, necessità, e proporzionalità. Queste tre categorie concorrono a comporre la prima «Legge sul bilanciamento» (*Law of balancing*), secondo cui «quanto più intenso si presenta un intervento su un diritto fondamentale, tanto più devono pesare i motivi giustificativi». A questa si affianca la seconda legge sul bilanciamento, l'*Epistemic Law of balancing,* che guida le operazioni di bilanciamento tutte le volte in cui i beni in conflitto abbiano un peso diverso, mettendo in relazione l'estensione della limitazione con l'importanza degli interessi in gioco. Sul punto cfr. R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption,* cit., p. 466.

[278] Così C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio normativo* Milano, 1990, p. 258.

[279] Così L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 72, ma nello stesso senso R. Bin, *Diritti e argomenti,* cit., p. 4, e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit. pp. 280-281, nonché ID., *Bilanciamento,* cit., pp. 198-199.

all'esterno del giudizio, che inducono l'interprete a qualificare la norma come principio o quale regola[280].

Le disposizioni costituzionali sui diritti presentano una struttura ibrida e sono caratterizzate, dal punto di vista formale, come regole, rivolte al legislatore, che pongono limiti alla produzione giuridica. Se, al contrario, sono considerate in una prospettiva istituzionale, assumono una struttura aperta, materialmente orientata, con la conseguenza che la loro qualifica strutturale dipende dalla strategia argomentativa prescelta dall'interprete in relazione alla specifica situazione applicativa.

Se così è, le libertà costituzionali possono essere considerate principi solo qualora con tale categoria non si faccia riferimento ad un preteso carattere immanente ai diritti individuali, che condurrebbe al mero avvicendamento della dogmatica dei concetti con una dogmatica dei principi, alla prima uguale e contraria. Se la struttura delle norme costituzionali avvicina l'idealità dell'ordinamento all'essenza della realtà sociale, e se il bilanciamento giurisdizionale parte dal caso concreto per arrivare all'enunciazione di una *ratio decidendi*, sarà proprio il principio di diritto estrapolato ad esaurire la dimensione reale ed effettiva della situazione soggettiva. I diritti di libertà potranno considerarsi principi qualora con quest'accezione si faccia riferimento allo *standard* di tutela apprestato dal giudice nel caso concreto che coincide, in ultima analisi, con il contenuto essenziale del diritto[281].

---

[280] In tal senso v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista,* cit., p. 2810.

[281] Non può non essere accolta, così, la nozione relativa di contenuto essenziale, che individua un «concetto relativo, negativo e a *posteriori*» del diritto inviolabile, come risultato dalla ponderazione delle Corti (in tal senso v. O. CHESSA, *Brevi note sul "contenuto essenziale",* cit., p. 291). Un'accezione assoluta del nucleo essenziale non solo richiede una difficile opera di delimitazione *ex ante* del diritto fondamentale, attraverso una entificazione che prescinde dalle dinamiche concrete e applicative, ma sembra essere eccessivamente debitrice del concetto della garanzia di istituto mutuato dallo Stato liberale, attraverso cui parte della dottrina (soprattutto tedesca) tentava di individuare limiti extra-positivi, opponibili al legislatore ordinario, funzionali alla salvaguardia del diritto di proprietà. In questo senso, la distinzione tra contenuto essenziale e garanzia d'istituto non sta solo nella diversa estensione delle due garanzie, la prima volta a tutelare una sfera intangibile dei diritti, la seconda un sistema di norme costitutive di rapporti giuridici (così M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituziona-*

All'idea di una separazione forte tra regole e principi va preferita la tesi di una separazione debole fondata su una loro differenziazione graduale (la qualificazione di una norma come principio dipende dalla maggiore presenza di caratteristiche che in misura minore, anche le regole possiedono) e relazionale (una norma può essere configurata come un principio solo rispetto ad altre norme che sono qualificate dall'interprete come regole) [282]. Una volta ammesso che i principi altro non sono che «[…] norme […] da cui derivano [precetti] […] particolari regolanti immediatamente rapporti e situazioni specifiche della vita reale»[283], la distinzione perde

---

*le,* Padova, 1983, 46 e ss., spec. 53-56), quanto nella diverse finalità teoriche dei rispettivi concetti: se la garanzia di istituto è funzionale alla salvaguardia (e alla preminenza), tipicamente liberale, del diritto di proprietà rispetto ai tentativi di una sua finalizzazione sociale, la teorica del contenuto essenziale mira a salvaguardare il patrimonio identitario del costituzionalismo liberal-democratico. Non è un caso, allora, che la teoria del nucleo essenziale sia stata sostenuta per giustificare la tesi dell'irrivedibilità del «nucleo (minimo) di valore» dei diritti fondamentali: sul punto A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili,* cit. p. 32 e ss., P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo,* in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali,* vol. I, Torino, 2001, p. 51). Il dibattito sul contenuto essenziale ha avuto particolare fortuna in Germania, sulla scorta dell'esplicita previsione in materia contenuta nell'art. 19 GG. Ulteriori notazioni sul punto, pur da posizioni essenzialmente relativiste, R. ALEXY, *I diritti fondamentali,* cit. pp. 321 e ss.

[282] Così G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo*, cit. pp. 301 e 306, che riprende e sviluppa l'approccio di P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Torino 1998 pp. 85-86, e da ultimo ripresa anche da L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, cit., pp. 2795-2796. Tra i sostenitori di una distinzione debole tra regole e principi cfr. anche E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale,* Milano, 1999, pp. 427 e ss.

[283] Così V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int fil. dir.*, 1941, p. 239, ma in senso analogo, ID., *Principi generali e norme programmatiche*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., pp. 38-39 che, per riaffermare l'eguale precettività di tutte le disposizioni costituzionali, considera i principi impliciti dell'ordinamento frutto del processo di «di astrazione generalizzatrice delle norme particolari espresse […]». Sul carattere normativo dei principi e sulla loro funzione nomogenetica, cfr. N. BOBBIO, *Principi generali del diritto,* in *Noviss. dig. it.,* Torino, vol. XIII, 1966, pp. 890-891, nonché S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.,* vol. XXXV, Milano, 1986, p. 531. Per la tesi contraria, che vede nei principi «criteri immanenti all'ordine giuridico, caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)», che renderebbe «[…] ragione della loro ripugnanza ad una formulazione in termini precettivi» cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 850.

carattere assoluto per assumere portata relativa[284], rimandando all'individuazione della regola del caso da parte dell'autorità giurisdizionale. La dicotomia regola/principio serve allora, essenzialmente, a ricostruire *ex post* l'impianto argomentativo e la tecnica decisoria utilizzata dal giudice.

### 5.3. *Basta che funzioni. Dubbi sul rilievo giuridico della distinzione tra principi, valori e interessi*

Dal bilanciamento delle circostanze individuate a partire dal caso concreto il giudice enuncia veri e propri *standard*, che rappresentano le condizioni applicative dei diritti di libertà. Deve essere ripensata anche la distinzione, statica e concettuale, tra principi, valori e interessi che pure assume, secondo parte della dottrina, rilievo dirimente per la comprensione delle dinamiche argomentative delle Corti. Secondo alcuni, infatti, i valori sarebbero concetti fini a se stessi[285], incompatibili con la società pluralista a causa della loro naturale propensione totalitaria[286]; il concetto di "valore" avrebbe una dimensione escludente, per sua natura conflittuale, che rimanda a una necessaria sistemazione gerarchica realizzata attraverso la «distruzione» dei valori contrari[287]. Viceversa, l'interpretazione dei diritti fondamentali dovrebbe seguire la flessibile logica dei principi, che rimandano a un ordine dinamico sempre rivedibile alla luce delle circostanze del caso. L'argomentazione per principi sarebbe,

[284] «Ad ogni principio può essere predicato, quindi, quella che mi sembra possa chiamarsi la relatività del concetto dei principi generali, in quanto […] una norma, che si atteggia come principio generale se guardata rispetto a un dato gruppo di norme subordinate o a un dato istituto, appare invece come semplice norma particolare nei confronti di un'altra norma (principio) più generale ancora, che la ricomprende a sua volta insieme con altre» (così V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit., p. 241).

[285] Così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia,* cit. p. 206.

[286] Così G. ZAGREBELSKY, cit. ult., p. 207, che per altro riprende quanto già sostenuto, in senso critico verso l'interpretazione per valori, da E. FORSTHOFF, *La trasformazione della legge costituzionale,* cit. pp. 206 e ss. pp. 303-304.

[287] C. SCHMITT, *Die Tyrannnei der Werte* (1959), trad. it. *La tirannia dei valori,* Milano 2009, pp. 58 e ss. (spec. 61), cui si deve la penetrante critica a qualsiasi tentativo di costruzione oggettiva di un sistema dei valori.

così, perfettamente compatibile con lo Stato pluralista, vera e propria «sintesi di numerosi principi»[288].

Secondo altri, invece, la distinzione cardine nello Stato costituzionale di diritto sarebbe quella tra valori e interessi: mentre i primi sarebbero criteri orientativi volti al benessere della società[289], gli interessi rappresenterebbero la spinta egoistica e anarchica di un «mondo senza regole»[290].

Vero è che, dal punto di vista concettuale, principi, valori e interessi richiamano entità diverse e non sovrapponibili: mentre i principi esprimerebbero una dimensione giuridica, in quanto «concetti deontici del dover essere»[291], i valori farebbero riferimento a «un dover essere ideale che orienta teleologicamente le norme positive»[292]. Gli interessi, invece, avrebbero una natura fattuale che permette di collocarli sul piano dell'«essere», riferendosi «[…] ad atteggiamenti psicologici individuali e/o collettivi riguardo a certi beni – materiali, spirituali, culturali […] – che già si possiedono, o che si desidera conseguire o ci si aspetta di conseguire»[293]. Eppure, queste classificazioni hanno natura essenzialmente epistemica, e rilevano nell'ambito di una particolare teoria della Costituzione e dell'interpretazione[294]. Esse nulla aggiungono sul piano della descrizione delle argomentazioni adottate dalle Corti in funzione applicativa dei diritti fondamentali. Poiché, come si è visto, il bilan-

---

[288] Così Zagrebelsky, cit. ult., p. 208.

[289] In questo senso A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia,* Roma-Bari, 2002, p. 114, che ripropone una versione aggiornata della distinzione weberiana di azione orientata al valore e azione orientata allo scopo.

[290] Così A. BALDASSARRE, *ibidem.*

[291] La compiuta definizione della tricotomia valori (o concetti assiologici del giusto), principi (o concetti deontici del dover essere) e interessi (o concetti antropologici dell'azione) è stata recentemente ripresa da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali,* cit., pp.162 e ss., sostanzialmente ripresa da O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale,* cit. p. 372, e da A. MORRONE, *Il custode,* pp. 277-278.

[292] Cfr. O. CHESSA, *ibidem*.

[293] Così O. CHESSA, *ibidem*.

[294] Sulla connessione esistente tra modello di interpretazione e teoria della Costituzione v. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., pp. 65 e ss. Più in particolare, sottolinea in senso critico il rapporto strumentale tra bilanciamento e teoria della Costituzione M. DOGLIANI, *Il posto del diritto costituzionale*, cit., pp. 526 e ss.

ciamento giurisdizionale ha un rilievo essenzialmente pratico, volto cioè a determinare in chiave prescrittiva l'azione degli individui, la sostanziale continuità teleologica delle categorie concorre a unificarle in concreto. In questa ipotesi, i valori giuridici espressi dai diritti fondamentali si traducono necessariamente in regole d'azione, e il piano assiologico si concretizza nel grado di «[…] obbligatorietà della norma», vero e proprio «[…] mezzo per raggiungere lo scopo posto dal valore»[295].

In altri termini, nella dialettica argomentativa sui diritti fondamentali, vi è un processo circolare di normativizzazione di valori ed interessi, e di assolutizzazione dei principi, che ne comporta la reciproca fusione funzionale: se è vero che «si desume un principio da una singola norma ogniqualvolta si ipotizza una *ratio*, cioè uno scopo che la norma è diretta a conseguire o un valore da cui la norma è giustificata»[296], nel corso dell'argomentazione pratica valori e principi si confondono con gli interessi, coincidendo con la dimensione finalistica delle norme considerate.

Se «la dimensione reale [*rectius*: giurisprudenziale] dei valori costituzionali si manifesta tipicamente sotto forma di interessi»[297], il rilievo assiologico dei valori e la portata deontica dei principi vengono a coincidere, attraverso il giudizio, nella dimensione descrittiva dei fini (o interessi) delle norme, conciliando la dimensione ideale, precettiva e reale dell'ordinamento costituzionale[298].

---

[295] Così A. LONGO, *Dogmatica dei valori,* cit., p. 117.

[296] Cfr. R. GUASTINI, *I principi nel diritto vigente*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso*, Torino, 1995, p. 128.

[297] Così A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 277.

[298] Cfr. A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori,* cit., p. 131: «vi è […] un "circolo" in cui si dispongono norme e fatti (e – naturalmente – valori), in senso al quale tutti gli elementi che lo compongono si ricaricano vicendevolmente senza sosta, assecondando il moto complessivo dell'intero ordinamento ed anzi sospingendolo […] in avanti, sulla base di spinte e pressioni varie, di ordine sia fattuale che assiologico, che, di volta in volta, orientano e segnano le vicende della normazione, le esperienze di giustizia costituzionale, i fatti istituzionali in genere».

CAPITOLO II

# DIALETTICA DELLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO: VERSO UNA TEORIA COSTITUZIONALE DEL DISCORSO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. In premessa. – 2. L'originario assorbimento nella libertà di stampa di matrice "statuaria" e la formalizzazione dell'*agere posse* in Costituzione – 3. Approcci logico-sistematici: teorie individualiste e limiti impliciti. Una prima critica di metodo. – 3.1. (*segue*) Limiti logici e teorie democratiche. La "china scivolosa" della funzionalizzazione. Una seconda critica di metodo. – 4. *Hate speech* e tutela delle minoranze nello Stato costituzionale (con particolare riguardo al discorso razzista e al negazionismo). – 5. Potere pubblico di gestione e mezzi di diffusione all'indomani della "lacuna" costituzionale. – 5.1. Declino della sfera pubblica borghese e riconcettualizzazione della libertà di manifestazione del pensiero nella libertà di informazione. – 5.2. Il diritto ad essere informato come diritto soggettivo? – 5.3. L'interesse ad essere informato come principio di governo della sfera pubblica. – 6. Oltre il mezzo di diffusione: l'avvento di internet e la libertà di comunicazione. – 7. La libertà di manifestazione del pensiero tra delimitazioni dogmatiche e teorie "costruttiviste". – 7.1. Neutralità e apertura del discorso pubblico: esigenze difensive e istanze partecipative.

## 1. *In premessa*

Come si è visto, i diritti di libertà presentano una morfologia complessa, coerente, in primo luogo, con una dimensione essenzialmente formale, garanzia di tutela individuale. In seconda battuta, la particolare natura della Costituzione evidenzia il rilievo materiale dei diritti che, in un processo circolare di legittimazione, fondano l'identità dell'ordinamento e richiedono, contestualmente,

una loro progressiva implementazione da parte dei pubblici poteri; a sua volta, l'architettura istituzionale pone l'accento sulla dinamica concreta delle libertà e, quindi, sull'interpretazione in funzione applicativa offerta dalla giurisdizione, naturalmente predisposta, tra le diverse istituzioni, a colmare lo iato tra dover essere normativo ed essenza materiale delle libertà.

L'abbandono di un approccio dogmatico richiede una declinazione teorica del diritto di libertà nel singolo contesto; le questioni poste dal riconoscimento della specifica libertà non sono, infatti, sempre uguali, ma mutano al mutare delle proprietà rilevanti dell'ambito istituzionale di implementazione.

In questa prospettiva, uno studio che abbia ad oggetto la libertà di manifestazione del pensiero deve concettualizzare la libertà di espressione come libertà che istituisce un autonomo sottosistema che interagisce con altre strutture sociali orientate alla soddisfazione di diritti e pretese individuali concorrenti ovvero finalizzati alla conservazione politico-autoritaria della propria integrità normativa.

Questo capitolo si prefigge il compito di analizzare l'interazione critica della libertà di manifestazione del pensiero con alcuni sottosistemi concorrenti, per poi tentare l'elaborazione di una teoria che individui il *nomos* del sottosistema della libertà di espressione e tenti una sua collocazione nel sistema generale delle libertà costituzionali.

L'analisi di tali interazioni dovrà prendere le mosse dalle teorie (più risalenti) che hanno esplorato i margini di intervento del pubblico potere sull'aspetto contenutistico, e quindi sostanziale, della libertà. Nelle prime elaborazioni teoriche, infatti, l'angolo prospettico scelto per la lettura della libertà di manifestazione del pensiero attiene al classico rapporto individuo/autorità, ove i limiti eteroimposti alla libertà di manifestazione di pensiero assurgono a paradigma del confitto tra dissenso individuale e ordine costituito, tra natura difensiva e contro-maggioritaria del diritto soggettivo e sconfinamenti autoritari delle istituzioni politiche.

In dottrina era ricorrente il tentativo di fornire una lettura che indicasse un equilibrio tra i processi di cambiamento promossi dalla diffusione del dissenso, da un lato, e l'esigenza di autoconservazione del potere costituito, dall'altro. La questione teorica stava

nella legittimazione costituzionale dei poteri autoritari dello Stato cristallizzati nei reati di opinione ereditati dal passato regime, che restringevano l'ambito di esercizio del diritto di libertà sino a renderlo funzionale alle ragioni dello Stato autoritario[1]. In questo contesto, il riferimento alla funzione o alla "funzionalizzazione" della libertà non indicava lo specifico ruolo sistemico del diritto di libertà nell'ordinamento costituzionale e, quindi, la sua funzionalizzazione in senso debole o «metodologico»[2] ma la sua subordinazione, in senso "forte" e "sostanzialistico", alla cornice dei valori che ispirava l'azione statale.

Quando le tensioni sottese al rapporto tra individuo e autorità sembrano stabilizzarsi, anche a seguito di una giurisprudenza costituzionale attenta a disinnescare gli effetti palesemente incostituzionali di alcune fattispecie penali ereditate dal passato regime[3], le antiche sistemazioni teoriche esauriscono il relativo slancio prescrittivo. Il consolidamento in senso democratico delle istituzioni repubblicane e il progressivo radicamento dell'ordinamento costituzionale[4] da un lato, la nuova composizione della società – sempre più orientata verso una conformazione multiculturale e multirazziale – dall'altro, conferiscono nuova linfa al problema teorico della legittimità della selezione penalistica dei contenuti espressivi. In questo contesto, le nuove impostazioni teoriche non pongono più l'accento sul momento libertario e individualistico connesso all'esercizio del diritto di libertà o, ancora, sul nesso intercorrente tra manifestazione del pensiero e rigenerazione del processo demo-

[1] Nei contesti manageriali lo stato agisce funzionalmente per soddisfare un proprio fine indipendentemente dai valori della persona o della comunità, seguendo la logica della razionalità «strumentale». Sul punto cfr. R.C. POST, *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management,* Cambridge MA, 1995, 247 e ss.

[2] Scriveva di funzionalizzazione «metodologica» P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero,* Milano, 1975, p. 12. Intendere la libertà di manifestazione del pensiero in termini "metodologici" prescinde da preclusioni contenutistiche, sottolineando esclusivamente il ruolo cardine della libertà di pensiero, «quale che sia il contenuto che a volta a volta esprime, in quanto essenziale per la definizione e l'attuazione della forma democratica di governo».

[3] Cfr. *infra,* cap. III.

[4] Cfr., in particolare, A. BARBERA, *I principi della Costituzione repubblicana: dal "compromesso" al radicamento progressivo*, in *Rass. Parl.*, 2009, pp. 314 e ss.

cratico; la percezione di una sostanziale congruenza con il quadro complessivo dei valori costituzionali di un ampio riconoscimento della libertà lascia il posto ad una generalizzata diffidenza nei confronti del suo esercizio, almeno in quei casi in cui la diffusione del pensiero viene percepita come strumento di cui i gruppi egemoni si avvalgono per perpetuare la condizione di inferiorità delle comunità sociali svantaggiate o, comunque, minoritarie. Al centro della riflessione teorica non è più l'ordine pubblico (o beni giuridici con esso collimanti), ma interessi riconducibili, in ultima analisi, alla dignità dei gruppi, bene altrettanto sfuggente che rimanda, in ultima analisi, alla percezione che la singola comunità ha della propria identità e, quindi, del proprio "valore" sociale. Almeno apparentemente l'esercizio della libertà individuale non si confronta più con le esigenze di autoconservazione del pubblico potere ma con quelle "regole di civiltà" promosse dall'ordinamento per tutelare quella particolare forma di organizzazione sociale (la "comunità") che concorre a strutturare l'identità culturale della persona[5]. Nel sottosistema comunitario, infatti, le relazioni comunicative sono ispirate al riconoscimento e al mutuo rispetto della identità, formatasi dialogicamente nell'ambito di una specifica comunità[6].

I profili di criticità appena menzionati si inseriscono, comunque, nella *querelle* sulla legittimità costituzionale di fattispecie penali che riguardano il momento strettamente difensivo del diritto di libertà. L'attenzione alla sua dimensione istituzionale richiede, in-

[5] Per il concetto di *community*, come specifico ordine sociale ove gli individui formano la propria identità attraverso la condivisione di atteggiamenti e inclinazioni personali, capaci di assurgere, poi, al rango di paradigmi comportamentali che contribuiscono a formare, in un processo di assimilazione bidirezionale, il Sé, cfr. R.C. POST, *Constitutional Domains,* cit., pp. 180 e ss., che importa nella sua analisi alcune considerazioni del comportamentismo interazionista di G. H. MEAD, *Mind, Self, and Society: from the Standpoint of a Social Behaviorist (*1934), trad. it. *Mente, sé e società: dal punto di vista di uno psicologo comportamentista,* Firenze, 1966 e di E. GOFFMAN, *Interaction ritual: essays on face-to-face behavior*, New York, 1967.

[6] Per una nozione culturalmente orientata di identità, formata all'interno di particolari «reti di interlocuzione» cfr. C. TAYLOR, *The Politics of Recognition* (1992), trad. it. *La politica del riconoscimento,* in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo,* Milano, 1998, pp. 19-22, ID., *Sources of the Self: the Making of Modern Identity* (1989), trad. it. *Radici dell'io: la costruzione dell'identità moderna,* Milano, 1993, pp. 41 e ss.

vece, un'analisi che non si esaurisca nel suo aspetto sostantivo ma che coinvolga anche, per restare a una tralatizia distinzione, la disciplina di quei mezzi di diffusione del pensiero che definiscono la struttura della sfera pubblica. Originariamente lasciata alla discrezionalità del potere gestorio (o "manageriale") dell'amministrazione, la disciplina sui mezzi di diffusione ha progressivamente assunto rilevanza costituzionale, contribuendo alla riformulazione della libertà di manifestazione del pensiero nella libertà di informazione, rinnovata formula che richiama principi costituzionali, nuove situazioni soggettive, conseguenti assetti istituzionali teleologicamente orientati alla loro soddisfazione. Secondo un'evoluzione che emerge chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale[7], non è sufficiente che la *ratio* della disciplina dei mezzi sia congruente rispetto al fine perseguito dal potere pubblico ma deve soddisfare specifici profili etico-sostanziali che concorrono, per altro, a trasformare il significato della libertà di manifestazione del pensiero: da mera esigenza difensiva essa diviene pretesa di partecipazione alla creazione della sfera pubblica, da realizzare attraverso l'intervento promozionale del pubblico potere. Con il progresso tecnologico, inoltre, si conferma la progressiva perdita di rilievo della distinzione tra aspetto strumentale e profilo contenutistico della libertà, sino a porre sotto *stress* la delimitazione, in chiave normativa, delle singole situazioni soggettive di rilievo costituzionale. In alcune, recenti ricostruzioni, l'art. 21 perde la sua specificità per essere, addirittura, soppiantato da un'avveniristica libertà di comunicazione, capace di riunire più libertà accomunate dalle concrete modalità di esercizio, priva tuttavia di una compiuta giustificazione teorica che non si arresti alla mera registrazione fattuale del processo di convergenza tecnologica.

Frammentata in contesti sociali e sottosistemi comunicativi tra loro assai diversi, la libertà di manifestazione del pensiero rischia, in questo modo, di smarrire la propria ragion d'essere. Per ristabilire il suo significato istituzionale è necessario costruire una teoria unitaria della libertà in esame che non si fermi alla delimitazione, dogmatica e difensiva, del diritto di libertà e che, d'altra parte, non

[7] Cfr. *infra,* cap. III.

si risolva nella rarefatta enunciazione di un principio incapace di fornire all'interprete un solido paradigma normativo.

La conclusione di questo capitolo sarà dedicata al tentativo di proporre un fondamento sostanziale della libertà di manifestazione del pensiero, che individui la sostanza del "discorso pubblico", inteso come vero e proprio meta-contesto che legittima l'esistenza della "comunità democratica", autonomo sottosistema che riflette i processi di integrazione politica innescati dalle Costituzioni liberal-democratiche.

## 2. *L'originario assorbimento nella libertà di stampa di matrice "statuaria" e la formalizzazione dell'*agere posse *in Costituzione*

Almeno in origine la libertà di manifestazione del pensiero risulta assorbita dalla libertà di stampa che a sua volta nasce come facoltà connessa all'esercizio di un diritto di proprietà sui mezzi di produzione degli stampati[8]. Nonostante la previsione normativa assuma, in una Carta costituzionale flessibile e ottriata, un valore simbolico e non strettamente precettivo[9], l'ordinamento statutario

[8] In chiave storico-politico, la libertà di stampa non è altro che una proiezione delle facoltà possessorie del proprietario dei mezzi di riproduzione tipografica. Il progressivo riconoscimento del diritto di stampa trae origine dal mancato rinnovo, nel 1694, del *Printing and Licensing Act* risalente al 1662, che aveva tentato di coniugare l'organizzazione tudoriana della *Stationers Company* (corporazione che in regime di monopolio gestiva, tramite un'apposita concessione regia, il mercato della stampa) con le innovazioni prodotte dalla rivoluzione puritana, assegnando la competenza in materia di legislazione sulla stampa al Parlamento. Cfr. sul punto J. HABERMAS, *Strukturwandel der Offentlickeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der burgerlichen Gesellschaft (*1962), trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2008, pp. 67 e ss.

[9] L'art. 28 dello Statuto albertino, con una formula che ricordava l'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, individuava, secondo lo schema tipico dei diritti pubblici subiettivi, nella legge la misura della sua realizzazione: «la stampa sarà libera, ma una legge ne *reprime* gli abusi. Tuttavia le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghieria non potranno essere stampati senza il preventivo permesso del Vescovo». Al contrario della prima parte dell'articolo, il secondo comma della disposizione, a testimonianza del mutato atteggiamento del Regno di Sardegna nei confronti della Chiesa Cattolica, si rivelerà sostanzialmente inattuato dal successivo Editto sulla stampa (l. n. 695/1848). Sul

estende progressivamente la sfera di liceità delle attività di stampa[10], sino a configurare un vero e proprio *agere posse* tutelato dalla legge[11]. Il mancato accenno alla libertà di manifestazione del pensiero *stricto sensu* intesa si giustifica in ragione della particolare natura dello Stato borghese di diritto, caratterizzato da una forte omogeneità ideologica della base politica[12]: nell'ordinamento liberale, infatti,

---

punto v. U. DE SIERVO, *Stampa (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 580.

[10] Le principali prescrizioni previste dall'Editto sulla stampa del 1848 (artt. 36 e ss.), sostanzialmente confermate dall'All. B della l. 20 Marzo 1865, relative alla stampa periodica, disponevano una previa dichiarazione presso la Segreteria di Stato relativa al genere della pubblicazione nonché l'indicazione del "gerente", considerato il responsabile della pubblicazione. Per quanto concerne l'affissione di stampati o manoscritti, la legge del 1865 (poi ulteriormente specificata e rafforzata sul punto dal Tulps crispino n. 6144/1889) richiedeva invece l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza. Come rileva U. DE SIERVO, *Stampa,* cit. ult. p. 580, la «scelta in senso liberale operata dalla classe dirigente dello Stato sabaudo […]» è testimoniata dall'assenza di «[…] ogni strumento di autorizzazione o censura, [dal]la limitatezza delle prescrizioni di previa pubblicità sia per la stampa non periodica che per quella periodica, [dal]la relativa limitatezza dei requisiti necessari per i responsabili delle pubblicazioni (con la creazione del gerente responsabile per la stampa periodica), e [dal]lo stesso svuotamento radicale del comma 2 dell'art. 28 dello Statuto». In senso analogo cfr. G. CUOMO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *La tutela del cittadino,* cit., pp. 221 e ss., nonché A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili (artt. 13-28)*, Bologna-Roma, 2006, pp. 435 e ss.

[11] In tale contesto, spicca l'innovazione garantista prevista dalla l. n. 278/1906, che aboliva il sequestro preventivo. In forza dell'art. 1, il sequestro della stampa e di tutte le manifestazioni del pensiero contemplate nell'editto sulla stampa non poteva essere disposto che per sentenza definitiva dell'autorità giudiziaria, salvo comunque il sequestro in via preventiva delle pubblicazioni offensive del buon costume e del pudore.

[12] Omogeneità che a sua volta deriva dalla particolare base sociale dello Stato liberale, costituita dalla borghesia possidente e industriale, che «[…] pretende di rappresentare la "vera" nazione come entità omogenea», e di «[…] esprimere la effettiva ed unitaria volontà della collettività». Così C. MORTATI, *Le forme di governo,* cit., p. 34, ma sulla classificazione di origine politologica tra ordinamenti «omogenei» e «non omogenei», a seconda del grado di consenso tra le forze politiche sui fini che lo Stato deve realizzare, cfr. la classica teorizzazione di H. LASKI, *La libertà nello stato moderno,* Bari, 1931, come ripresa anche da S. FOIS, *Principi costituzionali,* cit., pp. 67 e ss. Sintomo dell'esclusione, dalla base politica dello Stato, delle classi sociali diverse dalla borghesia è l'approvazione delle due leggi (ll. 314-315/1894) che prevedevano fattispecie *ad hoc* sanzionanti, in varia misura, il movimento anarchico (si pensi, ad esempio, al reato di istiga-

l'eliminazione dei controlli preventivi sull'attività di stampa, pur essendo strumentale alla creazione di una sfera pubblica con funzioni politiche, tuttavia è servente rispetto agli interessi della ristretta classe politica dominante[13].

Non è un caso che, allentato il giogo dei controlli amministrativi, i confini della sfera pubblica siano definiti attraverso «interventi repressivi […] vastissimi», corollari «[…] dei valori sottostanti ai regimi liberali»[14]. Stretta tra l'ampia congerie dei reati di opinioni da un lato, e dai pervasivi controlli amministrativi sulle riunioni e sugli assembramenti dall'altro (storicamente considerati, nella teoria liberale, particolari mezzi di diffusione del pensiero)[15], la libertà di manifestazione del pensiero rimane una liceità, semplice riflesso delle scelte di politica criminale del legislatore e, per quanto attiene la possibilità di disporre di mezzi diversi dalla stampa, mera facoltà da esercitare nell'ambito del libero uso dei mezzi di diffusione.

A causa del successivo irrigidimento autoritario del regime fascista, la Costituzione codifica istanze di rottura, non solo attraverso l'esplicita previsione del diritto di manifestare il proprio pensie-

---

zione al "delitto anarchico"). Sul punto C. FIORE, *I reati di opinione,* Milano, 1972, pp. 35-36.

[13] Così J. HABERMAS, *Storia e critica,* pp. 92-102, ma nello stesso senso C. FIORE, *I reati di opinione,* p. 19, che sottolinea il paradosso degli «ordinamenti [liberali] che si appoggiano dovunque ad una impalcatura di vecchie e nuove leggi repressive, concepite per garantire di fatto – con il pretesto della "sicurezza dello Stato" – interessi particolari, ammantati con i colori dell'interesse generale».

[14] U. DE SIERVO, *ibidem.* Nonostante un fugace cenno alla libertà di manifestazione del pensiero all'art. 1, l'Editto sulla Stampa del 1848 sanzionava la «provocazione pubblica a commettere reati» (art 13), e dedica tre Capi alle «Offese pubbliche contro la Persona del Re» (Capo IV), alle «Offese pubbliche contro il Senato o la Camera dei deputati, i Sovrani ed i Capi dei Governi esteri ed i membri del Corpo diplomatico» (Capo V), alle «[…] Diffamazioni, ingiurie pubbliche e […] libelli famosi» (Capo VI), individuando tutta una serie di fattispecie sostanzialmente riprese dal Codice Zanardelli del 1889. Cfr., per un'ampia panoramica delle fattispecie repressive, C. FIORE, *I reati di opinione,* cit., pp. 19 e ss.

[15] Nonostante il differente regime previsto dall'art. 32 Stat. Alb. per le riunioni in luogo pubblico, la legislazione di attuazione (in particolare l'All. B della l. n. 2248/1865) non aveva previsto un obbligo di preavviso gravante sui promotori né il potere di apporre divieti preventivi, la prassi statutaria fu caratterizzata da forti limitazioni preventive adottate dalla pubblica autorità: cfr. A. PACE, *La libertà di riunione,* in *La pubblica sicurezza,* cit., pp. 243-244.

ro[16] – che in un testo costituzionale rigido assume il significato di ampliare il novero dei limiti al legislatore ordinario – ma anche tramite un rafforzamento delle garanzie della libertà di stampa, attualmente fondate su una riserva rinforzata di legge che disciplina il sequestro preventivo[17], e su una riserva di giurisdizione, derogabile in via provvisoria dall'apparato di polizia prossimo, per funzioni, all'autorità giudiziaria[18].

In questo senso, la Costituzione del 1948 rafforza l'aspetto individualistico della libertà di espressione – riequilibrando il rapporto tra autorità e individuo a favore di quest'ultimo – ma nulla prevede rispetto alla gestione della sfera pubblica.

Non è disciplinata nessuna forma di *governance* del sistema istituzionale della libertà di espressione, se si esclude quanto previsto dal V comma dell'art. 21, che consente al legislatore, a tutela della fede pubblica, di rendere pubbliche le fonti di finanziamento della stampa periodica[19], vero e proprio compromesso al ribasso rispetto alle più incisive proposte degli onn. Montagnana e Cavallari prima, e dagli onn. Gronchi-Fanfani poi[20].

---

[16] La prima questione affrontata dalla I Sottocommissione riguardò il necessario riconoscimento della libertà di stampa quale autonoma situazione soggettiva distinta dalla libera manifestazione delle idee. La modifica al progetto Basso-La Pira si deve all'On. Dossetti. Cfr. il dibattito svoltosi in I Sottocommissione, seduta 26 aprile 1946.

[17] L'intenzione dei Costituenti era quella di restringere, attraverso l'utilizzo di una terminologia mutuata dal codice penale, ai soli casi di "delitto" o di violazione delle norme sull'indicazione dei responsabili i presupposti che legittimano l'intervento requisitorio. In tal senso, la violazione delle norme sull'indicazione dei responsabili era considerata unica deroga possibile al divieto di procedere a sequestro per ipotesi contravvenzionali. Come sostenuto dall'on. Grassi nella seduta plenaria del 14 aprile 1947, «[p]referiamo limitare i casi di sequestro ai "delitti" invece che ai "reati", perché la parola "reati" si presta ad una maggiore quantità di casi».

[18] Originariamente attribuito all'autorità di pubblica sicurezza, il potere di sequestro degli stampati in caso di urgenza sarebbe stato attribuito agli ufficiali di polizia giudiziaria dal Comitato di redazione.

[19] Cfr. Cfr. quanto sostenuto dall'autore dell'emendamento, on. Mortati, nella seduta plenaria del 14 Aprile 1947: «[…] lo spirito dell'emendamento sta nel sopprimere ogni potere di controllo dello Stato su queste fonti di entrata e di limitare semplicemente l'obbligo alla pubblicazione dei bilanci, in modo da affidare il controllo alla pubblica opinione».

[20] L'emendamento, poi decaduto a seguito dell'approvazione della proposta Mortati, mirava ad inserire, nelle parole dei promotori, due ulteriori prescrizioni,

Per la verità, non è solo la disciplina costituzionale della gestione della sfera pubblica a risultare senz'altro deficitaria: nonostante sia introdotto, in funzione di limite, un unico controinteresse di natura collettiva (buon costume), giustificato, almeno nei lavori preparatori, dalla necessità di tutelare la «formazione spirituale della gioventù», nel testo costituzionale non vi è alcuna menzione ad altri interessi di natura individuale che pure, in altre Costituzioni coeve a quella italiana, sono considerati meritevoli di protezione costituzionale[21].

Da questo punto di vista, il testo della Costituzione riflette, probabilmente, l'intenzione dei Costituenti di considerare la libertà di espressione una tra le tante declinazioni, elencate nel testo costituzionale, del principio personalista richiamato dall'art. 2 Cost.

Alquanto indifferenti alle posizioni che ricostruiscono il diritto di libertà non solo in chiave contro-maggioritaria, ma anche quale condizione di inveramento del pluralismo democratico[22], i Costituenti si servono della teoria giuridica dei diritti pubblici soggettivi per irrigidire e canalizzare le pretese dell'individuo nei confronti dello Stato-apparato, non solo lasciando impregiudicate gran parte delle questioni legate ai limiti legittimamente opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero, ma anche mancando di indicare le linee di sviluppo del sistema istituzionale ad essa relativo.

---

finalizzate ad attribuire allo Stato il potere di accertare i mezzi di finanziamento, di regolare l'impiego dei mezzi di produzione e di riconoscere allo Stato stesso il potere di disporre controlli «[…] sulle agenzie di informazione al fine di accertarne le fonti di notizie e i mezzi di finanziamento». Successivamente a tale proposta veniva avanzato l'emendamento Gronchi-Fanfani, anch'esso poi respinto, che attribuiva alla legge la facoltà di regolare l'utilizzazione delle imprese tipografiche e di radiodiffusione al fine di «[…] garantire a tutti i cittadini l'effettivo esercizio di questo diritto». Cfr. il resoconto stenografico della seduta del 14 aprile 1947 in Assemblea plenaria.

[21] Cfr., ad esempio, per ciò che concerne il diritto all'onore, l'art. 5.2 della Costituzione della Repubblica federale di Germania.

[22] Per una voce dissonante v. comunque P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà,* in F. RUFFINI, *Diritti di libertà,* Firenze, 1946, pp. XIII-XIV: «[…] nel sistema democratico i diritti di libertà non si possono concepire come espressione di diffidenza e difesa contro l'autorità; ma piuttosto come strumenti e come condizioni della autorità medesima. […] [L]e libertà politiche […] sono necessarie non solo come riconoscimento pratico della dignità morale di ogni persona, ma anche come mezzo per rendere operosa e feconda la vita politica della comunità […]».

## 3. *Approcci logico-sistematici: teorie individualiste e limiti impliciti. Una prima critica di metodo*

Non è un caso che all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana gran parte delle ricostruzioni dottrinali abbiano offerto una teoria prescrittiva della libertà di manifestazione del pensiero, tentando di colmare l'indeterminatezza del testo Costituzionale.

In relazione all'aspetto contenutistico del diritto di libertà, il primo tentativo, in ordine temporale, di completa sistematizzazione prende le mosse da premesse nettamente individualistiche: il diritto di manifestazione del pensiero è riconosciuto al singolo «[…] nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali», non certo per le funzioni che l'individuo ricopre come componente della comunità «[…] sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto»[23].

Respinta ogni concezione funzionale[24], e nonostante non manchino affermazioni "sostanzialistiche"[25], tale ricostruzione privilegia il dato formale. In una Costituzione rigida, infatti, non esiste «[…] un generale potere della legge di elevare a delitto manifestazioni del pensiero o di vietarle secondo opportunità»[26], soprattutto

[23] In altri termini, «[q]uando si afferma che la nostra Costituzione garantisce il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende dunque dire che esso è garantito al singolo come tale indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalla funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i morti ed i morti ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero». Così, ovviamente, la prolusione al corso di Diritto costituzionale tenuta da C. ESPOSITO all'università la Sapienza, nel febbraio del 1957, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1957-1958), ora in ID., *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi,* Milano 1992, pp. 119-120.

[24] Sostenuta nella dottrina dell'epoca soprattutto da G. CUOMO, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 1955, pp. 164, 192, 250 e ss.

[25] Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero,* cit. p. 121 nt. 12: «A base del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero non sta infatti solo la fede che la libertà riconosciuta apporti bene, ma anche l'idea che quella libertà come tale sia un bene, anche se essa apporti mali specifici […]».

[26] Così C. ESPOSITO, cit. ult., p. 130.

quando, come nel testo dell'art. 21, sia lo stesso testo costituzionale ad individuare il vincolo che, in funzione di limite, spetta alla legge attuare[27].

Eppure, quella che sembra essere una vera e propria *praesumptio* di illegittimità delle norme limitative gerarchicamente sottordinate alla Costituzione, viene di fatto smentita quando le valutazioni sulla intangibilità del diritto cedono il passo alla riconosciuta possibilità, per le leggi, di limitare il diritto ogni qual volta vi sia un valore da tutelare, desunto «esplicitamente o implicitamente» dalla Costituzione[28].

All'affermazione segue l'elenco dei limiti, individuati in via sistematica dal testo della Costituzione: in tal senso (e a mero titolo esemplificativo), la fede pubblica esclude dalla tutela costituzionale il subiettivamente falso, la menzogna, i raggiri e la frode[29]; il buon andamento della p.a. e la segretezza delle comunicazioni giustificano l'obbligo di imposizione dei segreti pubblici e privati[30]; la pari dignità sociale dei cittadini richiama la necessaria protezione dell'onore delle persone[31].

La *ratio* individualista, sottesa dalla garanzia costituzionale, esclude, tuttavia, che l'obbligo di fedeltà alla Repubblica, posto dall'art. 54 Cost., o il limite "naturale" dell'ordine pubblico legittimino limitazioni legislative che conformino dall'interno la libertà costituzionale. Quanto al primo profilo, l'obbligo di fedeltà non comporta la necessaria adesione dei cittadini «ai dommi della nostra Repubblica»: solo l'«arbitraria identificazione» di quest'ultima «con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli»[32].

---

[27] C. ESPOSITO, cit. ult., p. 136.

[28] C. ESPOSITO, cit. ult., p. 156.

[29] C. ESPOSITO, cit. ult., pp. 157-158.

[30] C. ESPOSITO, cit. ult., p. 161 nt. 89.

[31] C. ESPOSITO, cit. ult., p. 167.

[32] Da qui la teorizzazione espositiana dell'art. 54 Cost come fondamento costituzionale di un vero e proprio «diritto di resistenza» del cittadino: «[l]'obbligo di fedeltà alla Repubblica […] significa obbligo […] di agire come membro e parte della Repubblica pur quando leggi, e giudici esecutori non siano in grado di farne valere coercitivamente la volontà» (C. ESPOSITO, cit. ult., pp. 178-179).

Alla luce di tali premesse, deve essere esclusa la possibilità che, in assenza di un'esplicita dizione costituzionale, l'esercizio del diritto possa costituire «un pericolo generale per la saldezza degli istituti, per la conservazione della pace sociale e per la vita della Repubblica»[33].

Quanto al secondo profilo, si riconosce che solo particolari manifestazioni, «per imprevedibili circostanze di tempo, di luogo o di ambiente […] possano costituire pericolo […] imminente […] per la pace sociale […], per l'ordine pubblico e costituzionale, per la difesa della Patria […], per la indivisibilità dello Stato, per l'osservanza della Costituzione e delle leggi […]». In queste ipotesi, il pericolo per l'ordine costituito potrebbe consentire «[…] decisioni straordinarie» assunte con le procedure che, nella visione dell'Autore, sono ammesse dalla stessa Costituzione [34]. L'impostazione formalistica riduce il problema dei limiti alle opinioni eversive ad una questione essenzialmente positiva e procedurale, richiedendo una copertura formale alle deroghe della legalità costituzionale.

La teoria espositiana fonda le premesse per una ricostruzione metodologicamente formale della libertà di manifestazione del pensiero, e rappresenta il preludio all'individuazione, nella successiva giurisprudenza costituzionale, di limiti che, implicitamente desumibili dal teso costituzionale, siano suscettibili di bilanciare il diritto di libertà.

Nell'evoluzione successiva, è il metodo «testuale-sistematico», fondato «su sperimentate "categorie" interpretative che, vincolando logicamente l'interprete, ne rendono tendenzialmente prevedibili […] le applicazioni concrete»[35], a portare la dottrina dell'Esposito

---

[33] C. ESPOSITO, *ibidem.*

[34] Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione,* cit., pp. 180-181, che rimanda alla particolare lettura dell'A. delle norme costituzionali sul decreto-legge e sulla delega al Governo dei poteri necessari in caso di guerra come veri e proprie fonti *extra ordinem* idonee a derogare alle stesse disposizioni costituzionali. Sul punto C. ESPOSITO, *Decreto-legge* (1962), in *Diritto costituzionale vivente,* cit., pp. 242 e ss.

[35] In tal senso A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, in *Art. 21*, cit., p. 5, M. MAZZOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano,* in *In onore di Vezio Crisafulli,* vol. II, Padova, 1984, 517 e ss.

a un progressivo affinamento dei risultati. In effetti, se è vero che i limiti legittimamente opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero devono essere ricavati, oltre che dal tenore letterale dell'art. 21.1 Cost.[36], anche dalla necessità di tutelare beni di rilevanza costituzionale «sulla base del mero richiamo, diretto o indiretto, effettuato in Costituzione a diritti, doveri, funzioni, organi […] potenzialmente antitetici a questa libertà»[37], il previo fondamento costituzionale del limite non è operazione «risolutiva». Si rende necessario, infatti, la definizione di ulteriori criteri, di natura logico-dogmatica, che costruiscano *ex ante* canoni di risoluzione dei conflitti, basati ora sulla natura «materiale» del comportamento espressivo (che, in quanto tale, impedisca l'altrui godimento di beni o di diritti costituzionali), ora sul «diretto» pregiudizio di altri diritti costituzionalmente garantiti o, ancora, sulla forma istigatoria assunta dalla manifestazione del pensiero[38].

Nonostante il forte afflato garantista, tali impostazioni non convincono, anzitutto, sul piano metodologico laddove, accanto ad un'accezione formale della libertà di manifestazione del pensiero, quale situazione soggettiva cristallizzata in un testo giuridico gerarchicamente sovraordinato, individuano eccezioni alla regola costituzionale basate su una pre-comprensione materiale dei molteplici valori desumibili dalla Carta costituzionale. Nonostante sia espressamente rigettata qualsiasi «opzione di valore», il richiamo a canoni meta-testuali è invocato non solo per delimitare i confini della libertà di manifestazione del pensiero rispetto ad altre fattispecie costituzionali materialmente affini, ma anche per individuare soluzioni costituzionalmente necessitate per ciò che concerne disciplina dei mezzi di diffusione[39].

---

[36] Dal riconoscimento della libertà di manifestare il *proprio* pensiero, deriverebbe, così, la mancata tutela costituzionale alla diffusione del pensiero altrui, o comunque non corrispondenti alle «proprie interiori persuasioni»- Così A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21,* cit., pp. 89-90.

[37] A. PACE, cit. ult., p. 98.

[38] A. PACE, cit. ult., p. 100.

[39] Così, il valore della più ampia diffusione delle idee non solo distingue la libertà di comunicare riservatamente dalla libera manifestazione del pensiero (A. PACE, cit. ult., pp. 15 ess.), ma porrebbe un vero e proprio vincolo finalistico in senso pluralista alla disciplina dei mezzi di diffusione (ivi, pp. 365 e ss.), sino a ricomprendere il diritto di informare e la libertà di informarsi (ivi, pp. 345 e ss.).

Non solo: tali impostazioni aprono la strada, di fatto, ad un'individuazione fortemente "soggettivistica" dei limiti, legate come sono alla particolare lettura che l'interprete dà ad un testo costituzionale aperto e orientato verso una pluralità di valori. Così, proprio per evitare tale "soggettivismo", la teoria si apre ad una serie di specificazioni e *sub*-categorizzazioni che rischiano di sminuire la generale capacità conformativa del diritto di libertà rispetto alla legislazione sottostante.

### *3.1.* (segue) *Limiti logici e teorie democratiche. La "china scivolosa" della funzionalizzazione. Una seconda critica di metodo*

Non è un caso, allora, che il successivo tentativo di elaborare una teoria compiuta della libertà di espressione abbandoni impostazioni eminentemente formali: l'art. 21 Cost. non dovrebbe essere inteso quale mera regola individuale di garanzia, ma determinerebbe, piuttosto, un criterio normativo, capace di definire «[…] quali manifestazioni possono essere vietate dal legislatore ordinario e quali invece non possano essere vietate senza contraddire la Costituzione»[40]. I confini di tale principio sarebbero, allora, da determinare induttivamente, sulla base del peculiare assetto del sistema politico-sociale di riferimento. In particolare, in un contesto sociale non omogeneo quale quello italiano[41], la Costituzione svolgerebbe una

[40] Così S. FOIS *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero,* cit. p. 37. In effetti, «[p]otrebbe dirsi che esistono due posizioni antitetiche […] nel modo di concepire le costituzionali». Secondo una prima accezione, «*formale* e *negativa*», «la garanzia costituzionale posta a tutela di una libertà del singolo consisterebbe nello stabilire soltanto la *forma* con la quale possono essere imposti a tale libertà»; secondo un altro approccio, invece, le libertà costituzionali sono concepite essenzialmente in modo «*sostanziale* e *positivo*; la garanzia costituzionale non significherebbe semplicemente che solo la legge può imporre limiti all'attività del singolo definita libera dalla Costituzione, ma anche che non ogni possibile limite la legge può legittimamente stabilire. Per tale ragione il principio di libertà dovrebbe essere inteso in modo tale che da esso siano desumibili quali – ed in che senso – limiti è ammissibile che la legge ponga all'attività del singolo: ciò significherebbe ricostruire in modo positivo il contenuto della libertà costituzionale» (ivi, p. 40, nt. 41).

[41] Il concetto di società omogenea rinvia ad un concetto di ordinamento nel quale «le varie forze politiche sono le une con le altre radicalmente contrapposte; fra esse non esiste consenso essenziale sui fini da perseguirsi nello Stato». In tal

funzione di tutela delle minoranze, desumibile dalle garanzie che postulano la sua rigidità (procedimento aggravato di revisione e sindacato di legittimità), e che rimandano agli istituti «relativi ai rapporti tra individuo e Stato […]» di natura «contro-maggioritaria», tra cui, in particolare, «[…] i diritti pubblici subiettivi»[42] e la libertà di manifestazione del pensiero, che garantisce alle minoranze la possibilità di orientare l'opinione pubblica in modo da aumentare «la […] forza politica anche sino al punto di diventare maggioranza»[43].

Alla luce di queste premesse sostanziali, la ricognizione dei limiti alla libertà di espressione attraverso una lettura formale e testualista della Costituzione risulta operazione necessariamente deficitaria, potendo, al più, rafforzare *ad adiuvandum* criteri dedotti dallo spirito dell'ordinamento costituzionale. Se così è, le manifestazioni del pensiero in materia politica, religiosa, artistica, scientifica godono di uno statuto "privilegiato" non solo perché espressamente menzionate in Costituzione (art. 19, 33, 3 Cost.) ma anche perché rappresentano «[…] [i] principali interessi della minoranza […]»[44].

In questo senso, non è sufficiente, ai fini della legittimità dei limiti alle espressioni «privilegiate», che sia in questione «[…] la violazione di un bene o un interesse specifico avente fondamento nella Costituzione», ma è necessario che «la violazione di tale bene […] coincida con la violazione di un limite logico della manifestazione del pensiero»[45].

---

senso, «la profondità del contrasto tra i diversi gruppi politici […]» spiega come l'ordinamento italiano evidenzi «i caratteri tipici della non-omogeneità» (FOIS, cit. ult., pp. 68-69).

[42] S. FOIS, cit. ult., p. 71.

[43] S. FOIS, cit. ult., p. 78.

[44] S. FOIS, cit. ult., p. 79, ma per una impostazione analoga, che distingue tra ordinamenti aperti, ordinamenti semi-aperti a qualificazione ideologica parziale e ordinamenti totalitari, P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento,* in AA. VV., *Legge penale e libertà del pensiero,* Padova 1966, pp. 38 e ss., ID. *Il diritto penale della stampa,* Padova, 1971, pp. 163 e ss., nonché, con una analoga impostazione metodologica ma con conclusioni più garantiste F. MANTOVANI, *I reati di opinione,* in *Il ponte,* 1971, pp. 206 e ss.

[45] S. FOIS, *Principi costituzionali,* cit., p. 107.

Il limite logico rimanda, a sua volta, alla delimitazione dogmatica del "figurino" della libertà costituzionale: si ha manifestazione del pensiero tutte le volte in cui la manifestazione si rivolga «ad altri individui», «[…] non […] determinati o determinabili» ed abbia ad oggetto un «pensiero». Qualora, invece, l'espressione voglia «sollecitare negli altri l'azione, è […] dubbio che si resti nell'ambito della libertà di pensiero», se il rapporto tra pensiero e azione è «esplicito, diretto ed immediato» e si traduce in un vero e proprio «incitamento all'azione»[46]. In tale contesto, si colloca la distinzione tra le due dimensioni della manifestazione del pensiero, l'una relativa al contenuto di «ciò che si può manifestare», l'altra «attinente alla forma (il modo di manifestare)»[47], con la conseguenza che resterebbero escluse dalla prima categoria (e, quindi, dalla tutela costituzionale) quelle forme espressive «attivizzanti», «teleologicamente orientate a suscitare nei destinatari comportamenti modificatori della realtà»[48].

Queste elaborazioni hanno avuto il merito di rompere l'isolamento formale cui era stata relegata la libertà costituzionale e di porre in evidenza il nesso tra il sistema politico-istituzionale e la libertà di manifestazione del pensiero. Quest'ultima, infatti, non è più un mero complemento della personalità individuale astrattamente considerata, ma svolge la funzione di collocare l'individuo all'interno del concreto funzionamento dell'ordinamento democratico. La teoria delle materie privilegiate inaugura, così, quel percorso di funzionalizzazione debole o metodologica[49] della libertà di manifestazione del pensiero: se tra libertà e funzione vi è un'in-

[46] S. FOIS, cit. ult., pp. 112-113.

[47] P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti,* cit., p. 352.

[48] P. NUVOLONE, cit. ult., p. 353.

[49] Su cui soprattutto P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero,* cit. pp. 9 e ss., ma anche A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*: *linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione,* Milano, 1988, pp. 100 e ss., M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 613, che rielabora un'intuizione già presente in V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà di informazione,* in *Il Politico,* 1964 p. 293, e distingue la funzionalizzazione debole delle libertà politiche dai «diritti funzionalizzati», di cui sarebbero espressione le libertà economiche, ove i limiti positivi opererebbero dall'interno per conformare il diritto di libertà ad un fine sociale.

compatibilità logica per la differente struttura finalistica dei predicati[50], «[i]l collegamento tra diritti di libertà e democrazia», non si atteggia secondo una dinamica tipica del rapporto mezzo-fine, ma assume un significato «[…] di tipo strategico o valoriale […]»[51]. La struttura della libertà di manifestazione del pensiero impedisce che il suo contenuto possa essere orientato verso determinate qualificazioni ideologiche, ma ammette lo stretto rapporto tra il suo riconoscimento, la sensibilizzazione dell'opinione pubblica e le procedure democratico-rappresentative che la presuppongono. Proprio la collocazione della libertà nell'ordinamento democratico richiede, per altro, di includere anche le opinioni estreme nel novero delle idee consentite, perché il principio della tolleranza ideologica, «[…] migliore difesa contro ogni involuzione dell'ordinamento democratico», è «[…] catarsi suprema del malcontento», che caratterizza la libertà di manifestazione del pensiero quale vera e propria valvola di sfogo delle pulsioni eversive presenti nel sistema[52].

Non può non apprezzarsi il superamento di una prospettiva essenzialmente formale; eppure, un'analisi più attenta evidenzia come il fondamento dei limiti, nelle prime formulazioni citate, non sia dato dal concetto di espressione e dal modo di esprimersi, ma dalle stesse premesse sostanziali dell'ordinamento, che qualificano in senso ideologico la libertà di manifestazione del pensiero. Se-

---

[50] Mentre la libertà è riconosciuta per esercitare per un fine posto autonomamente dallo stesso individuo, la funzione realizza una finalità sistemica eteroimposta dall'ordinamento. In questo senso, il concetto di libertà funzionale sarebbe un esempio di *contradictio in adiecto,* logicamente invalido per contraddizione del predicato rispetto al soggetto. Così, diffusamente, A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit. p. 15.

[51] A. BALDASSARRE, *ibidem.*

[52] Così, rispettivamente, C. FIORE, *I reati di opinione,* cit., pp. 161-162, nonché H. LASKI, *La libertà nello stato moderno,* cit., p. 72. In senso analogo v. A. DI GIOVINE, *I confini,* cit., pp. 108-109, che pure diffida di soluzione valide in ogni tempo e in ogni luogo (pp. 110 e ss.). Oltre a Laski, per un approccio che è peraltro classico nella dottrina americana, cfr. T. I. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *Yale L. J.* 877, pp. 884-886 (1963). Sottolinea la funzione della libertà di espressione nella definizione di una pratica della tolleranza, che contribuisce a costruisce una società aperta al dubbio e all'anticonformismo, L. BOLLINGER, *The tolerant society* (1986), *La società tollerante,* Milano, 1992, *passim,* spec. 244-245.

condo tale impostazione, infatti, nella «*civitas*» incardinata sulla «libertà per tutti di manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento» (la cd. «città aperta»), le forme espressive da vietare saranno quelle con «contenuti negativi del valore della città aperta come tale»[53]; negli ordinamenti caratterizzati da «qualificazione ideologica parziale», a maggior ragione, non possono essere considerate illegittime le norme penali che impediscono l'esaltazione di valori o di interessi «che la [C]ostituzione, nelle sue frequenti prese di posizioni sostanziali, considera negativi nell'ambito dell'ordinamento vigente»[54]. Ciò che viene presentato come «un giudizio logico fondato sul principio di contraddizione» è in verità un giudizio di valore, che non riesce ad evitare la china scivolosa (*slippery slope*)[55] della funzionalizzazione «forte» agli ideali dell'ordinamento. Anche nell'ordinamento più aperto ai mutamenti sociali, infatti, «l'unico vero limite logico» è «quel più sicuro e specifico principio», che richiede che l'assetto democratico non possa arrivare ad «essere sui-

[53] Oltre all'istigazione e alla propaganda, anche la denigrazione delle istituzioni, diretta a suscitare «[…] sentimenti di odio e disprezzo […] non può logicamente non essere vietata: si traduce, infatti, in una propaganda eversiva, sia pure sotto forma negativa». In tal senso P. NUVOLONE, *op. cit.*, pp. 353-354.

[54] P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti*, cit., p. 357. Secondo l'A. la Carta costituzionale avrebbe qualificato l'ordinamento in direzione religiosa (art. 7), laburistico-progressiva (artt. 1-4), amministrativa (art. 5), morale (art. 21 ult. comma), familiare (artt. 29-30) economica liberal-dirigista (art. 41 e ss.) politico-repubblicana (art. 139), antifascista (art. XII disp. trans.). Solo l'orientamento in senso repubblicano sarebbe, a parere dell'A., assolutamente vincolante, determinando «l'illiceità di ogni manifestazione del pensiero diretta a modificarla» (*ibidem*). Nonostante sia stato recentemente evidenziato come tale impostazione potesse essere considerata "autoritaria" solo in assenza di una previa «contestualizzazione storica», perché volta in realtà a «difendere la neonata democrazia costituzionale dalle insidie "interne"» (così C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico,* Torino, 2008, p. 102), essa tendeva a legittimare gran parte delle delitti di opinioni previsti dal Codice Rocco. Basti pensare all'apologia dell'ormai abrogato art. 272 c.p., che puniva la propaganda sovversiva, ritenuto applicabile al movimento anarchico e costituzionalmente legittimo proprio in virtù della logicità del limite: «ciò che gli anarchici vogliono distruggere è l'*attuale organizzazione della società, è soprattutto lo Stato* […]. […][P]oiché 'distruzione' è concetto che implica 'violenza', anche qui cade l'accento cade principalmente sull'illiceità del mezzo» (P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa,* cit., p. 178).

[55] Sulla *slippery slope theory,* vero e proprio *topos* argomentativo di natura conseguenzialista applicato nell'ambito della *First amendment doctrine* per giustificare uno scrutinio stretto sulle limitazioni alla libertà di espressione cfr. F. SCHAUER, *Slippery Slopes*, 99 *Harv. L. Rev.* 361 e ss. (1985).

cida senza contraddire se stesso». Da ciò consegue, quindi, la legittimità di quelle fattispecie che pongono «il divieto della rottura violenta delle fondamentali condizioni di vita delle istituzioni e della violenza come negazione di libertà». Se la violenza «è sicuramente vietata, […] sia la propaganda e l'apologia della violenza sia l'istigazione alla medesima non rientrano nell'art. 21 e possono essere, legittimamente, perseguite. Libera è la propaganda dei *fini* […]», non la «propaganda dei mezzi»[56].

Anche dietro alla teoria dei limiti logici si cela, dunque, una sostanziale arbitrarietà definitoria che rimanda, a sua volta, a un estremo soggettivismo nell'opera interna di delimitazione del diritto. È stato da tempo sottolineato, infatti, come la stessa ipostatizzazione del limite logico non solo non abbia «alcuna base positiva in sé», ma escluda dalla tutela costituzionale proprio le opinioni che, in quanto volte a «convincere gli interlocutori delle idee espresse», coincidono con il «fine ordinario» della libertà di manifestazione del pensiero[57]. Ma vi è di più: se la libertà di espressione è il *trait d'union* che lega l'ordine costituito ai processi politici di cambiamento innescati dalle minoranze, risultano contraddittorie rispetto agli stessi fini della libertà tutte le incriminazioni che non riguardino la mera istigazione a delinquere.

Anche laddove si volesse accogliere una dimensione normativo-costituzionale dell'ordine pubblico, coincidente con il «sistema […] unitario di valori e principi» desumibile dalla Costituzione[58], in quanto tale distinta dalla nozione puramente descrittiva dell'ordine pubblico quale «stato materiale di pace»[59], non può non essere

---

[56] Così F. MANTOVANI, *I reati di opinione,* cit., p. 212, ma nello stesso senso già G. Delitala, *I limiti giuridici alla libertà di stampa,* in *Iustitia,* 1959, p. 391.

[57] Così P. BARILE, rispettivamente in *Libertà di manifestazione del pensiero,* cit., p. 16, e *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Bologna, 1984, p. 26. Lo stesso A. fa salva comunque l'istigazione a delinquere, perché diretta «all'intelletto e alla volontà […] al fine deliberato e specifico di convincere il destinatario a commettere azioni illecite» (*ibidem*).

[58] Così L. PALADIN, *Ordine pubblico,* in *Noviss. dig. it.,* XII, Torino, 1965, p. 130, che distingue l'ordine pubblico normativo, riferibile allo Stato-ordinamento nel suo complesso, dall'ordine pubblico di natura amministrativa, «spettante allo Stato-persona nei suoi originari compiti di polizia e di sicurezza interna».

[59] Su cui hanno insistito, in particolare, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana,* in *Arch. giur.,* 1963, pp. 111 e ss., C. LAVAGNA,

rilevata «l'impossibilità logica di pensare l'ordine pubblico ideale […]» quale «limite a specifiche libertà, dal momento che proprio la tutela delle libertà rappresenta uno dei principi […] e valori fondanti l'ordinamento stesso»[60]. A meno di non costruire una completa teoria dell'ordinamento costituzionale come democrazia protetta che, al netto di qualsiasi contesto politico-sociale e a prescindere dalle concrete modalità di realizzazione, imponga una chiusura assoluta rispetto a determinati valori, nessuna accezione ideale o normativa dell'ordine pubblico può «[…] consentire una limitazione '*ab interno*' e 'immanente' alle libertà costituzionali»[61].

Più in generale, poi, sia la lettura democratica in chiave contromaggioritaria, che la categorizzazione *a priori* dei *tipi* di ordinamenti entro i quali declinare la differente estensione del diritto di libertà, non risulta esente da aporie metodologiche, a causa della rigidità dell'impostazione teorica e, di conseguenza, dell'eccessivo rilievo che assume l'opera dell'interprete nella delimitazione dogmatica. L'attenzione alle condizioni politico-sociali del sistema non riesce, infatti, ad evitare un eccesso di astrazione generalizzatrice, che rischia di cristallizzare «[…] in una sorta di precipitato tecnico» l'unica, «[…] asserita interpretazione corretta della Carta costituzionale […]»[62].

---

*Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali,* in *Dem. dir.,* 1967, pp. 367 e ss. Il primo A. rinviene, tuttavia, un concetto ideale di ordine pubblico nel particolare ordine economico perseguito dal Costituente: «[…] lo scopo del superamento delle diseguaglianze di fatto tra i cittadini fa […] sì che alcune disposizioni, ponendo come fine delle libertà economiche il raggiungimento di utilità sociali, creino un settore […] in cui si vuole evitare non solo l'esplicazione di attività produttive di materiale disordine, ma anche il perseguimento, da parte di queste, di scopi difformi da quello che è l'ordine economico ideale voluto dalla Costituzione economica».

[60] In tal senso v. T. F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza,* Bologna, 2010, p. 85.

[61] Così T. F. GIUPPONI, cit. ult., pp. 85-86, che sottolinea la diversa capacità intrusiva nel sistema delle libertà delle diverse accezioni di ordine pubblico (sul punto cfr. anche *infra*).

[62] Così da ultimo, in senso critico rispetto alla ricostruzione offerta dal Fois, C. Visconti, *Aspetti penalistici,* cit., p. 66.

## 4. Hate speech *e tutela delle minoranze nello Stato costituzionale (con particolare riguardo al discorso razzista e al negazionismo)*

La nozione materiale di ordine pubblico è stata supportata da una lettura testuale e sistematica, di natura essenzialmente formale, della Carta costituzionale[63]; solo dalla XII disp. trans. si è ritenuto di poter desumere l'unico limite alla «libertà ideologica del cittadino», anche realizzata «tramite la [mera] diffusione del pensiero»[64].

Eppure, queste letture collocano la libertà di manifestazione del pensiero lungo il classico crinale individuo/autorità, quale presidio difensivo nel confitto tra dissenso e ordine costituito o, in alternativa, come strumento di legittimazione democratica del potere pubblico. Le esigenze di selezione penalistica dei contenuti espressivi si conformano ai mutamento sociali: lo Stato costituzionale contemporaneo, infatti, è scosso dall'emersione di «[…] nuove forme di identità politica» che «[…] complicano e accrescono le plurisecolari tensioni tra i principi universalistici inaugurati dalla rivoluzione americana e da

[63] In tal senso A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico,* cit., pp. 117-118: «[l]a sovranità del popolo, l'assenza di limiti alla revisione costituzionale, l'eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di opinioni politiche, la liberale proclamazione del diritto di manifestare il proprio pensiero, l'interpretazione […] in chiave materiale della democraticità dei partiti, l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 54 inteso non come funzionalizzazione di tutte le situazioni giuridiche ma come obbligo dei cittadini di comportarsi come membri della Repubblica anche quando non possa concretamente farsi valere e, infine, il pratico riconoscimento dell'ammissione al gioco parlamentare di partiti estremisti costituiscono le prove convergenti dell'affermazione che il limite dell'ordine pubblico in Italia è in genere da intendersi nel significato proprio delle democrazie liberali, e cioè come ordine materiale ed esteriore».

[64] Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 108, che ritiene la l. n. 645/1952 di attuazione, che punisce non solo la riorganizzazione (artt. 1 e 2) ma anche l'apologia di fascismo e le manifestazioni fasciste, costituzionalmente necessaria proprio in forza del richiamo contenuto nella XII disp. trans. Sulla natura permanente della disposizione, e l'applicabilità della stessa anche ai movimenti neofascisti cfr. A. PIZZORUSSO, *Disp. XII*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, Bologna-Roma, 1995, pp. 197 e ss., S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 902 e ss., P. BARILE, U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo e il neo-fascismo,* in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1957, pp. 541 e ss.

quella francese e le particolarità nazionali, etniche, religiose, di genere, razziali e linguistiche»[65]. Le tensioni innescate dalle diverse comunità culturali mettono in discussione l'unità pluralista dello Stato costituzionale; la frammentazione della comunità politica frappone, nel rapporto bipolare individuo-autorità, una nuova aggregazione sociale – la comunità culturale – che non solo chiede al pubblico potere un'azione di riconoscimento e conseguenti spazi di autonomia, ma contribuisce anche a formare l'identità degli individui che la compongono. In questo senso, allora, la «politica del multiculturalismo», che pone al «centro il bisogno, e […] la domanda, di riconoscimento»[66], riconcettualizza il «problema dell'identità» della persona[67], che non è più entità astratta titolare di situazioni soggettive da far valere nei confronti del potere pubblico, ma è proiezione della vita individuale «nello spazio sociale […] all'interno del quale […] [sono vissuti] i rapporti più importanti e incisivi»[68]. Secondo questa ricostruzione, l'identità individuale può essere concepita solo all'interno di «reti di interlocuzione», e cioè nell'ambito di quelle comunità di cui la persona condivide linguaggio, usi, abitudini e costumi[69].

In base a questa prospettiva, in una società multiculturale l'ordinamento dovrebbe farsi carico di una politica di riconoscimento, subordinando, se necessario, la tutela dei diritti individuali al riconoscimento dell'identità culturale della persona in tutti i casi ove vi sia la percezione di una «reale distorsione» tra l'immagine che l'individuo ha di sé nell'ambito della comunità di riferimento, e l'effettiva percezione da parte del resto della società. Poiché il «non riconoscimento o il misconoscimento» può divenire «una forma di oppressione che imprigiona una persona in un modo di vivere fal-

[65] S. BENHABIB, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era* (2002), trad. it. *La rivendicazione dell'identità culturale: eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005, p. 7.

[66] C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., p. 9.

[67] C. TAYLOR, *Radici dell'io,* cit., p. 43.

[68] C. TAYLOR, *Radici dell'io*, cit., p. 53.

[69] Per la nozione di "rete di interlocuzione", C. TAYLOR, *Radici dell'io,* cit., p. 54. Cultura diviene, così, "un indicatore e un differenziatore di identità" (S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale,* cit., p. 17). Per un concetto di comunità quale specifico sottosistema sociale ove gli individui formano il proprio sé attraverso la condivisione di atteggiamenti e inclinazioni personali, R. C. POST, *Constitutional Domains*, cit., pp. 180 e ss.

so, distorto, impoverito», la proiezione «su di un'altra persona di un'immagine inferiore può, nella misura in cui questa immagine viene interiorizzata, produrre una distorsione e un'oppressione reale»[70].

La necessità di intervenire a tutela della proiezione sociale delle comunità e delle persone che qui realizzano la propria personalità ha spinto il legislatore penale a introdurre, nella trama dell'ordinamento, fattispecie penali che sanzionano forme di *hate speech*, flessibile categoria, di origine anglosassone, che fa riferimento alle espressioni che riflettono sentimenti di odio razziale, etnico-religioso, sessuale, di genere, manifestate sotto forma di insulti diretti a destinatari ben individuati, o in alternativa, attraverso la diffusione di idee destinate ad una platea di soggetti indeterminati[71].

---

[70] Cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento,* cit., rispettivamente, pp. 9 e 22.

[71] Numerose sono le disposizioni nell'ordinamento italiano che puniscono il discorso d'odio razziale, che vanno ad aggiungere alle ipotesi classiche di «odio sociale» (art. 415 c.p.). Il legislatore ha prima introdotto, con la l. n. 962/1967 (art. 8), il reato di apologia di genocidio; successivamente ha novellato, con la l. n. 152/1975, la legge "Scelba" (l. n. 645/1952) aggravando il trattamento sanzionatorio per l'apologia di fascismo realizzata attraverso «idee o metodi razzisti»; infine, con la l. n. 654/1975 (come modificata dalla l. n. 205/1993 – cd. legge "Mancino" – e dalla l. n. 85/2006), sulla scorta degli obblighi internazionali assunti con la partecipazione alla *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* (1966), ha introdotto il divieto di propaganda di «idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico», quale autonoma fattispecie accanto ai delitti di istigazione alla commissione e di commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La stessa legge "Mancino", in un contesto emergenziale dettato soprattutto da fenomeni di violenza in occasione di manifestazioni sportive, ha poi sanzionato specifiche forme di "discorso simbolico", vietando l'esposizione, nelle «pubbliche riunioni» di «emblemi o simboli propri o usuali» delle organizzazioni che promuovano l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 2). A questo variegato mosaico normativo che parifica, quanto a disvalore penale, forme espressive dal diverso potenziale lesivo, come manifestazioni verbali e atti simbolici, e che uniforma, con riguardo al trattamento sanzionatorio, semplici *dicere* a veri e propri *facere* discriminatori, deve poi aggiungersi l'aggravante prevista dall'art. 3 della legge "Mancino": tale circostanza speciale, esclusa *ex lege* dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., se letta in combinato disposto con gli artt. 594 e 595 c.p. punisce l'ingiuria e la diffamazione commesse «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso».

Diversi gli argomenti con i quali si è tentato di giustificare la legittimità della repressione del «discorso» razzista[72]. È stata così sottolineata la necessità di tutelare la «personalità dell'uomo come valore in sé», «soggetto portatore di qualità ed attributi che non tollerano alcuna forma di gerarchia o di differenziazione fondata sull'appartenenza o meno di una determinata razza o gruppo sociale»[73]. In questo senso, la pari dignità sociale desumibile dall'art. 3 della Costituzione includerebbe un vero e proprio «diritto a non subire discriminazione», che legittima la repressione di idee che incitano al rifiuto e che contribuiscono alla costruzione di rapporti sociali di esclusione, che non riconoscono ai *diversi* la «piena dignità di uomini»[74]. Tali impostazioni dissolvono il conflitto tra dignità umana e libertà di manifestazione del pensiero e, di conseguenza, qualsiasi possibilità di trovare un compromesso tra interessi contrapposti; la dignità è, infatti, condizione *a priori*, «punto archimedico dell'ordinamento»[75], che richiede «il sacrificio totale» del diritto concorrente quando ciò si renda necessario «per rimuovere pregiudizi sociali che gravano sull'appartenenza razziale, oltre che

[72] Sulle diverse nozioni di razzismo, che fanno riferimento ora a pretese differenze biologiche tra razze, ora alla ritenuta inassimilabilità delle etnie percepite come diverse dalla cultura dominante cfr. M. DELLE DONNE, *Convivenza civile e xenofobia*, Milano, 2000, pp. 28 e ss., pp. 43 e ss.

[73] Così G. DE FRANCESCO, *Commento a D.l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa,* in *Leg. pen.,* 1994, p. 179, ma nello stesso senso E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista,* in *Riv. int. dir. dell'uomo,* 1997, pp. 66 e ss. L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, Xenofobia, Odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale,* Padova, 2006, pp. 117 e ss.

[74] Così L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda,* cit., rispettivamente, p. 138, p. 136.

[75] In tal senso cfr. C. SALAZAR, *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. eccl.,* 2008, p. 79, che riprende l'espressione utilizzata da G. SILVESTRI in *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto,* in *Riv. dir. cost.,* 1996, pp. 55 e ss. Sull'idea della dignità umana quale bene supremo ontologicamente sottratto alle procedure di bilanciamento cfr. G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana,* in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo,* Napoli 2008, pp. 68 e ss., nonché A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazione),* in *Pol. dir.,* 1991, pp. 343 e ss.

su quella etnico-religiosa»[76]. Secondo questa accezione, il bilanciamento comunque favorevole alla dignità umana è sempre «ragionevole», «ancorché non sia mite»: è la ragionevolezza senza «mitezza», infatti, che deve essere invocata quando si tratta di costruire la società tollerante in un contesto caratterizzato da importanti fenomeni migratori[77]. La sanzione penale assume, così, un ruolo promozionale, che concorre a pieno titolo alla rimozione dei pregiudizi, considerati alla stregua degli ostacoli di ordine economico o sociale cui fa riferimento l'art. 3.2 Cost.[78]. Il principio di eguaglianza sostanziale richiama il «paradosso della tolleranza»[79], che richiede di escludere dal dibattito pubblico quelle voci che rifiutano le regole della cornice pluralista, accettando, di fatto, una nuova forma di funzionalizzazione forte della libertà di manifestazione del pensiero: superato il suo asservimento all'ideale autoritario stato-centrico, essa viene riconosciuta entro i limiti dello sviluppo in senso pluralista dell'ordinamento[80].

---

[76] C. SALAZAR, cit. ult., p 83.

[77] C. SALAZAR, *ibidem*.

[78] C. SALAZAR, *ibidem.*

[79] Sul paradosso della tolleranza cfr. K. R. POPPER, *The open society and its enemies* (1963), trad. it. *La società aperta e i suoi nemici,* I, *Platone totalitario,* Roma, 1973, p. 360, M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza,* in *Quad. cost.,* 1995, p. 432, che sottolinea l'impossibilità, per le società pluraliste, di tollerare le «distorsione del pluralismo», le «regole del gioco» del sistema democratico. In senso contrario cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti,* cit., pp. 249-250, che fa proprio un classico argomento liberale: «[p]uò valer la pena mettere a repentaglio la libertà facendo beneficiare di essa anche il suo nemico, se l'unica possibile alternativa è di restringerla sino a rischiare di soffocarla […]. Meglio una libertà sempre in pericolo ma espansiva che una libertà protetta ma incapace di svilupparsi». Gli approcci che sottolineano l'intollerabilità del sistema per le opinioni che mettono in discussione i presupposti della tolleranza richiamano, in fondo, l'origine della libertà di espressione, nata dal tronco della libertà religiosa, e il noto pamphlet di J. Locke che nel contesto delle guerre di religione dell'Inghilterra del tardo XVII sec. rilevava l'impossibilità di accogliere nel dibattito le voci dei cattolici perché portatori di opinioni «che sono completamente distruttive di tutti i governi, eccetto il governo del papa […]». Così J. LOCKE, *A Letter concerning toleration* (1685), trad. it. *Lettera sulla tolleranza*, Roma-Bari, 2006, p. 81).

[80] Una riproposizione esplicita della funzionalizzazione della libertà di espressione, nel senso della sua coincidenza con una vera e propria funzione sociale, è espressamente proposta da A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi,* in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali,* Torino, 2004, p. 70, che pure evita di individuare limiti che dall'interno conformano il diritto di libertà.

Dietro a questo assunto emerge, chiaramente, un concetto *communitarian* della Costituzione fondata sul «riconoscimento dell'altro […] nella sua pari dignità» e, più generale sul «personalismo comunitario», che pone al proprio centro l'individuo «non solo *uti singuli*», ma anche nei gruppi sociali che concorrono a formare l'identità della persona[81]. Se il gruppo etnico-razziale è, a tutti gli effetti, formazione sociale ove l'individuo svolge la propria personalità *ex* art. 2 Cost., appare necessario che l'ordinamento si faccia carico delle domande di riconoscimento che provengono dalle singole comunità, anche laddove questo intervento pubblico si traduca in un contemperamento dei diritti fondamentali del singolo individuo. Si rende necessaria una Costituzione che definisca «un diverso ordine sociale […] dove si cerchi […] un equilibrio di forze collettive ricavato dalla coscienza della propria funzione e dalla volontà di affermarla tutti insieme, indipendentemente dal proprio profilo razziale»[82].

Ancor più radicali sono le impostazioni di alcuni movimenti teorici «culturalmente orientati», che tendono a decostruire le categorie giuridiche della modernità, apparentemente strumenti neutrali per consolidare «una morale pubblica universale»[83], in realtà mezzo per perpetuare le gerarchie insite nei rapporti sociali. Su questa scia si colloca la critica radicale avanzata dalla *Critical Race Theory*[84] nei confronti del discorso razzista (riproposta anche da esponenti del movimento femminista con riferimento alla porno-

[81] Così L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale,* Padova, 2009, rispettivamente pp. 278, 279, nonché con particolare attenzione all'ordinamento canadese, ID., *Istigazione all'odio e società multietnica: il Canada e l'Hate speech,* in G. ROLLA (a cura di), *Eguali ma diversi. Identità e autonomia secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, Milano, 2006, pp. 180 e ss.

[82] L. SCAFFARDI, cit. ult., p. 282.

[83] G. MINDA, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at centurys end* (1995), *Teorie postmoderne del diritto,* Bologna, 2001, pp. 215-216.

[84] Sulla *Critical Race Theory,* corrente minoritaria nata in seno al movimento dei *Critical Legal Studies* si vedano ora i contributi raccolti in K. CRENSHAW, N. GOTONDA, G. PELLER, K. THOMAS (a cura di), *Critical Race Theory: The Key Wrintings That Formed The Movement,* New York, 1996, nonché in K. THOMAS, G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La* Critical Race Theory *negli Stati Uniti,* Reggio Emilia, 2005.

grafia[85]), che rifiuta qualsiasi approccio neutrale rispetto alla razza (tipico, invece, della prospettiva integrazionista *liberal*, che vede nell'applicazione nel paradigma formale del diritto antidiscriminatorio e nella conseguente assimilazione nella *mainstream society* – bianca – la soluzione della questione razziale[86]). Piuttosto, sarebbe proprio il paradigma di riferimento a dover essere invertito attraverso una *race consciousness,* che ribalti l'idea che la Costituzione sia cieca rispetto al problema razziale (*color-blind constitution*)[87]. L'apparente neutralità imposta dai gruppi sociali dominanti cela la natura artificiosa del concetto stesso di razza, che altro non è se non una costruzione sociale, "funzionale all'istituzione e alla riproduzione di gerarchie sociali"[88].

In questo contesto di diffidenza verso i capisaldi della cultura liberale, la manifestazione del pensiero realizzata attraverso ingiurie a sfondo razziale o propaganda di idee razziste avrebbe proprio la finalità di «conservare e ribadire un rapporto di gerarchia tra gruppi sociali»[89]. Tale approccio, che richiede un mutamento di prospettiva a favore degli appartenenti a gruppi minoritari storicamente discriminati, sottolinea come il discorso razzista produca veri e propri danni (*real damages*), empiricamente percepibili, nei confronti del destinatario del messaggio e del gruppo

---

[85] La pornografia, infatti, perpetuerebbe i rapporti di forza esistenti tra uomo e donna e la conseguente subordinazione femminile. Sul punto cfr. C. MACKINNON, *Only words* (1993), trad. it. *Solo parole,* Milano, 1999.

[86] Cfr. K. THOMAS, *Legge, razza e diritti:* Critical race theory *e politica del diritto negli Stati Uniti,* in *Legge, razza e diritti,* pp. 179 e ss.

[87] In tal senso v. N. GOTANDA, *A Critique of "Our Constitution is Color-blind",* trad. it. *"La nostra costituzione è cieca rispetto al colore. Una critica,* in *Legge, razza, diritti,* cit., pp. 27 e ss.

[88] In tal senso, G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero,* in *Pol. dir.,* 2008, p. 288. Per i maggiori contributi statunitensi v. R. DELGADO, *Words That Wound*: *A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, 17 *Harv.c.r.-c.l. L. Rev.* 133 (1982), nonché M. MATSUDA, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story,* in 87 *Michigan Law Review*, 2320, (1989), Ch. LAWRENCE III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating racist speech on Campus,* 3 *Duke Law Journal* 431, (1990), ora tutti in M. MATSUDA, Ch. LAWRENCE III, R. DELGADO, K. CRENSHAW, *Words chat wound. Crtical Race Theory, Assaultive speech, and the First Amendment,* Boulder (CO), 1993. Per un approccio simile cfr. anche O. M. FISS, *The Irony of Free Speech,* Cambridge MA, 1998, pp. 5 e ss.

[89] Così G. PINO, *Discorso razzista,* cit., p. 291.

di riferimento[90]. Tra i danni individuali sarebbero da enucleare patologie psico-fisiche e, più in generale, offese all'autonomia individuale, derivanti non solo dalla diffusione del messaggio razzista, ma anche dal mancato intervento repressivo da parte della pubblica autorità; in questi casi, l'offesa sarebbe causata dal mancato riconoscimento dell'esperienza «de-umanizzante» cui la vittima è stata sottoposta[91].

Tra i danni sociali, invece, andrebbe annoverato l'effetto di *silencing*: poiché il discorso razzista aumenta il discredito sociale dei destinatari del messaggio, creando altresì un ambiente ostile e una generale diffidenza verso le minoranze offese, ad essere impedita sarebbe la piena partecipazione di queste ultime alla vita civile del paese e, in particolare, al pubblico dibattito[92]; a sua volta, l'assenza dalla sfera pubblica aggraverebbe la subordinazione delle minoranze razziali rispetto al gruppo dominante. Secondo questa prospettiva, non sono un concetto astratto di dignità né un generico principio di eguaglianza ad opporsi al riconoscimento assoluto della libertà di espressione; piuttosto, è la necessità di assicurare un'eguale partecipazione alla vita pubblica a richiedere un generale rifiuto dei meccanismi di subordinazione (di cui anche il discorso razzista è parte) che mirano a riaffermare le gerarchie sociali esistenti[93]. In altri termini, ciò che rileva non è tanto l'equo contemperamento «[…] tra la libertà e la legge, tra gli interessi generali e quelli individuali, il benessere comune e quello privato in una so-

---

[90] Per l'analitica distinzione G. PINO, *Discorso razzista,* cit., pp. 528 e ss.

[91] M. MATSUDA, *Public response,* cit. ult. rispettivamente pp. 2236 e ss., 2379.

[92] Così, con diverse sfumature, M. MATSUDA, cit. ult. p. 2236, O. M. FISS, *The Irony,* cit., p. 16.

[93] M. Matsuda, cit. ult., p. 2358. O. M. FISS, *The Irony,* cit. p. 18. Da questo punto di vista, è evidente il debito contratto da tali teorie nei confronti di H. MARCUSE, *La tolleranza repressiva,* in R. P. WOLFF, B. MOORE JR, H. MARCUSE, *Critica della tolleranza,* Torino 1968, pp. 79 e ss. Secondo Marcuse, che intende la libertà innanzitutto come liberazione dalle gerarchie, la tolleranza assoluta tradisce un atteggiamento tipico della società industriale avanzata, che si serve di un atteggiamento apparentemente neutrale per perpetuare i rapporti di forza esistenti. In questo senso, una politica di promozione della personalità umana richiederebbe «il ritiro della tolleranza di parola ai gruppi e ai movimenti che promuovono politiche aggressive, armamenti, sciovinismo, discriminazione sul terreno della razza e della religione […]» (così H. MARCUSE, cit. ult, p. 93).

cietà *stabilita*, ma quello di *creare* la società in cui l'uomo non è più schiavo delle istituzioni che [ne] viziano l'autodeterminazione […]»[94].

Tali impostazioni rovesciano le premesse teoriche della libertà di manifestazione del pensiero: aspetti centrali dell'analisi non sono più il momento libertario e individualistico connesso all'esercizio del diritto di libertà o, ancora, il legame tra manifestazione del pensiero e rigenerazione del processo democratico; sotto la spinta di "movimenti culturali" minoritari, la diffusione del pensiero è percepita non più come un *diritto*, ma come un *potere* di cui i gruppi egemoni si avvalgono per perpetuare la condizione di inferiorità delle comunità sociali svantaggiate. L'esercizio della libertà non si confronta più con le esigenze di autoconservazione del pubblico potere, ma con quelle "regole di civiltà" promosse dall'ordinamento per tutelare le organizzazioni comunitarie che concorrono a strutturare l'identità culturale della persona.

Eppure, le proposte sino a qui riportate non riescono a convincere del tutto. Non pare sostenibile, innanzitutto, l'idea che esista un concetto unitario e predeterminato di dignità, suscettibile di univoche declinazioni. La tesi secondo cui «[…] nel sistema costituzionale italiano la dignità personale formi oggetto di un unico concetto e corrispondentemente che la sua previsione [consista] in una sola, coerente ed unitaria, disciplina» non trova riscontro in Costituzione; di contro «[…] alla dignità si fa autonomo riferimento in molteplici prescrizioni che si rifanno a nozioni fra loro non identiche che mirano a distinte finalità»[95]. Ad una nozione apparentemente assoluta di dignità, quale limite negativo all'esercizio della libera iniziativa economica[96], la Costituzione giustappone clausole

[94] Così H. MARCUSE, cit. ult., p. 83

[95] Così P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana,* in E. Ceccherini, cit., p. 79.

[96] Cfr. art. 41.2. Proprio questa disposizione costituirebbe l'unico esempio dell'alterità concettuale tra *dignità* e *libertà*, che caratterizzerebbe la prima come «limite di significato assoluto e intangibile, tale cioè da non tollerare […] neanche parzialmente compromissione o alterazione». Così P. GROSSI, *La dignità,* cit., p. 81.

maggiormente elastiche, cui parametrare la retribuzione del lavoratore[97] o l'esclusione dal diritto di voto[98].

La Costituzione italiana segna, certo, una netta discontinuità con le carte costituzionali liberali, sostituendo il binomio «proprietà-libertà» con la diarchia «dignità-libertà» della persona[99]. Lo stesso art. 2 Cost., risultato del felice incontro, in Costituente, tra il personalismo comunitario delle forze cattoliche e il materialismo delle sinistre, non pone al vertice dell'edificio costituzionale l'*individuo* astrattamente considerato, ma la *persona* che forma la propria individualità nei rapporti concreti e nelle formazioni sociali. Se così è, oggetto di tutela penalistica può essere, però, solo l'identità dell'*homme situé*, intesa come percezione di sé nell'ambito della relativa rete di interlocuzione: la stessa teoria costituzionalmente orientata del diritto all'onore giustifica il divieto di esprimere giudizi sull'altrui indegnità sulla base del riconoscimento della natura relazionale dell'uomo e del suo divenire sociale[100]. Se l'onore ha una dimensione necessariamente personale, ancorché socialmente situata, appare perfettamente coerente vietare (ed eventualmente aggravare la pena per) l'ingiuria o la diffamazione, dirette a un individuo determinato, motivate dalla sua appartenenza culturale, ma non altrettanto può dirsi per l'incriminazione di espressioni offensive per una data comunità, e solo indirettamente oltraggiose per i suoi componenti. Il bene giuridico tutelato si arricchisce, in questa ipotesi, di una sfuggente dimensione collettiva che conforma, dall'interno, l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero: a mutare sono le stesse coordinate del conflitto, che da collisione *intra*-valore, all'interno del medesimo principio

[97] Cfr. art. 36.1 Cost., che richiede una retribuzione «in ogni caso sufficiente ad assicurare […] un'esistenza libera e dignitosa».

[98] Cfr. art. 48.4 Cost., che fa riferimento alla possibilità di limitare, per via legislativa, il diritto di voto in caso di «indegnità morale». Più che in limite in senso stretto, in quest'ipotesi il concetto di dignità richiama una serie di comportamenti positivi da rispettare, un «dovere da osservare se non si vuole subire la sanzione della perdita dell'elettorato». Così P. GROSSI, cit. ult., p. 97.

[99] In tal senso A. BARBERA, *Un moderno* habeas corpus?, in *Scritti in onore di Carlo Amirante,* Napoli, 2013, p. 57.

[100] Sul punto, rispettivamente, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero,* cit., pp. 167-168, nonché E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore,* Milano, 1974, pp. 174-175. Cfr., diffusamente, anche *infra*, cap. IV, § 2.2.

personalista, tra diritto di libertà e dignità della persona, diviene contrasto *inter*-valore, tra dignità di gruppo e (soccombente) aspetto individualistico della libertà[101].

Non solo: leggere nell'art. 3 Cost un principio assoluto, che considera la dignità umana quale valore supremo, non bilanciabile, vera e proprio *trumpcard*, capace, per ciò solo, di assorbire qualsiasi istanza concorrente, non tiene in debita considerazione la stessa lettera della Costituzione, che fa riferimento alla "pari dignità" sociale, ad un concetto quindi intrinsecamente relativo e relazionale, che richiama una sua necessaria ponderazione in relazione alla varietà dei contesti umani e normativi.

In tal senso, il riferimento al principio supremo della dignità umana non solo comporta, dal punto di vista del diritto positivo, una perdita del suo significato normativo, ma dimentica che, anche a voler adottare la prospettiva comunitarista, la dignità richiede una declinazione necessariamente particolarista, variabile a seconda delle particolari influenze culturali presenti nella singola comunità in relazione, quindi, alle norme di riconoscimento presenti nel gruppo sociale di riferimento[102]. La dignità è, quindi, un concetto culturalmente orientato, che rifugge letture assolutistiche: in tal senso, la sua astratta pre-comprensione nasconde la una deriva in senso autoritario del sistema, imposta dal gruppo sociale dominante che incorpora i propri valori nella struttura dell'ordinamento[103]. Nessuna comprensione dell'altro, quindi, ma solo una scelta unilaterale, spesso dettata da intenti utilitaristici, con cui la cultura egemone tenta di comporre il conflitto latente nelle società multiculturali. Con un'ulteriore, paradossale, eterogenesi dei fini: l'esclusione di alcune voci dal dibattito pubblico, può «in una società eterogena che comprende comunità distinte governate al loro interno da norme sociali diverse», essere percepita come il tentativo «di

[101] Così anche A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale,* in *Diritto penale contemporaneo*, 2013 (www.dirittopenalecontemporaneo.it).

[102] In tal senso R. C. POST, *Hate speech* (2009), trad. it. *La disciplina dell'hate speech*. *Considerazioni sociologiche e giurisprudenziali* in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela,* Roma, 2011, p. 105.

[103] R. C. POST, *La disciplina,* cit. ult., p. 107.

un'ingiustificata egemonia», sino a minare la legittimità democratica dell'ordinamento[104]. Per evitare questo pericolo, si renderebbe necessario allargare il divieto sino a vietare qualsiasi opinione che offenda le diverse dimensioni culturali dell'identità (non solo, quindi, in relazione alla dimensione strettamente etnico-razziale, o religiosa, ma anche di genere, sessuale, etc.) aprendo «il varco alle rivendicazioni di tutti i gruppi (che si ritengono) discriminati, sino ad imprigionare il discorso pubblico in una serie infinita di divieti»[105].

In assenza di un dato positivo univoco o di un diritto costituzionale vivente che legittimi, come in altri ordinamenti, una determinata gerarchia dei valori[106], ritenere che l'incriminazione della propaganda razzista trovi il proprio fondamento giustificativo nella dignità umana sembra eccedente rispetto allo scopo di tutelare la persona umana, realizzando, così, un'aporia già nota a coloro che

[104] R. C. POST, cit. ult. p. 115, che parte da una concezione democratica della libertà di manifestazione del pensiero, quale condizione di legittimità procedurale dell'ordinamento.

[105] Così M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, p. 536. In questa pericolosa direzione va il progetto di legge, presentato nella XVII legislatura, oggetto attuale di discussione parlamentare, che prevede l'automatica estensione dell'art. 3 l. n. 654/1975 e successive modificazioni alle «discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima». La proposta normativa (art. 3, d.d.l. A.C. n. 245, XVII legislatura) sembra essere carente, anzitutto, sul piano della determinatezza, perché non tipizza la condotta sanzionata, operando un semplice rinvio al quadro normativo attuale: «[…] le disposizioni dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, e le norme del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, si applicano integralmente anche in materia di discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima».

[106] D'obbligo è il riferimento alla *Menschenwürde* prevista dall'art. 1 della Carta costituzionale tedesca e alla conseguente, (ancorché oscillante) giurisprudenza costituzionale, su cui v. criticamente F. PEDRINI, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?* in *Quad. cost.*, 2006, pp. 161 e ss. È sintomatico, peraltro, notare come anche in questo ordinamento vi siano pervicaci dubbi sul suo utilizzo quale limite alle libertà costituzionalmente previste: cfr. per tutti D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca,* in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela*, cit., pp. 134-135.

hanno vagliato la possibilità di considerare l'ordine pubblico ideale quale limite generale all'esercizio dei diritti di libertà.

È fuorviante, infatti, «contrapporre in modo meccanico ed astratto la dignità umana ai diritti che la Costituzione riconosce», posto che «è in funzione della protezione della dignità umana che il Costituente ha riconosciuto i diritti»[107].

Il riferimento all'assetto multiculturale dell'attuale società per limitare libertà fondamentali trascura la particolare natura dello Stato costituzionale, che «pone le condizioni per realizzare attraverso valori onnicondivisi una più completa forma di unità politica»[108]. Assumere una visione totalizzante della dignità umana non solo è intimamente contraddittorio con le pretese aspirazioni comunitarie e multiculturali di chi se ne fa portatore, ma elimina la possibilità stessa del bilanciamento e, quindi, la possibilità di individuare negli *standard* giudiziali di tutela il contenuto essenziale della libertà di manifestazione del pensiero. Non è un caso, infatti, che l'incriminazione della propaganda razzista oltrepassi la mera punizione degli insulti a sfondo razziale destinati a soggetti determinati, per incidere direttamente sulla diffusione di idee politiche (ancorché moralmente esecrabili) sanzionabili per il loro contenuto; in questo senso, il difetto sostanziale di offensività, che si manifesta nella carenza formale di tassatività e determinatezza della fattispecie penale[109] apre le porte all'incriminazione ideologica e agli incerti lidi del diritto penale d'autore[110]. Certo, non può ignorarsi che l'esercizio di ogni diritto di libertà non mira a soddisfare un'astratta autonomia individuale, ma è garanzia del pieno sviluppo della persona umana, come postulato dall'art. 2 Cost. In questo

---

[107] Così A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe,* in *Quad. cost.*, 2008, p. 533.

[108] In tal senso A. MORRONE, *Multiculturalismo e stato costituzionale,* in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: multiculturalismo, comunicazione, federalismo,* Torino, 2005, p. 18. A conclusioni simili, pur partendo da presupposti strettamente procedurali e relativisti, propri di un «integralismo laico», F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica,* Torino, 1999, pp. 63 e ss.

[109] Così già L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?,* in *Crit. dir.*, 1994.

[110] In tale senso L. STORTONI, *Le nuove norme,* cit. ult., pp. 16 e ss., E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività,* cit., p. 72 e ss.

senso, colgono nel segno le critiche, avanzate soprattutto nell'ambito della *Critical Race Therory*, che sottolineano il pericolo di un riconoscimento assoluto della libertà di manifestazione del pensiero, volto a trasformare il diritto di libertà da strumento di liberazione a mezzo di oppressione, legittimando, altresì, la perpetuazione delle gerarchie sociali. Eppure, come è stato notato, «il *silencing,* come specifica figura di danno […] si fonda su un'affermazione di tipo causale: come tale essa dovrebbe essere dimostrata, e non semplicemente asserita»[111]. Una volta escluso dalla tutela costituzionale l'insulto razziale, che colpisce la singola persona in quanto appartenente a una data comunità culturalmente orientata, l'incriminazione dell'*hate* propaganda non tiene in adeguata considerazione la struttura del "discorso pubblico", formula che ricomprende i processi comunicativi che legittimano lo spazio democratico quale terreno comune di composizione dei conflitti identitari[112]. Se l'identità è un concetto relazionale definito dal gruppo sociale di appartenenza, esso può essere parzialmente riplasmato solo a seguito del confronto nell'arena pubblica. Da questo punto di vista, limitare il discorso pubblico solo alle voci politicamente corrette renderebbe difficile la costruzione di un'identità condivisa, a sua volta presupposto per il corretto funzionamento dei processi di autodeterminazione democratica[113]. L'esclusione della propaganda razzista dal discorso pubblico incide direttamente sui processi di integrazione dello Stato costituzionale, cui la libertà di manifestazione inevitabilmente rimanda: come è stato notato, infatti, quest'ultima rappresenta una condizione «anti-egemone»[114], che non solo impedisce una promozione delle diverse identità culturali tramite la selezione autoritativa dei

[111] Così G. PINO, *Discorso razzista,* cit., p. 301.

[112] Per tale concetto, R. C. POST, *Constitutional Domains*, cit., pp. 300 e ss.

[113] R. C. POST, *Constitutional Domains,* cit., p. 330.

[114] Se il diritto rappresenta la realizzazione in via coercitiva delle istanze provenienti dai gruppi sociali egemoni, e se la società è costituita da gruppi culturali in conflitto tra loro, la libertà di manifestazione del pensiero, come ogni altro diritto di libertà, è necessariamente «anti-egemone» perché postula l'esistenza di un ambito materiale che non può essere valicato dal «legal control of the state». In tal senso cfr. R. C. POST, *Law and cultural conflict,* in 78 *Chi. L. Rev.,* 485, p. 503 (2003).

contenuti espressivi, ma richiede, altresì, l'implementazione continua dei valori di autonomia, democrazia, tolleranza intorno ai quali si è celebrato il *pactum unionis* fondativo della Costituzione liberal-democratica.

Non può neanche essere condivisa l'impostazione che ritiene l'incriminazione del discorso d'odio una forma di promozione dell'eguaglianza sostanziale per la palese violazione del "principio di sussidiarietà" in materia penale. In effetti, la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che impediscono di conseguire il pieno sviluppo della persona umana, non deve essere perseguita necessariamente attraverso la limitazione di un diritto fondamentale. L'emancipazione dei gruppi minoritari deve essere raggiunta con l'imposizione di divieti sui comportamenti discriminatori, con politiche di riequilibrio sociale e con attività di prevenzione che impediscano la nascita di movimenti razzisti [115]. Peraltro, proprio uno dei maggiori teorici del paradosso della tolleranza ha messo in guardia dall'incriminare la mera manifestazione del pensiero, almeno fino a quando le «manifestazioni di filosofie intolleranti» possono essere contrastate con «argomentazioni razionali» e tenute «sotto controllo» dall'opinione pubblica. In queste ipotesi, «la soppressione sarebbe la meno saggia delle decisioni»[116].

L'esigenza di tutelare il singolo nella sua proiezione comunitaria si intreccia, quindi, con la necessità di proteggere la cornice pluralista dell'ordinamento, necessità ancor più sentita con riguardo alla diffusione di idee negazioniste, di opinioni cioè che mirano a negare o a minimizzare fatti di genocidio storicamente accertati. In queste ipotesi si sarebbe di fronte non già ad una mera revisione di verità storiche consolidate, magari a seguito dell'emersione di

[115] Così, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., p. 13, nonché P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in AA. VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali,* cit., pp. 125 e ss. In questa direzione va il d.lgs. 213/2000, di attuazione della direttiva 2000/78 CE, che vieta «le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati […] aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo».

[116] K. R. POPPER, *La società aperta,* cit., p. 360, che subito dopo tuttavia, proclama un «diritto» a non tollerare gli intolleranti che rifiutino l'incontro «a livello dell'argomentazione razionale».

nuovi dati e risultanze storiografiche, ma alla contestazione radicale di atroci eventi passati a prescindere dal rispetto di qualsiasi regola storiografica[117]. Il "negazionismo" non è specificazione di un'attività di ricerca scientifica; esso va tenuto distinto dall'ordinario revisionismo, quale «tendenza storiografica a rivedere le opinioni storiche consolidate, alla luce di nuovi dati e delle nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, con il risultato di operare una reintepretazione e una riscrittura della storia»[118].

I negazionismi, al contrario, lungi dall'offrire un tipo di esposizione storiografica, oltrepassano l'analitica ricostruzione scientifica per esprimere opinioni mascherate da giudizi di fatto. Nella narrazione negazionista i fatti sono «nascosti, stravolti, usati per provare ora questa, ora quella opinione; gli eventi si spezzettano, i loro nessi causali […] accertati e testimoniati si dissolvono, e i fatti isolati diventano disponibili a tecniche di vero e proprio "montaggio" per sostenere o negare, di volta in volta, quanto serve ad avvalorare la tesi desiderata»[119]. Il discorso negazionista, quindi, esprime sempre e comunque un'ideologia che, quando ha tra i propri obiettivi polemici una razza o un'etnia, diviene particolare *species* del discorso razzista, che si caratterizza, in effetti, per una maggior specificità della condotta, coincidente con «l'affermazione in mala fede di fatti erronei non corrispondenti al vero»[120], vera e propria «prosecuzio-

[117] Per tale distinzione, fondamentale per caprie il fenomeno negazionista come ideologia, piuttosto che come movimento storiografico, cfr. P. VIDAL NAQUET, *Les assassins de la memoire. Un "Eichmann de papier" et autres essais sur le revisionnisme* (1987), trad. it. *Gli assassini della memoria,* Roma, 2008, pp. 111 e ss., nonché, diffusamente, D. BIFULCO, *Negare l'evidenza: diritto e storia di fronte alla menzogna di Auschwitz,* Milano, 2012, pp. 24 e ss., E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria,* in *Ragion pratica,* 2008, pp. 27 e ss. Proprio l'assoluta mancanza di metodo storiografico consente di ridimensionare una delle critiche più ricorrente alla criminalizzazione delle condotte negazioniste, secondo cui le sanzioni penali si porrebbero in contrasto con la libertà di ricerca scientifica riconosciuto dagli ordinamenti liberaldemocratici contemporanei. Sul punto cfr. J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata,* in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1221.

[118] Così E. FRONZA, *Il negazionismo come reato,* Milano, 2012, p. XII.

[119] E. FRONZA, *Il negazionismo,* cit., p. XIX.

[120] In tal senso P. WACHSMANN, *Libertà di espressione e negazionismo,* in *Ragion pratica,* 1999, p. 61, ma analogamente anche M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione,* in *Ragion pratica,* 1997, pp. 202 e ss., e J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca*, cit., p. 1220, secondo il

ne del disegno criminoso» che aggrava la lesione alla dignità della minoranza perseguitata[121]. Il negazionismo realizzerebbe un'offesa tangibile al fondamentale bene della dignità umana, declinata nel senso dell'«onorabilità» e del «diritto all'identità di un gruppo etnico, straziato dalla storia»[122]. Secondo le parole del Tribunale costituzionale tedesco, le vittime dei genocidi si percepiscono, infatti, «come appartenenti ad un gruppo di persone che si distinguono dalle altre per una particolare sorte». Il rispetto di questa autocomprensione rappresenta «per ciascuno di loro una delle garanzie contro il ripetersi di siffatte discriminazioni ed una condizione essenziale per la loro vita»[123].

Gli elementi specializzanti delle fattispecie negazioniste non si esauriscono nell'elemento oggettivo, ma vanno valutati alla luce della natura plurioffensiva del reato. Pur senza arrivare a concludere, come ha affermato il Tribunale Costituzionale spagnolo, che il negazionismo sia irriducibile al discorso d'odio, perché basato su un giudizio di fatto che rientra nella libertà di ricerca scientifica, a sua volta essenziale per «la formazione di una coscienza storica adeguata alla dignità dei cittadini di una società libera e democrati-

---

quale la condotta di negazionismo implicherebbe una «lesione *post mortem* della personalità delle vittime o un incitamento indiretto all'odio razziale". Insiste sulla necessità di tenere distinte le fattispecie che vietano la propaganda razzista dal reato di negazione o minimizzazione dei genocidi A. AMBROSI, *Libertà di pensiero,* cit., p. 524.

[121] P. WACHSMANN, *ibidem*.

[122] Così A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale,* in *Dir. pubbl. comp. eur.,* 2006, pp. XXVII.

[123] Cfr. la decisione *Bundesverfassungsgericht* del 13 aprile 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3388, su cui M. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, pp. 3390 e ss. In questo caso, i giudici costituzionali hanno respinto il ricorso del partito nazional-democratico tedesco contro una decisione municipale che imponeva alcune prescrizioni volte ad evitare il pubblico negazionismo della Shoah in una manifestazione che avrebbe visto tra i relatori David Irving, tra i principali fautori del revisionismo negazionista. In tale pronuncia, il Tribunale ha affermato, in parte contraddittoriamente, che le espressioni negazioniste sono affermazioni di fatto scientemente false, non riconducibili alla libertà di esprimere opinioni, per sua natura sottratta a qualsiasi giudizio di verificabilità. Eppure, se l'opinione è mera *doxa*, indifferente a qualsiasi criterio oggettivo di validazione, mal si comprende come dal suo oggetto debba essere esclusa l'affermazione di un falso, come appunto il negazionismo dell'Olocausto.

ca»[124], è ragionevole ritenere che il relativo divieto, a maggior ragione quando riguardi il negazionismo dell'Olocausto, non abbia di mira esclusivamente la tutela collettiva del gruppo minoritario.

In effetti, ancora una volta, il riferimento ad una dimensione collettiva del diritto all'onore tradisce la reale finalità dell'incriminazione, volta a tutelare un rinnovato ordine pubblico ideale *sub specie* di un edulcorato concetto di dignità umana. Non vi è, nell'ordinamento italiano, una simile fattispecie[125], nonostante un decisivo impulso all'esclusione di tali forme espressive dall'oggetto della libertà di espressione sia giunto, recentemente, dalla stessa Unione Europea[126]; eppure, a seguito di un'analisi comparata delle

[124] Dec. n. 235/2007, § 8 che, nel ricondurre il negazionismo alla libertà di ricerca scientifica, si orienta in senso opposto rispetto al Tribunale costituzionale tedesco. I giudici spagnoli hanno, comunque, salvato il divieto di "giustificazionismo" dei fatti di genocidio, che integra gli estremi del giudizio di valore e che risulta sanzionabile qualora si traduca in una istigazione indiretta alla commissione del delitto (per un commento adesivo, se si vuole, C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Quad. cost.,* 2008, 635 e ss., in senso critico, invece, D. BIFULCO, *Negare l'evidenza,* cit., pp. 42 e ss.).

[125] Va segnalato, tuttavia, che durante la XVI legislatura è stato presentato, senza successo, il d.d.l. A.S. n. 3522 di modifica dell'art. 3 l. n. 654/1975, volto a punire la negazione e l'apologia dei crimini di genocidio (quest'ultima fattispecie, peraltro, già sanzionata dalla l. n. 962/1967).

[126] Cfr. art. 1 della Decisione quadro 2008/913GAI (non ancora recepita in Italia), che impegna gli stati membri dell'Unione ad adottare una normativa sanzionatoria non solo con riguardo all'istigazione all'odio razziale, ma anche in relazione alla apologia, alla negazione, o alla minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, purché idonei a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza e all'origine nazionale o etnica (art. lett. c]. d]). Sulla necessità di recepimento della decisione adottata prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (perciò antesignana dei compiti di armonizzazione ora spettanti alle istituzioni europee in materia penale) cfr. P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913GAI e sul reato di negazionismo,* in *Ius17@unibo.it,* 3/2011, pp. 109 e ss., nonché *infra*, cap. IV, § 2.3. Pur in altro ambito, non può non rilevarsi la tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a escludere dalla tutela convenzionale condotte negazioniste attraverso il richiamo all'articolo 17 Cedu sull'abuso del diritto. Sul punto, *infra*, cap. IV, § 2.1, nonché. se si vuole, C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech *nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti*

discipline dei singoli stati[127], non può non osservarsi come, nel contesto europeo, la progressiva formazione di un *idem sentire* che vede nel negazionismo «un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche sulle quali è avvenuta la ricostruzione del dopoguerra». Una sensazione comune e condivisa, che «[…] affonda le sue radici nell'esperienza storica del totalitarismo e dell'Olocausto, e nell'angoscia esistenziale che ha accompagnato la totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano»[128].

Ne deriva, quindi, che rinvenire il bene giuridico tutelato dalle fattispecie negazioniste in un generico concetto di dignità umana, coincidente in fondo con una sorta di *communis opinio* favorevole all'incriminazione, rende queste ultime carenti sul piano dell'offensività. La sanzione penale si conforma, in tal modo, al «paradigma del rischio», oltrepassando la «soglia – già problematica –

*dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010). Atti del Convegno internazionale di studi - Bologna, 5 marzo 2010,* Torino 2011, pp. 329 e ss.

[127] Per una analisi ragionata delle diverse scelte repressive adottate nei paesi dell'Unione Europea cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, 15 e ss., M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale,* cit., pp. 513 e ss., ID., *Libertà di pensiero e negazionismo,* in M. AINIS, (a cura di), *Informazione Potere Libertà,* Torino, 2005, pp. 41 e ss. Nel contesto europeo, diverse sono state le scelte relative alla descrizione dell'elemento oggettivo del reato. Così, in alcuni casi si è scelto di sanzionare solo il negazionismo dell'Olocausto o comunque ai crimini contro l'umanità realizzati dal regime nazionalsocialista, come nel caso della Germania (§130.3 del Codice penale), dell'Austria (§ 3 Legge costituzionale sui nazionalsocialisti), o del Belgio (art. 1 della Legge contro il revisionismo); in altri invece si è preferito un generico riferimento a fatti di genocidio (come nel caso della Svizzera, art. 261 bis c.p., della Spagna, art. 607.2 c.p., o del Portogallo, art. 240 c.p.). Particolare il caso della Francia, tra i primi ordinamenti a prevedere, con la "Loi Gayssot", una "loi memorielle" che ha introdotto l'art. 24 bis nella Legge sulla libertà di stampa del 1881, sanzionante la contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità, definiti tali dallo Statuto del Tribunale militare di Norimberga e per cui vi sia stata una condanna da parte di una giurisdizione francese o internazionale. Il tentativo di allargare l'elemento oggettivo del reato con il riferimento a crimini contro l'umanità definiti come tali non solo dalla giurisdizione, ma anche dal legislatore (consentendo la punizione del negazionismo del genocidio degli armeni), è stato recentemente respinto dal *Conseil Constitutionnel* (dec. n. 647/2012), che ha accolto la *saisine parlamentaire* rilevando, di fatto, come non spetti al legislatore il potere di approvare leggi "conformative" della realtà storica (sul punto, se si vuole, C. CARUSO, *Il negazionismo del genocidio armeno in una decisione del* Conseil constitutionnel, in *Quaderni costituzionali,* 2012, pp. 413 e ss.).

[128] Così M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale,* cit., p. 526.

del pericolo astratto per dirigersi verso la prevenzione di un generico clima [ostile]»[129].

Ad un'analisi più attenta, l'incriminazione penale mira a irrigidire la dinamica degli accadimenti storici su cui sono sorte le democrazie contemporanee nel tempo presente[130]; in questo senso, l'intervento penale vuole riaffermare non solo l'«universo etico-politico», ma anche il patto etico e, quindi, il momento fondativo dell'ordinamento liberal-democratico[131]. La protezione della verità storica assurge al ruolo di «fondamento del sistema», da difendere «contro una sua erosione che non potrebbe non sfociare nella destabilizzazione degli attuali assetti politico-sociali»[132].

---

[129] Così, icasticamente, P. LOBBA, *La lotta al razzismo,* cit., p. 110, ma nello stesso senso E. FRONZA, *Il reato di negazionismo,* cit. p. 50, che sottolinea lo smarrimento della funzione general-preventiva di tali fattispecie, a fronte di un loro evidente significato simbolico-espressivo, che «sembra lanciare un messaggio all'opinione pubblica, allarmata da questi fenomeni […] gravi e allarmanti» (E. FRONZA, cit. ult., p. 52). Sottolinea con favore il ruolo simbolico della sanzione penale A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit. p. XXVII, per la generale «attitudine del diritto penale a sollecitare, più di ogni altro, l'attenzione diffusa per i valori tutelati e la conseguente disapprovazione sociale».

[130] Poiché la sanzione penale non mira semplicemente a ricordare, ma a ricordare in un determinato modo, ad essere tutelata non è la semplice memoria collettiva, che come tale risente di processi soggettivi di metabolizzazione, ma la verità storica. In questo modo, il giudizio di accertamento della responsabilità penale tende, inevitabilmente, a sovrapporsi ai procedimenti di accertamento storiografico. Sulla difficoltà di assimilare la verità giudiziaria alla verità storica cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione,* Bari, 1989, pp. 18-66, E. FRONZA, *Il reato di negazionismo,* cit., p. 48, nonché, se si vuole, con specifico riferimento alla dichiarazione di illegittimità da parte del Consiglio Costituzionale francese della fattispecie che puniva il negazionismo armeno, C. CARUSO, *Il negazionismo del genocidio,* cit., pp. 413 e ss.

[131] In questo senso, nell'ambito di un più ampio studio volto considerare i processi di ricostruzione e memorizzazione storica come aspetti centrali del momento costituente, A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione,* Bologna, 2005, pp. 217 e ss., spec. p. 226. A parere dell'A., sembra essersi ormai diffuso un «timore irrazionale» che considera l'indagine storica insufficiente a consolidare la memoria collettiva; in suo soccorso, sono allora «chiamati l'autorità del diritto e dei meccanismo giurisdizionali che devono difendere una "memoria autoritaria"».

[132] Così P. LOBBA, *La lotta al razzismo,* pp. 137-138, ma in senso analogo anche A. BURATTI, *L'*affaire *Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratico,* in *Giur. it.,* 2005, p. 2247.

L'incriminazione del negazionismo rappresenta, allora, un intenso strumento di protezione democratica che anticipa l'autotutela ad uno stadio di presunto pericolo per i valori, rendendo ancor più evidente, rispetto alla generica propaganda razzista, la chiusura del sistema pluralista rispetto alle opinioni contrastanti con il retroterra ideologico-culturale di riferimento[133].

## 5. *Potere pubblico di gestione e mezzi di diffusione all'indomani della "lacuna" costituzionale*

In assenza di un'esplicita dizione della Costituzione sui mezzi di diffusione del pensiero, il relativo dibattito dottrinale sembra, in origine, rincorrere un confine fisso ed immanente tra ciò che è costituzionalmente imposto e ciò che è, invece, costituzionalmente indifferente.

In base ad una prima impostazione, l'utilizzo dei mezzi di diffusione, in quanto tale distinto dall'aspetto sostantivo della libertà, è considerato costituzionalmente irrilevante: l'unico limite assoluto, comunque desumibile dal significato sostanziale della libertà di manifestazione del pensiero, starebbe nel divieto di riservare «l'uso di un mezzo […] solo a manifestazioni di un determinato contenuto»[134]. Secondo una nozione recessiva e minimale della libertà di stampa, intesa quale necessaria assenza di una previa censura sullo stampato[135], un diritto di rango costituzionale al libero uso dei mezzi di diffusione non sarebbe configurabile. L'aspetto strumentale sarebbe da regolare in base «a contingenti criteri di opportuni-

[133] In tal senso anche E. FRONZA, *Il reato di negazionismo,* cit., p. 53.

[134] Così C. ESPOSITO, *La libertà,* cit., p. 141.

[135] Cfr. C. ESPOSITO, cit. ult., pp. 141-142: «solo una esplicita disposizione della Costituzione può dar luogo ad assoluto divieto (come è oggi, in virtù del secondo comma dell'art. 21, per alcuni provvedimenti preventivi in materia di stampa), mentre, quando la esplicita disposizione manchi, l'esclusione delle misure preventive contro l'abuso dei mezzi di diffusione in Italia è solo indicativa e superabile, […] e tanto più superabile quanto più le misure preventive non abbiano gli stessi effetti negativi che avrebbero rispetto alla stampa […]».

tà», che non potrebbero mai tradursi in vizi di illegittimità costituzionale della relativa disciplina[136].

Secondo un orientamento radicalmente opposto, invece, il libero uso dei mezzi ricadrebbe nella sfera di influenza dell'art. 21 Cost., in modo «[…] da escludere […] che l'uso dei mezzi di diffusione sia liberamente – o discrezionalmente – disciplinabile dal legislatore ordinario»[137].

Questo ulteriore aspetto della libertà costituzionale implicherebbe, oltre alla «[…] libera scelta del mezzo attraverso il quale diffondere un dato contenuto di pensiero» «[…] fra tutti quelli possibili in linea di fatto […]», il riconoscimento del diritto «[…] di decidere *come e quando* la utilizzazione debba avvenire, cioè [de]l diritto di scegliere liberamente in che forma e con quali modalità un dato mezzo debba essere utilizzato, ed in che momento e per quanto tempo ciò debba avvenire»[138].

Rispetto a questa nozione inclusiva, che riconduce nell'alveo dell'art. 21 Cost. qualsiasi attività economica incidentalmente connessa con la libertà di manifestazione del pensiero, e che quindi sostiene una regolazione minimale non solo dei mezzi di diffusione ma anche di qualsiasi attività comunque connessa alla manifestazione del pensiero[139], è stata poi avanzata una tesi mediana, che critica la automatica "costituzionalizzazione" di tali attività.

---

[136] Così C. ESPOSITO, *La libertà,* cit., rispettivamente p. 145 e 150. Tale concezione è chiaramente influenzata da una concezione «elastica e programmatica» dell'art. 3.2 Cost. (così C. ESPOSITO, op. cit. p. 145). Questa lettura è stata recentemente riproposta da A. PACE, *Art. 21,* pp. 359 e ss., che pure, dopo avere riaffermato l'irrilevanza costituzionale del diritto di libera utilizzazione dei mezzi di diffusione (p. 361), sostiene l'esistenza di un vincolo *finalistico* discendente direttamente dall'art. 21 Cost., nel senso che la relativa disciplina «[…] deve – a pena della sua illegittimità – essere *essenzialmente* volta a rendere possibile l'utilizzo dei mezzi di diffusione da parte del maggior numero di soggetti, a beneficio della maggior circolazione delle idee e delle notizie, con conseguente vantaggio per l'interesse generale all'informazione» (p. 365).

[137] Così S. FOIS, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo,* in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1127 e ss.

[138] S. FOIS, cit. ult., rispettivamente, p. 1129 e p. 1130.

[139] Sulla base della premessa che «le norme costituzionali poste a tutela della libertà di diffusione riguardano un diritto individuale il quale […] è tutelato in maniera rigida, tassativa, e tale da circoscrivere minuziosamente non solo la discrezionalità dei poteri attribuiti alla autorità esecutiva ma anche e specificamente la discrezionalità del potere di regolamentazione, spettante al legislatore ordina-

Se, in effetti, e come si è cercato di sottolineare sin dall'inizio del capitolo, la coincidenza tra libertà di espressione e disponibilità del mezzo poteva essere «storicamente riscontrabile nella ideologia e nella prassi» dello Stato di diritto, nello Stato costituzionale ciò che rileva è la manifestazione del pensiero «*libera* nel contenuto, giuridicamente *possibile a chiunque*, e come tale garantita dal diritto positivo»[140].

Questa impostazione, che comunque presuppone ancora la distinzione tra attività che hanno ad oggetto "contenuti di pensiero" (coperte dalla disposizione costituzionale) e attività che hanno ad oggetto attività accessorie o strumentali (escluse dall'alveo dell'art. 21 Cost.), ha il pregio di mantenere una maggiore elasticità: una volta riconosciuta la necessità di consentire il libero utilizzo dei mezzi in «condizioni di eguaglianza»[141], essa ammette che le modalità di disciplina del mezzi di diffusione abbiano un possibile rilievo costituzionale, dipendente non solo dalle norme e dai valori costituzionali in gioco, ma anche dai particolari contesti sociali (e, nella specie, tecnologici) di attuazione.

### *5.1. Declino della sfera pubblica borghese e riconcettualizzazione della libertà di manifestazione del pensiero nella libertà di informazione*

Il tentativo di dare rilievo costituzionale alla disciplina del mezzo di diffusione si colloca, comunque, nell'ambito di una più generale riconcettualizzazione della libertà di manifestazione del pensiero. L'avvento della società di massa e la «chiusura dell'universo politico»[142] determinano, tra le proprie conseguenze, una sostanziale ri-

---

rio». Così Fois, cit. ult., p. 1144, che pure arriva ad escludere dalla tutela costituzionale le mere attività tecniche di natura non organizzativa (ivi, p. 1164).

[140] Così V. CRISAFULLI, *Problematica,* cit. p. 264, (corsivi nel testo), ma nello stesso senso cfr. G. DI PLINIO, *Libertà negativa, potere sui mezzi e intervento della repubblica nel sistema costituzionale della divulgazione del pensiero*, in *Foro amm.*, I, 1978, p. 337, che dalla lettura combinata degli artt. 21 e 3.2 Cost. individua un generalizzato «diritto di uso» dei mezzi di diffusione che esclude «ogni potere individuale il cui esercizio possa essere di ostacolo alla generalizzazione dei mezzi stessi».

[141] V. CRISAFULLI, *Problematica,* cit., p. 297.

[142] Per dirla con H. MARCUSE, *One-dimensional Man. Studies in the Ideology*

strutturazione della sfera pubblica, che perde la funzione neutrale di mediazione tra Stato e società che aveva nello Stato monoclasse, sino a intraprendere un cammino di de-politicizzazione[143]. Questo processo è, paradossalmente, favorito dall'estensione del suffragio e dall'ampio riconoscimento dei diritti politici ai singoli e alle formazioni sociali, fattori che accentuano il processo di integrazione dello Stato nella società «senza passare attraverso le lente procedure istituzionalizzate della sfera pubblica politica»[144]. Quest'ultima, infatti, non è più il luogo di legittimazione dell'azione statale attraverso il consenso critico della classe borghese, ma rischia di trasformarsi in una "corte" che «[…] offre possibilità di acclamazione di tipo plebiscitario»[145]. L'opinione pubblica dello Stato borghese coincide, infatti, con la frazione politicamente attiva della società, attraverso la relazione biunivoca tra censo e azione politica; l'opinione *è* pubblica perché vi sono tante persone che esprimono le loro opinioni quante «quante sono quelle che ricevono le opinioni altrui».

Da ciò deriva la possibilità di «[…] rispondere immediatamente ed efficacemente a qualsiasi opinione espressa in pubblico». A sua volta, «l'opinione formatasi in tale discussione […] sfocia in un'azione efficace, se necessario anche contro l'autorità», solo se si determina autonomamente a prescindere da interventi eterodiretti[146].

---

*of Advanced Industrial Society* (1964), trad. it. *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata,* Torino, 1968, pp. 39 e ss., ma per una analisi della società di massa cfr. anche M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO, *Dialektik der Aufklarüng, Philosphische Fragmente* (1947), trad. it. *Dialettica dell'illuminismo,* Torino, 1976, spec. pp. 130 e ss.

[143] Sui processi di de-socializzazione e privatizzazione della sfera pubblica, ormai divisa in «minoranze di specialisti che discutono in modo non-pubblico e la grande massa dei consumatori che recepiscono pubblicamente» cfr. J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica,* cit., in particolare pp. 202 e ss.

[144] J. HABERMAS, cit. ult., p. 229, nello stesso senso A. BARBERA, *Dalle doxai a Internet: tappe della democrazia,* in AA. VV. *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità,* Bari, 2001, pp. 208-209.

[145] J. HABERMAS, cit. ult., pp. 231-232, ma per un analisi sull'evoluzione dell'opinione pubblica cfr. l'ormai classico lavoro di C. W. MILLS, *La élite del potere,* Milano 1966, pp. 278 e ss. nonché A. BARBERA, *Dalle doxai a Internet: tappe della democrazia,* cit., pp. 207 e ss., N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica* (1980), ora in ID., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi,* Bologna, 1997, pp. 169 e ss.

[146] C. W. MILLS, *La élite del potere,* cit., p. 284.

Viceversa, nelle società post-industriali, il pubblico perde la sua natura critica, e l'opinione diviene «non pubblica»; nella «massa», «[…] coloro che esprimono un'opinione sono di gran lunga meno numerosi di coloro che la ricevono, per cui la comunità si riduce a una grezza quantità di individui sottoposti passivamente ai mezzi di informazione; […] la comunicazione di notizie e opinioni è quasi sempre organizzata in modo tale che è difficile o impossibile all'individuo controbattere con efficacia»[147]. In un contesto comunicativo caratterizzato dalla verticalità e unidirezionalità dei messaggi[148], la massa perde autonomia rispetto alle istituzioni, perché diviene impossibile, per gli individui «[…] formarsi autonomamente un'opinione attraverso la discussione»[149].

I diritti fondamentali garantiscono, quindi, «una sfera pubblica con funzioni politiche»; essi non possono più essere considerati in un'accezione meramente negativa, quali spazi di azione riconosciuti all'individuo, né come strumenti di partecipazione alla costruzione di uno spazio di mediazione politica tra stato e società, perché a venire meno è la possibilità dell'autodeterminazione individuale. Secondo questa prospettiva, attenta ai processi interni di formazione della volontà della persona, «se vogliono restare fedeli alle proprie finalità», le libertà devono «mutare il loro senso normativo»: la rinnovata costruzione di un'opinione pubblica critica richiede che lo Stato costituzionale, per essere coerente con le proprie premesse, si faccia carico, oltre che di obblighi di astensione, della predisposizione di un sistema positivo di garanzie che consenta «ai cittadini eguale possibilità di partecipazione al processo della pubblica comunicazione»[150]. La libertà di espressione diviene così un semplice aspetto della libertà di informazione, incisiva formula riassuntiva di criteri e strumenti giuridici attraverso i quali ridurre l'asimmetria informativa tra governanti e governati e promuovere, altresì «[…] la formazione di un'opinione comune documentata ed

[147] C. W. MILLS, *ibidem*.

[148] A. BARBERA, *Dalla doxai a internet,* cit., p. 209.

[149] C. W. MILLS, *La élite del potere,* cit. ult., p. 284. Sull'evoluzione dell'opinione pubblica, da opinione «critica» e «illuminata» nello Stato borghese, a «strumento di manipolazione del consenso» nella società di massa, cfr. M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., pp. 96 e ss. (spec. p 100).

[150] J. HABERMAS, *Storia e critica,* cit., pp. 262-263.

obiettiva, spontaneamente formatasi alla base»[151]. In questo contesto, l'art. 21 sarebbe un semplice «dato indiziario», frammento di un più ampio principio integrabile da più disposizioni costituzionali: dall'art. 33, anzitutto, che tutela la libera ricerca scientifica e libere «scelte sui dati» e, quindi, richiede «anche lo stadio preliminare […] di acquisizione» degli stessi[152]; dall'art. 41 Cost., che garantisce non solo «le scelte dell'imprenditore e […] la sua esigenza dell'informazione, ma anche la pubblicità della programmazione economica»; dall'art. 48 Cost., che postula il voto consapevole dell'elettore; più in generale, da tutte quelle disposizioni costituzionali che presuppongono una libera scelta dell'individuo[153]. Secondo queste prime formulazioni, la libertà di informazione è anzitutto un principio, che richiede «schemi organizzativi caratterizzati da una garanzia di pubblicità»[154] comunque derogabile, in assenza di una esplicita previsione costituzionale, ogni qualvolta siano da tutelare altri interessi costituzionalmente protetti[155]. D'altro canto, la caratura istituzionale non esaurirebbe la dimensione della libertà di informazione, suscettibile di richiamare, invece, una generale fattispecie di libertà articolata «in una pluralità di situazioni soggettive (specificabili come diritti o interessi, secondo i singoli casi), coordinate e raggruppate in un'unica figura» consistente nella «comune pretesa di svolgere liberamente l'attività informativa in relazione a qualsiasi fonte di informazione»[156]. Superate alcune

[151] Così A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla),* in *Enc. dir.,* vol. XXI, Milano, 1971, pp. 473-474, ID., *Contributo allo studio sulla libertà di informazione,* Napoli, 1967, pp. 1-22. Nello stesso senso, oltre a CRISAFULLI, cit. *supra*, P. BARILE, S. GRASSI, *Informazione (libertà di),* in *NN. D.I.,* App., IV, Torino, 1983, p. 200, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale,* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. VIII, Torino, 1993, pp. 321 e ss.

[152] A. LOIODICE, *Informazione,* cit., p. 489.

[153] A. LOIODICE, cit. ult., p. 490.

[154] Così A. LOIODICE, *Contributo allo studio,* cit., p. 83.

[155] In tal senso C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione,* Padova, 1973, pp. 118 e ss., pp. 157-158, che distingue il principio di pubblicità dalla libertà di stampa; proprio perché espressamente riconosciuta dall'art. 21.2 Cost, a quest'ultima, sarebbero opponibili solo segreti derivanti dagli specifici "doveri" costituzionalmente previsti.

[156] A. LOIODICE, *Informazione,* cit., p. 489, ma nel senso di individuare nell'ordinamento singole situazioni di favore, riconducibili precipuamente al diritto ad informarsi, di cui risulterebbe tuttavia imprescindibile un'opera di specifica-

impostazioni originarie, che la consideravano mero interesse riflesso del diritto di cronaca[157], la libertà di informazione risulta declinabile secondo un profilo attivo, quale libertà di informare e di diffondere informazioni, e un profilo passivo, quale libertà di ricevere (diritto ad essere informati) ed ottenere informazioni (diritto ad informarsi).

### *5.2. Il diritto ad essere informato come diritto soggettivo?*

Ciò nonostante, l'assorbimento della libertà di manifestazione del pensiero nella libertà di informazione non riesce ad essere definitivo, permanendo un alone di incertezza sui confini del risvolto passivo della nuova situazione soggettiva. Una prima, analitica, formulazione ha, invero, distinto la libertà di informazione in senso lato – ricomprendente sia la libertà di espressione sia l'interesse pubblico a ricevere informazione – dalla libertà di informazione in senso stretto, relativa al diritto di cronaca e, quindi, alla libertà di comunicare al pubblico *notizie*, ossia «*affermazioni* e relazioni di fatti aventi caratteri di attualità", di "interesse generale o sociale».[158]

Secondo questa prospettiva, mentre il profilo attivo dovrebbe essere ricompreso nella garanzia della libertà di espressione o, qualora abbia ad oggetto veri e propri "fatti", nel diritto di cronaca, il diritto ad essere informati si risolverebbe in un interesse pubblico, costituzionalmente rilevante, non predicabile però per quelle manifestazioni «prive di valore anche indirettamente educativo ed artistico, frivole ed insipide, e magari destinate soltanto a sollecitare i

---

zione legislativa, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale,* cit., pp. 348 e ss., R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione della comunicazione,* Padova, 2010, 27 e ss., G.E. VIGEVANI, *Informazione e democrazia,* in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, p. 4.

[157] In tal senso v. P. NUVOLONE, *Cronaca (libertà di), Enc. dir.,* vol. IX, Milano, 1962, p. 423: «il cittadino non ha un diritto nei confronti dei giornalisti ad essere informato dei fatti che avvengono nell'àmbito della comunità; ma ha un diritto verso lo Stato a che non si impedisca la libertà di cronaca, in quanto l'esercizio di tale libertà è uno dei presupposti della libertà di opinione, e quindi della libertà delle sue scelte politiche e sociali».

[158] Così V. CRISAFULLI, *Problematica,* cit. p. 287 (corsivo nel testo).

più bassi istinti del pubblico»[159]. In questo senso, il diritto ad essere informato, assorbito nel profilo attivo della libertà di informazione, risulta meramente strumentale all'individuazione di forme espressive qualificate.

Non è un caso, allora, che le successive elaborazioni abbiano tentato di conferire maggiore autonomia proprio al risvolto passivo. Secondo alcuni, questo coinciderebbe con la «possibilità di […] agire per il reperimento delle notizie tramite accesso alle fonti più disparate ed eterogenee», che non configura un vero e proprio diritto soggettivo alla notizia, ma che riconosce al legislatore un obbligo di adeguamento sostanzialmente discrezionale nelle modalità[160]; secondo altri, invece, potrebbe desumersi un vero e proprio diritto ad essere informato con correttezza, completezza ed obiettività, giuridicamente traducibile in una pretesa sul contenuto materiale dei messaggi diffusi dai soggetti attivi dell'informazione[161]. In questa prospettiva, la libertà di informazione, deducibile dall'art. 21 Cost., farebbe riferimento a un rapporto giuridico di comunicazione perfettamente compiuto, preludio ad un diritto soggettivo azionabile dai destinatari dell'informazione. Secondo questa ricostruzione, evidentemente influenzata da una concezione funzionalistica della libertà, solo la «consapevolezza dei fini e la loro onesta enunciazione consentono […] di sottoporre a verifica l'uso dell'informazione intesa come bene che inevitabilmente incide sulle coscienze […]». Il principio personalista, infatti, richiede nuovi spazi di partecipazione alla poiesi della sfera pubblica, richiamando una ridefinizione normativa dei diritti di libertà: «[…] in chiave di dover essere, la libertà si misura come 'libertà per', [che] si carica di significati positivi in quanto realizzazione […]» della persona umana[162].

Proprio la richiesta di interventi pubblici di attuazione ha portato parte della dottrina a configurare, in linea con l'impostazione

[159] V. CRISAFULLI, *Problematica,* cit., p. 299.

[160] Così A. LOIODICE, *Informazione,* cit., p. 447.

[161] In tal senso N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati,* in *Dir. radiodiff. e telecom.* 1978, pp. 3 e ss.

[162] Così N. LIPARI, *Etica e professionalità del giornalista*, in *Dir. radiodiff. e telecom.*, 1982, p. 511.

da ultimo citata, un diritto all'informazione come «diritto sociale fondamentale», desumibile dal combinato disposto dell'art. 21 e dell'art. 3.2 Cost. La prestazione positiva da parte dello Stato dovrebbe tradursi sia nella generalizzata garanzia di un diritto di accesso alle informazioni che riguardano il cittadino sia in un'imposizione ai titolari – pubblici o privati – dei mezzi di comunicazione di massa, dell'osservanza di specifici obblighi attivabili su richiesta degli interessati[163].

Tali ricostruzioni sono state, tuttavia, oggetto di profonda critica: una volta ammessa l'esistenza, nella trama dell'ordinamento, di un interesse generale all'informazione, capace di colmare, per via interpretativa, le lacune presenti nell'art. 21 Cost., è apparsa subita problematica la configurazione di un diritto ad una corretta informazione (genericamente intesa), capace per ciò solo di conformare il contenuto della libertà di diffondere informazioni. In effetti, tale tesi sembra confidare eccessivamente nella distinzione tra le preferenze soggettive ("opinioni"), e le descrizioni di avvenimenti del mondo esterno indipendenti dai giudizi di valore ("fatti"), dimenticando che la "notizia" oggetto di diffusione altro non è che un rapporto conoscitivo tra un soggetto e una realtà[164], e sconta quindi, sempre un carattere relazionale e relativo. L'osservazione non comporta la generale accettazione di una teoria scettica che, data l'assenza di criteri oggettivi (*rectius*: oggettivizzati) di accertamento, postuli una assoluta fungibilità di categorie e criteri di determinazione (giudizi di fatto/giudizi di valore); piuttosto, deve rilevarsi come una generalizzata pretesa ad un contenuto obiettivo dell'informazione sembra riproporre una funzionalizzazione "forte" della libertà di informare (e di manifestare il proprio pensiero)[165], che non solo prescinde dal ruolo dei contesti nella definizione degli interessi in gioco, ma rischia di affidare, nella ricerca di un diritto ad un'informazione certa ed obiettiva, alle istituzioni predisposte

[163] In tal senso, cfr. R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione,* cit., pp. 32-33, che individuano una serie di "situazioni sintomatiche" nell'ordinamento da cui desumere il diritto all'informazione.

[164] Così A. LOIODICE, *Informazione,* cit., p. 477.

[165] In tal senso, cfr. A. PACE, *Articolo 21,* cit. pp. 531-532.

alla tutela della situazione soggettiva il ruolo di custodi (della verità) delle informazioni.

D'altro canto, ad un'obiezione simile va incontro la tesi che individua un diritto sociale all'informazione. Ciò che appare criticabile è, infatti, l'ipotesi di ricostruire la situazione soggettiva in termini unitari, prescindendo non solo dal mezzo di diffusione e dalla «natura giuridica dell'operatore informativo»[166], ma perdendo di vista anche la specificità dei mezzi di comunicazione di massa nell'attività di circolazione delle notizie[167].

Contrasta, poi, con la possibilità di attribuire unitarietà al diritto ad essere informati la possibilità di delimitare univocamente l'oggetto di tutela e, conseguentemente, la sua azionabilità: se infatti l'oggetto è così ampio da ricomprendere ogni «fonte di informazione» e, dunque, qualsiasi «atto o fatto idoneo a fornire un dato informativo», il profilo passivo della libertà di informazione assume le sembianze di «una formula che congiuntamente allude ad esigenze assai eterogenee»[168], che, in assenza di un intervento istituzionale di implementazione o conformazione, sembrano risolversi nei generali principi di pubblicità dell'azione pubblica o, come ora si vedrà, del pluralismo informativo[169].

---

[166] Così A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati: due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, primo comma, del t.u. della radiotelevisione,* in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 466.

[167] In effetti, se caratteristica connaturata al concetto di "informazione", come declinata nello Stato costituzionale di diritto, è una sua naturale pervasività, capace di confondersi con l'interesse alla pubblicità dell'ordinamento e delle sue relazioni, non sembra possibile conferire unitarietà alle situazioni soggettive più disparate (dal diritto dell'interessato all'accesso agli atti amministrativi, al diritto di rettifica, o ancora, al diritto alla trasparenza delle fonti di finanziamento dei mezzi di informazione, di cui, peraltro, è dubbia la stessa azionabilità). Per tale approccio, invece, R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione,* cit., pp. 21 e ss., 32 e ss. Non è un caso che parte della dottrina abbia sentito la necessità di delimitare una nozione di informazione giuridicamente rilevante (cfr. in tal senso C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione,* cit. p. 28), riservando detto termine alle attività di circolazione delle notizie realizzate dai mezzi di comunicazione di massa e finalizzate a soddisfare l'interesse della collettività alla conoscenza.

[168] L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione giuridico nell'ordinamento giuridico italiano,* in L. PALADIN (a cura di), *La libertà d'informazione,* Torino, 1979, p. 9.

[169] Sul punto cfr. le considerazioni di A. BARBERA, '*Nuovi diritti': attenzioni*

### *5.3. L'interesse ad essere informato come principio di governo della sfera pubblica*

In relazione a quest'ultimo profilo, è stato da tempo messo in rilievo come la pluralità e la concorrenza delle fonti informative sia strumentale alla realizzazione dell'interesse pubblico all'informazione, quale unica soluzione alternativa al controllo pubblico sul contenuto delle informazioni; in questo modo, potrebbe evitarsi «il rischio […] di confondere […] la rispondenza dell'interesse generale del "tipo" o "genere" dell'informazione, con una valutazione (inammissibile) del loro specifico contenuto»[170]. In tal senso, l'interesse all'informazione richiede un sistema istituzionale di implementazione che, per un verso, riconosca la struttura complessa dei mezzi di comunicazione di massa, quali tecnostrutture imprenditoriali – operanti su vasta scala – diversificate sia nella struttura interna sia nell'attività esterna[171] e, per un altro, abbia ben presente la funzione di diffusione, a favore della collettività, di notizie di interesse pubblico che queste ultime si trovano a svolgere. Rimane da segnalare, certo, come l'ampliamento quantitativo delle fonti informative non sia garanzia, di per sé, del miglioramento qualitativo del mercato delle notizie; anzi, lo smarrimento dei confini della sfera pubblica annovera tra le proprie cause l'alto numero di informazioni scarsamente qualificate; da qui la necessità di garantire l'interesse ad un'informazione obiettiva, anche attraverso l'intervento pubblico in quei settori, naturalmente orientati alla produzione di esternalità negative[172], ove operano *mass media* dal

---

*ai confini,* in *Corte costituzionale e diritti fondamentali,* cit., pp. 19 e ss., che mette in guardia l'interprete dall'influenza di «sublimate esigenze politiche». In senso in parte affine v. le considerazioni di S. FOIS, *"Nuovi" diritti di libertà,* in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, pp. 81 e ss.

[170] V. CRISAFULLI, *Problematica,* cit., p. 300

[171] Così A. PACE, *Articolo 21,* cit. p. 528, che riprende D. MCQAUIL, *Comunicazioni di massa (sociologia),* in *Enc. sc. soc.,* vol. II, 1992, pp. 162 e ss.

[172] Sono esternalità negative i costi di transazione che non dipendono dalla scelta consapevole degli attori operanti sul mercato. In particolare, poiché nel mercato radiotelevisivo non è solo il consumatore a condizionare, attraverso il proprio gradimento, la scelta dei programmi da trasmettere, ma sono le stesse televisioni commerciali che scelgono i programmi in base alla possibilità di massi-

forte impatto comunicativo. Da questo punto di vista, il settore radiotelevisivo rappresenta un caso paradigmatico dei tentativi pubblici di conformazione verso l'interesse all'informazione: così, ad esempio, se in origine l'obbligo di completezza dell'informazione gravava solo sulla pubblica concessionaria, l'attuale testo unico della radiotelevisione (d.lgs. 177/2005) accoglie una nozione oggettiva di servizio pubblico[173], sino a porre le premesse, almeno secondo alcune ricostruzioni, per una tutela giurisdizionale dell'interesse a essere informato (pur nella forma *minus quam plena* dell'interesse legittimo), azionabile dai soggetti che si ritengano pregiudicati dalla diffusione radiotelevisiva di informazioni politiche non veritiere[174].

In tutte queste ipotesi, quindi, si tratta di individuare una strategia istituzionale della libertà che individui nella libertà *della*

mizzare il profitto derivante dall'offerta pubblicitaria, elevato è il rischio di produrre *format* di bassa qualità. Su tali questioni, e sul potenziale conflitto tra l'interesse degli inserzionisti pubblicitari e l'interesse del pubblico televisivo cfr. C. E. BAKER, *Media, Market and democracy,* Cambridge MA., 2002, pp. 11 e ss., 41 e ss., 96 e ss., nonché M. MANETTI, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta,* in G. COCCO (a cura di), *Lo statuo giuridico dell'informazione, Atti del Convegno, Milano, 24 maggio 2010*, Milano, 2012, pp. 3-4.

[173] Cfr. art. 7 d.lgs. n. 177/2005, che afferma, al suo primo comma, che l'attività di informazione radiotelevisiva, da qualsiasi emittente o fornitore di contenuti esercitata, costituisce «servizio di interesse generale». Sulla travagliata evoluzione in senso oggettivo e funzionale del servizio pubblico, inaugurata dall'art. 1 l. n. 223/1990, cfr. P. CARETTI, *Comunicazione e informazione*, in *Enc. dir.*, in Annali, vol. I., Milano, 2007, pp. 241 e ss., ID., *Servizio pubblico radiotelevisivo e pluralismo nel diritto comunitario*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato,* Padova, 2007, pp. 37 e ss. In senso critico sulla progressiva "oggettivizzazione" del servizio pubblico e sulla perdita della sua missione originaria, anche alla luce della Direttiva 2010/13 UE come attuata dal d.lgs. n. 44/2010, cfr. M. MANETTI, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, cit., pp. 13 e ss.

[174] In questo senso A. PACE, *Libertà di informare*, cit., p. 479, che dal combinato disposto dell'art. 7.2 d.lgs. n. 177/2005, che obbliga le imprese radiotelevisive alla «presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni […]», e dell'art.1, co. 6, lett. b, n. 9, l. 31 luglio 1997, n. 249, che affida all'AGCom «l'applicazione delle disposizioni vigenti sulla propaganda, sulla pubblicità e sull'informazione politica […]», trae la «possibilità giuridica» di ricorrere al giudice amministrativo contro il provvedimento dell'autorità che, di fronte alla denuncia dell'interessato, non abbia adottato i necessari provvedimenti di rettifica rispetto a notizie non veritiere in tema di "informazione politica".

stampa[175] l'anello di congiunzione tra i vincoli finalistici che orientano la disciplina dei mezzi di comunicazione e gli strumenti di *governance* più adatti per salvaguardare il pluralismo e l'interesse pubblico alla più ampia diffusione delle informazioni. In questo senso, mentre in relazione all'esercizio della libertà di stampa (e di manifestazione del pensiero) viene in rilievo il problema della sua *limitazione* ad opera del pubblico potere, nell'attività di definizione della libertà della stampa emerge, problematicamente, il profilo della *regolazione* e del difficile equilibrio tra la libertà del titolare dell'impresa di comunicazione, la libertà dei giornalisti diffondere informazioni (e, più in generale, degli operatori dell'informazione), e l'interesse pubblico all'informazione[176]. Non può non rilevarsi come il rilievo costituzionale della libertà di informazione muti non solo a seconda del titolare della situazione, ma anche in relazione all'angolo prospettico prescelto per l'analisi; mentre infatti, l'atto di informare dell'operatore dell'informazione sarà sempre coperto dal profilo attivo della libertà di informazione e dal diritto di manifestare il proprio pensiero, l'attività di gestione e di controllo della tecnostruttura informativa potrà essere attratta all'art. 21 qualora sia considerata dal punto di vista (esterno) dell'assetto necessariamente plurale dei mezzi informativi e, quindi, della libertà *della* stampa; qualora invece si abbia riguardo ai rapporti tra il titolare della tecnostruttura e gli altri operatori dell'informazione che operano al suo interno, le attività del primo potranno essere considerate espressione di altre libertà costituzionali diverse dalla libera manifestazione del pensiero in senso stretto (per esempio, la libertà iniziativa economica *ex* art. 41 Cost.)[177].

---

[175] In tal senso, cfr. già A. BARBERA, *Articolo,* 2, cit. ult., pp. 63 e ss., ripreso ora, negli stessi termini, da V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, pp. 15 e ss., nonché ID., *Libertà di stampa o libertà della stampa? Una rilettura di un tema antico,* in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà,* cit., pp. 85 e ss.

[176] La pluralità degli interessi coinvolti conduce a un mutamento concettuale della "funzionalizzazione", che non rimanda più all'assoggettamento della libertà ideologica del singolo agli ideali di regime. Piuttosto, la libertà della stampa appare «funzionalizzata al suo contributo alla manifestazione del pensiero ed al suo ruolo nell'attività informativa». Così V. ZENO-ZENCOVICH, *Libertà di stampa o libertà della stampa?,* cit. p. 93.

[177] In questo senso, l'indirizzo politico prescelto dall'editore sarà pur sempre

## 6. *Oltre il mezzo di diffusione: l'avvento di internet e la libertà di comunicazione*

Il richiamo alla necessità di una pubblica regolazione del mezzo di diffusione tenta, quindi, di compensare lo squilibrio presente negli assetti sociali contemporanei, «ricostruendo la libertà dell'art. 21 Cost. sul lato "passivo" come diritto al pluralismo delle fonti informative»[178].

Questo tentativo, che come si è visto arriva, nelle formulazioni più radicali, a trarre dall'interesse a essere informati un vero e proprio diritto soggettivo, declinabile ora come diritto ad accedere e a ricevere notizie, ora come diritto ad essere informati obiettivamente, pare essere diventato realtà a causa del definitivo avvento della società dell'informazione e, soprattutto, della rete internet.

Nella società dell'informazione, infatti, mutano le relazioni sociologiche che avevano caratterizzato la società industriale: come rilevato dai teorici della post-modernità, il conflitto sui mezzi di produzione – tra lavoratore da un lato e gestore degli apparati di produzione dall'altro – ha progressivamente ceduto il passo alla lotta per la conoscenza e per il controllo delle fonti di informazio-

---

frutto di una scelta autonoma, riconducibile anche alla libera iniziativa economica prevista dall'art. 41 Cost. Cfr. già M. PEDRAZZOLI, *Appunti sulla "tendenza" dell'imprenditore con particolare riguardo al lavoro giornalistico,* in P. BARILE, E. CHELI (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma: problemi giuridici e organizzativi,* Bologna, 1976, pp. 429 e ss., V. ZENO-ZENCOVICH, cit. ult., p. 94. Di opinione contraria invece A. PACE, *Articolo 21,* cit., pp., 542 e ss., nonché M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e giornalisti nella società pluralista* (1988), ora in ID., *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica,* Padova, 2006, pp. 19 e ss., che distingue la «linea politica» complessiva dell'impresa editoriale, dall'«indirizzo informativo» dell'editore, che rappresenterebbe «il luogo nel quale si situano gli interessi e i fini dell'imprenditore editoriale o, per meglio dire, il luogo in cui quegli interessi e fini, che non sono di pensiero, assumono la "cifra" del pensiero» (M. PEDRAZZA GORLERO, cit. ult., p. 20).

[178] Così A. D'ALOIA, *Libertà di manifestazione del pensiero e mezzi di comunicazione,* in A. PIZZORUSSO *et al.* (a cura di) *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*: *Lipari, 1-2 ottobre 2004*, Milano, 2005 p. 106, nello stesso senso già L. PALADIN, *Problemi e vicende,* cit., p. 62, secondo il quale la «prima e più vera garanzia della libertà d'informazione attiva o passiva che sia, si risolve nella pluralità delle fonti informative […]».

ne, riproponendo le relazioni polemiche che caratterizzavano la società industriale in forme del tutto nuove[179].

Queste considerazioni valgono, a maggior ragione, con riferimento al concreto funzionamento della rete, che rende superato il concetto di *medium* tradizionale, semplice strumento che convoglia informazioni[180]; internet sarebbe, piuttosto, un processo da sviluppare da parte del singolo individuo, che porta alla creazione di uno «[…] spazio artificiale senza confini, non luogo, dove la volontà […], sradicata e de-terrritorializzata, si esprime oltre gli stati e oltre il diritto degli stati»[181]. Il cyberspazio è, quindi, un'arena ove mancano frontiere fisiche, collegamenti territoriali e, più in generale, una dimensione spazio-temporale; in quanto tale, esso implica la possibilità di «unire […] nel pensiero indiscriminatamente tutti gli uomini senza distinzione di luoghi e di fuso orario», secondo i criteri «della razionalità tecnologica e della realizzabilità pratica» [182]. Poiché, per la prima volta nella storia, la persona assurge a diretta forza produttiva emancipandosi dai rapporti di forza tipici delle precedenti relazioni *inter privatorum*, le reti connesse su scala globale comportano la nascita di un sistema di «autocomunicazione di massa» che sostituisce le modalità comunicative tradizionali, storicamente contraddistinte dalla verticalità e unidirezionalità del-

[179] Cfr., in particolare, J. LYOTARD, *La condition postmoderne* (1979), trad. it. *La condizione postmoderna,* Milano 2012, pp. 9 e ss. e A. TOURAINE, *Critique de la modernité* (1992), *Critica della modernità,* Milano, 1993, pp. 174 e ss.

[180] Sulle modalità di funzionamento della rete informatica v. anzitutto V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica,* in *Enc. dir.,* vol. XLIV, Milano, 1992 p. 61, e, con specifico riferimento alla rete internet, come «rete di reti […] priva, a differenza delle comuni reti informatiche, di un "centro"» e, cioè «di una struttura elaborativa centrale in grado di "governare" la circolazione delle informazioni e dei dati», cfr. P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet,* in R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e telecomunicazione,* Padova, 1999, pp. 323 e ss., ID., *Internet, (diritto pubblico),* in *Dig. disc. pubbl., Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2000, Torino, 2000, pp. 347 e ss., nonché, A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico,* Torino, 2008, pp. 9 e ss.

[181] Internet diviene così, uno dei paradigmi della globalizzazione: cfr. N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica,* Napoli, 2007, p. 27, ma nello stesso senso A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia,* Roma, 2002, pp. 12 e ss.

[182] Così, rispettivamente, P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet,* cit., p. 364 e V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica,* cit., p. 81.

la comunicazione[183]. In particolare, a seguito della nascita del Web 2.0, caratterizzato dall'auto-produzione individuale di contenuti, i messaggi virtuali raggiungono ormai un pubblico globale attraverso l'autonoma azione dell'individuo[184].

Entro queste coordinate, riprende quota l'idea di automatica tutela, nel corpo dell'ordinamento, di un diritto ai dati e alle informazioni diffuse tramite la rete internet, aspetto specifico di un'unitaria «libertà di comunicazione», «formula sintetica, che indica la coesistenza di più libertà confluenti e convergenti: alcune espressamente garantite come la corrispondenza e la manifestazione, altre implicitamente desumibili, come quella di informarsi»[185].

Il progressivo processo di convergenza delle telecomunicazioni, che rende possibile veicolare più messaggi differenti (quanto a contenuto, destinatari, etc.) in base ad un'unica infrastruttura di trasmissione, avrebbe evidenziato l'unità del valore sotteso a situazioni apparentemente diverse, consistente nella partecipazione alla vita dell'ordinamento[186]. Le tradizionali fattispecie di libertà (su tutte: libertà di manifestazione del pensiero e libertà e segretezza delle comunicazioni) lascerebbero il posto a un «modello olistico di libertà», che riunisce più situazioni soggettive «esercitate con lo stesso mezzo, […] nello stesso tempo, o in tempi assai ravvicinati»[187].

Eppure, non solo le specifiche caratteristiche delle libertà costituzionali, ma anche la particolare natura della rete, richiedono di mantenere distinte le diverse situazioni soggettive direttamente previste in Costituzione dalle situazioni che non sembrano avere

[183] Sul potere «liberatorio» della rete, come forma di auto-comunicazione di massa, cfr. M. CASTELLS, *Comunicazione e potere,* Milano, 2009, *passim*.

[184] M. CASTELLS, cit. ult., p. 90.

[185] Così, in particolare, A. LOIODICE, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali,* in *Informazione e telecomunicazione,* cit., p. 19, e con sfumature in parte diverse, E. CHELI, *Conclusioni*, in F. DONATI, G. MORBIDELLI, (a cura di) *Comunicazione: verso il diritto della convergenza?* Torino, 2003, pp. 184-185, A. VALASTRO, *I rapporti tra l'art. 15 e l'art. 21 della Costituzione,* in *Informazione e telecomunicazione,* cit., pp. 29 e ss., ID., *La libertà di comunicazione e nuove tecnologie: inquadramento costituzionale e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale,* Milano, 2001, pp. 155 e ss., ma v. anche, pur problematicamente, T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet,* in *Rivista AIC,* 2/2011.

[186] Così A. VALASTRO, *I rapporti,* cit., pp. 38 e ss.

[187] In tal senso T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso,* cit., pp. 2-3.

un autonomo fondamento costituzionale (come, appunto, la libertà di ricevere informazioni, di cui si è detto prima). In effetti, le norme costituzionali sui diritti di libertà non sono regole da applicare secondo la logica del tutto o niente né vaghe enunciazioni di principio. Esse sono clausole di relazione che pongono le premesse materiali per la realizzazione dei valori riconosciuti nelle diverse disposizioni e che, quindi, sottopongono ad un vincolo modale le istituzioni chiamate a intervenire (e legittimate) dalla stessa Costituzione. In questo senso, la scelta positiva di prevedere un'autonoma garanzia, come ad esempio la riserva di giurisdizione nel caso della libertà e segretezza delle comunicazioni, riflette le differenti *rationes* di tutela sottese alle disposizioni costituzionali. Mentre, infatti, la libertà di comunicare riservatamente è proiezione spirituale della persona, naturale completamento della tutela che la Costituzione offre alla sfera intima dell'individuo, la libertà di manifestazione del pensiero è riconosciuta per garantire anche la partecipazione della persona umana alla creazione della sfera pubblica. Non solo: il rilievo di un'olistica "libertà di comunicazione" sembra sovrastimare il ruolo di internet che pure, nonostante le nuove potenzialità messe a disposizione dell'individuo, rimane pur sempre un mezzo di diffusione del pensiero. In questo senso, «il fatto che la comunicazione in rete estenda le possibilità di esercizio di tali libertà» assume «[…] un rilievo meramente quantitativo, ma non vale in nulla a modificare oggetto e limiti delle libertà stesse»[188].

In fondo, anche chi sostiene la matrice comune delle due libertà si preoccupa, poi, di rinvenire criteri distintivi, dettati anche dalla diversità delle rispettive formule costituzionali. Solo alla libera diffusione delle idee sarebbe, infatti, opponibile il limite del buon costume, in ragione «della marcata "diffusione comunicativa" […] che il prodotto del pensiero assume in tal caso, e dunque della maggiore lesività connessa ai contenuti osceni»; d'altro canto, l'art. 15 Cost. tutelerebbe forme comunicative «qualificate», «caratterizzate dall'adozione di particolari modalità comunicative o comunque dalla volontà di mantenerne riservato il contenuto», in modo

[188] Così M. CUNIBERTI, *Le libertà della comunicazione nello scenario della convergenza,* in ID., (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici,* Milano, 2008, p. 8.

tale da escludere limiti contenutistici o interventi preventivi ovvero interventi urgenti da parte della polizia giudiziaria[189].

Ciò che, allora, pare sicuramente condivisibile è la necessità di distinguere l'art. 21 dalle altre fattispecie di libertà attraverso criteri elastici che, in relazione ai diversi contesti applicativi, possano tradursi in veri e propri *standard* di giudizio: tra questi, oltre al classico discrimine, elaborato dalla dottrina tradizionale, della determinatezza dei destinatari[190], andrebbero indagati l'effettiva volontà (*animus*) dell'autore del messaggio, la ragionevole idoneità del mezzo a mantenere segreto il contenuto della comunicazione e, in particolare, la fungibilità (commutabilità) del/i destinatari/o, da accertarsi attraverso un'indagine qualitativa sulla possibilità concreta che il soggetto passivo diventi mittente all'interno del medesimo rapporto comunicativo[191].

Proprio il concreto funzionamento della Rete induce a non sottovalutare l'autonomo rilievo del mezzo: il web, infatti, basato su un sistema di indirizzi numerici e nomi di dominio, gestiti da un piccolo numero di grandi *corporations* che operano su scala globale e che formano, così, i nodi dominanti della rete[192], riattualizza il rapporto di forza, tipico della società della comunicazione di massa, tra utenti e gestori delle fonti di informazioni. Il singolo utente, infatti, contribuisce al sistema di auto-comunicazione di massa esclusivamente nelle forme e nei limiti predisposti dai gestori.

Ciò nonostante, non pare possa dubitarsi del contributo della rete allo sviluppo delle istanze partecipative della persona e, più in generale, delle sue potenzialità. Da qui la necessità, avvertita da parte della dottrina, di configurare, nelle trame dell'ordinamento, nuove situazioni soggettive: tra queste il diritto di accesso, considerato a volte un diritto sociale che si esaurisce nell'obbligo, gravante sui pubblici poteri, di fornire i mezzi materiali all'individuo per accedere alla banda larga e alla connessione ve-

[189] A. VALASTRO, *op. cit.*, pp. 52-53.

[190] Cfr., in particolare, P. BARILE, E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di),* in *Enc. dir.,* vol. X, Milano 1962, pp. 744 e ss., A. PACE, *Articolo 15,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 13-20. Rapporti civili,* Bologna-Roma 1977, pp. 80 e ss.

[191] Così, ancora, A. VALASTRO, *op. cit.*, pp. 59 e ss.

[192] Per l'espressione, v. M. CASTELLS, *Comunicazione e potere,* cit., p. 80.

loce (secondo la struttura propria dei diritti sociali)[193], altre volte un precipitato del diritto alla neutralità della rete (cd. *net neutrality*), quale pretesa all'accesso (non tanto al servizio, quanto) ai contenuti apparsi sul web senza interventi limitativi del *provider* o della pubblica autorità (secondo una struttura affine alle libertà negative)[194].

Nonostante queste pretese possano dirsi giuridicamente concretizzate in altre esperienze ordinamentali[195], nell'ordinamento italiano non pare possa parlarsi di un diritto di accesso ai servizi di

[193] In tal senso, T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso,* cit., p. 8, ma nello stesso senso, G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella* regulation *della banda dalla larga,* in ID. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Il caso della banda larga*, Napoli, 2010, pp. 9 e ss., ID., *Diritti, regole, Internet,* in *Costituzionalismo.it,* n. 2/2011. Critico rispetto a questa ricostruzione M. CUNIBERTI, che fa propria una classica obiezione liberale ai meccanismi dello Stato sociale. Secondo l'A., la predisposizione di strumenti istituzionali volti a garantire l'effettività della libertà di comunicazione non deve portare ad un assorbimento dello «spazio di libertà» dei soggetti individuali o collettivi «rispetto a intromissioni […] da parte di soggetti pubblici o privati». In altri termini, il rischio sarebbe quello di una sostanziale «amministrativizzazione» delle libertà, favorita dalla «[…] creazione di centri di potere del tutto svincolati da controlli e responsabilità» (M. CUNIBIERTI, cit. ult, pp. 10 e 11).

[194] Per una impostazione generale del problema, cfr., si vuole, C. CARUSO, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di internet*, in G. M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA, *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Madrid, pp. 91 e ss.

[195] Si pensi ad esempio, e per ciò che concerne il diritto ad accedere alla rete, al *Communications Market Acts* finlandese (2009) o alla spagnola *Ley de Economía Sostenible* (2011), detta *Ley Sinde*, che stabilisce la velocità minima garantita della connessione (pari a 1Mbit/s), e che ascrive la fornitura della rete pubblica agli obblighi del «servizio universale». Per quanto concerne, invece, il diritto alla neutralità della rete la mente corre alla pronuncia della Corte Suprema statunitense (*Reno v. American Civil Liberties Unions, 521 U.S. 844* [1997]), che ha dichiarato illegittime le previsioni del *Communications Decency Act* del 1996, tra cui quelle che imponevano l'adozione di filtri atti a limitare l'accesso al traffico di materiale osceno e indecente, perché dirette al contenuto dell'espressione *(content based*) e perciò vietate dal Primo Emendamento della Costituzione americana. In quest'ambito si inserisce la decisione del Consiglio Costituzionale francese (*Décision n. 580-2009*), che ha dichiarato incostituzionali, per violazione della riserva di giurisdizione in materia di libertà pubbliche, quelle previsioni della *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* (cd. legge Hadopi) che attribuivano alla autorità amministrativa per la protezione del diritto di autore il potere di escludere dalla connessione gli utenti sorpresi a scaricare files illegali. Sul punto cfr. P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in *Consulta online* (www.giurcost.org).

rete né, forse, di un diritto di accesso ai contenuti on-line. Quanto alla prima situazione soggettiva, questa sembra essere «metafora felice» di «una serie di situazioni eterogenee e strumentali»[196]. La natura di diritto sociale richiederebbe l'individuazione normativa di condizioni, quali la copertura di spesa, l'indicazione dell'ente erogante e dei soggetti destinatari della prestazione, che sembrano ancora lontane dall'essere perfettamente realizzate nello stato attuale dell'ordinamento[197].

Quanto alla seconda situazione soggettiva, se è prematuro individuare, nella trama dell'ordinamento, un diritto di accesso alla banda larga, altrettanto non sembra rinvenibile un diritto soggettivo all'accesso dei contenuti *on-line*. Il problema della neutralità della rete si pone soprattutto con riferimento alla trasmissione e alla memorizzazione di contenuti lesivi del diritto di autore, e alla conseguente possibilità di prevedere, a carico dei *provider,* un ob-

[196] Così P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), p. 10. In senso analogo P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia: Il ruolo della giurisprudenza*, su www.gruppodipisa.it, *contra* G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a internet*, in ID. (a cura di), *Internet Regola e anarchia*, Napoli, 2012, pp. 127 e ss.

[197] L'ordinamento interno, riflette, nel *particulare,* la scarsa attenzione al fenomeno da parte delle istituzioni comunitarie, che con la direttiva 2009/136 CE, di modifica del pacchetto direttive del 2002 sulle telecomunicazioni, non ha incluso l'accesso alla banda larga tra gli obblighi di servizio universale. In effetti, l'art. 30 del d.l. 98/2011, conv. in l. n. 111/2011, non solo ha qualificato la realizzazione delle infrastrutture per la banda larga come semplice servizio di interesse economico generale (escludendo, quindi, che di «servizio universale» si tratti), ma ha semplicemente affidato al Ministero dello Sviluppo Economico l'attività di coordinamento per la realizzazione della connessione a banda larga. Solo l'art. 14 del d.l. n. 179/2012 ha provveduto ad uno stanziamento economico per la realizzazione di una connessione ad una velocità minima di 2mbps nelle zone non ancora coperte da infrastrutture di rete, o comunque soggette a fallimento di mercato. Nel nostro ordinamento sembra valere ancora quanto affermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 307/2004), che nel rigettare un ricorso regionale contro l'istituzione di fondi volti all'acquisizione di personal computer, ha stabilito che la diffusione della cultura informatica rappresenti una semplice «finalità di interesse generale» riconducibile all'art. 9 Cost., volutamente ignorando la tesi, avanzata dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui l'accesso ai mezzi informatici doveva essere considerato «un vero e proprio diritto sociale» strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali.

bligo di adozione di sistemi di filtraggio preventivi[198]. Nonostante l'art. 17.3 d.lgs. 70/2003 affermi una generale esenzione dall'obbligo di sorveglianza sulle informazioni immesse, e imponga al *provider* di agire per eliminare contenuti lesivi dei diritti dei terzi solo a seguito del provvedimento dell'AGCOM o dell'autorità giudiziaria, non è dato ricostruire, *a contrario,* e in assenza di una giurisprudenza consolidata, un diritto direttamente azionabile alla fruibilità dei contenuti *on-line*[199]. D'altro canto, non può non rile-

[198] Il d.lgs. 70/2003 disciplina la responsabilità del *provider*, distinguendo fra attività di mero trasporto, memorizzazione temporanea e memorizzazione permanente (*mere conduit, caching, hosting).* Dopo l'avvento del *web* 2.0 la distinzione legislativa risulta, tuttavia, in parte superata, perché non annovera quelle attività che, pur non consistendo in una immissione diretta di contenuti (cd. *content provider*), conferiscano comunque un ruolo attivo nella gestione degli stessi (cd. *hosting* attivo). In questo contesto di anomia legislativa, i titolari dei diritti di proprietà intellettuale tendono a richiedere provvedimenti gudiziali che impongano l'adozione di sistemi di filtraggio. Su tali vicende e sull'oscillante giurisprudenza di merito cfr. S. CALZOLAIO, *Gli ISP si salvano nel P2P. Ma reggeranno allo streaming?*, sul *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

[199] Parte della giurisprudenza di merito ritiene sufficiente la diffida stragiudiziale della parte privata per fondare un obbligo di rimozione dei contenuti da parte del *provider*, in caso di asserita violazione della normativa sul diritto d'autore (per un esempio, Trib. Milano, 7 giugno 2011 n. *7680 R.T.I. c. Italia on-line*; per altra giurisprudenza, citata criticamente, M. GAMBINI, *Gli hosting providers tra doveri di diligenza professionale e assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011, p. 11 e p. 33, nt 67). Anche le recenti proposte di regolamento «in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica», sembrano andare nel senso di un aggravamento della posizione del *provider*, chiamato ad una prima opera di valutazione della liceità del contenuto *on-line*: si pensi, ad esempio, a quanto previsto nell'allegato b) della delibera AGCom, n. 668/2010/CONS, che addirittura prevedeva la possibilità, a seguito dell'accertamento della violazione delle norme del diritto di autore, di inibire il nome del sito o dell'indirizzo IP dei siti aventi i server localizzati al di fuori dei confini nazionali. Più proporzionate appaiono le soluzioni proposte dall'All. A della delibera n. 398/2011/CONS, che ha non solo introdotto una sorta di «pregiudizialità giurisdizionale» sulle pretese violazioni della normativa sul *copyright* (se iniziato, il procedimento giurisdizionale prevale sempre e comunque sul procedimento davanti all'autorità amministrativa), ma ha anche ampliato il contradditorio davanti all'Autorità, individuando criteri interpretativi che evitino un'eccessiva compressione dell'accesso ai contenuti che abbiano un rilievo didattico, scientifico o, ad esempio, siano rilevanti per l'esercizio del diritto di cronaca. Il provvedimento ha, poi, esteso anche per i siti esteri la rimozione selettiva dei contenuti sembra così coerente con le indicazioni provenienti dalla normativa comunitaria, che richiede che la limitazione all'accesso dei contenuti debba essere «appropriata, proporzionata e necessaria nel contesto di una società democratica»,

varsi come la selezione automatica e preventiva dei contenuti possa costituire una forma di censura privata sul libero scambio delle idee e un conseguente impoverimento del discorso pubblico. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha riconosciuto l'importanza dell'interesse a comunicare e ricevere informazioni tutte le volte in cui i sistemi di filtraggio imposti dalle autorità dei paesi membri comprimano in misura eccessiva e non proporzionata la libera iniziativa economica dei *provider*, configurando, *de facto*, un obbligo di vigilanza in evidente contrasto con la disciplina europea[200].

Peraltro, la rete non pone solo problemi di rimozione dei contenuti diffusi *on-line* o di intervento positivo dei pubblici poteri per la realizzazione di infrastrutture accessibili a tutti. Gli utenti dei servizi di rete subiscono una forte invasione nella propria sfera privata. Le tracce (*cookies*) lasciate dietro di sé consentono, infatti, al fornitore del servizio di risalire ai dati anagrafici, ai tempi e ai luoghi di utilizzazione del servizio e, più in generale a tutte le scelte compiute *on-line* dall'individuo.

Se così è, internet diviene un potente mezzo di classificazione, che da tecnologia di libertà muta in tecnologia di controllo[201] al servizio dei nuovi poteri pubblici e delle istituzioni private che gestiscono i nodi della rete[202].

---

realizzata a seguito di «una procedura preliminare equa e imparziale» che assicuri agli utenti il diritto di partecipare al procedimento (art. 3 *bis,* dir. 2002/21/CE, come modificata da dir. 2009/140 CE). Su tali vicende cfr. A. PIROZZOLI, *L'iniziativa dell'AGCom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica,* in *Rivista AIC,* 2/2011.

[200] Cfr. CGUE, sent. 24 novembre 2011, C-70/2010. La decisione ha rilevato l'incompatibilità con l'art. 15 dir. 2000/31/CE (che esclude, appunto, la sussistenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico del provider) dell'ingiunzione, emessa da giudici belgi nei confronti di un fornitore di servizi, di dotarsi di un invasivo sistema di filtraggio per contrastare la condivisione in tecnica *peer to peer* di files coperti dal diritto d'autore (in senso analogo, cfr. Trib. Roma, IX sez., ord. 2 dicembre 2011). Sulla necessità che gli organismi giurisdizionali degli stati membri adottino, in attuazione dell'art. 11 dir. 2004/48/CE (tutela dei diritti di proprietà intellettuale) ingiunzioni efficaci, dissuasive ma proporzionate cfr. CGUE, sent. 12 luglio 2011, C- 324/09. Per un commento a tali decisioni cfr. S. CALZOLAIO, *Gli ISP si salvano nel P2P*, cit.

[201] Sottolinea quest'aspetto S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione,* Roma, 2004, pp. 134 e ss.

[202] Emblematico a tale riguardo il caso risolto da CGCE, sent. n. 29 gennaio

Secondo il paradosso tipico della società della tecnica, la rete rischia di divenire, da strumento al servizio dell'individuo, un'entità autonoma, che trova una propria dimensione teleologica individuata dagli operatori del Web (nuovi protagonisti, a pieno titolo, della scena globale) antagonista del valore della persona umana[203]. La tecnologia della rete cessa, allora, di essere terreno neutrale di condivisione assiologica, preludio all'avvento di una società orizzontale: la sua neutralità è un semplice «[…] fatto provvisorio» che, in realtà, rimanda a nuove forme di imposizione di valori[204]. In questo contesto, si pone la questione di individuare i

2008, C-275/06, originato dalla richiesta, avanzata da parte di un'associazione di produttori musicali spagnoli (*Promusicae*) nei confronti di un *provider*, di ottenere l'identità e l'indirizzo fisico dei titolari di talune linee responsabili della violazione della normativa del diritto di autore. A parere dei giudici, il diritto europeo non impone agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela dei diritti di proprietà intellettuale, nell'ambito di un procedimento civile, quando siano in gioco i diritti alla riservatezza e alla tutela dei propri dati personali (artt. 7-8 Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea).

[203] Non è questa la sede per soffermarsi sulla descrizione della *governance* globale della rete, disciplinata da un insieme eterogeneo di regole di matrice governative, codici di autoregolamentazione e convenzioni internazionali. Ciò che tuttavia va sottolineato è la tendenza all'autoregolazione delle infrastrutture di rete da parte dei *providers,* magari nell'ambito di istituzioni che operano su scala globale, di natura neo-corporativa e a scarsa legittimazione democratica: ne sono un esempio l'*Internet Corporation for Assigned Names and Number* – ente no profit di diritto privato con sede in California che dal 1998 esercita la cd. Root Authority, e decide nomi e numeri di dominio, allargando o restringendo le zone del Cyberspace; l'*Internet Engineering Task force (IETF),* composta da tecnici e rappresentanti dei fornitori di servizi, che produce regole di standardizzazione (modelli di standard e licenze d'uso); il *World Wide Web Consortium* (W3C), che riunisce tecnici e rappresentanti di providers al fine di formulare raccomandazioni tecniche per la realizzazione delle infrastrutture Web. Su tali aspetti cfr. comunque, C. ROSSELLO, *Commercio elettronico: la governance di internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, pp. 16-22, E. BASSOLI, *Il governo di internet,* in *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione,* cit., pp. 319 e ss., B. CAROTTI, *L'*ICANN *e la governance di Internet,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2007, pp. 681 e ss.

[204] Così, pur da posizioni radicalmente opposte, C. SCHMITT, *Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierung* (1929), trad. it. *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni,* in *Le categorie del politico,* cit. pp. 176 e ss. (per l'espressione citata, p. 182), H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione,* cit. pp. 158 e ss. Così come per il primo l'apparente neutralità della tecnica rimanda ai rapporti di forza presenti nella società in un dato momento storico, sino ad affermare che allo stato attuale «le scoperte tecniche sono strumento di un tremendo

principi costituzionali di indirizzo dell'azione istituzionale che, da un lato, amplifichi le potenzialità del nuovo mezzo e, dall'altro, legittimi l'introduzione di una serie di regole che proteggano la persona rispetto ai poteri privati. Come si vedrà tra poco, la teoria del *discorso pubblico* ambisce a fornire una risposta a tale quesito.

## 7. *La libertà di manifestazione del pensiero tra delimitazioni dogmatiche e teorie "costruttiviste"*

Ciò che sembra mancare, nelle varie elaborazioni teoriche sino a qui passate in rassegna, è la costruzione di una teoria unitaria della libertà di manifestazione del pensiero che superi l'astratta distinzione tra mezzi e contenuto o, ancora, che non si limiti a registrare l'impatto del processo tecnologico sull'esercizio della libertà costituzionale; d'altro canto, come si è tentato di evidenziare già in precedenza con riguardo all'aspetto sostantivo, i tentativi di giungere ad una teoria prescrittiva della libertà, valida in ogni tempo e in ogni luogo, rischiano di irrigidirne dogmaticamente il concetto, sterilizzando le sue potenzialità espansive. E questo non solo per la ragione che, almeno nella dottrina tradizionale, al di là di generiche considerazioni sul sistema politico-istituzionale, nessun rilievo è dato ai contesti sociali entro cui si collocano le prassi applicative; ma anche perché, nel tentativo di fondare il riconoscimento della libertà su un unico o su più valori auto-evidenti, che ne garantissero un'assiomatica posizione privilegiata, sono stati trascurati gli ulteriori interessi che, alla luce delle circostanze del caso concreto, del particolare contesto o momento storico, la libertà di espressione è suscettibile di richiamare. In fondo, come da tempo è stato rilevato con riferimento alla libertà del dissenziente, l'estensione del momento libertario dipende da «soglie di tolleranza variabili da si-

dominio di massa» (C. SCHMITT, *op. cit.,* p. 179), per il secondo «l'*a priori* tecnologico è un *a priori* politico», perché «la trasformazione tecnologica della natura trasforma […] la base del dominio, sostituendo la dipendenza personale […] in dipendenza dell'"ordine oggettivo' delle cose» (così H. MARCUSE, rispettivamente, p. 167, p. 158).

stema a sistema, e nell'ambito di un medesimo sistema, da circostanze mutevoli […] che rendono difficile individuare in astratto le ragioni che inducono a tracciare […] la linea di demarcazione che separa la grande massa» delle opinioni liberamente esprimibili «dall'esigua schiera delle altre nei confronti delle quali scatta la repressione[205]». Forse anche per questo, negli anni, la dottrina italiana ha rinunciato a costruire una teoria organica della libertà di manifestazione del pensiero, preferendo, quanto meno in relazione al suo aspetto contenutistico, discutere della libertà di espressione *a partire* dai suoi limiti. Eppure, con riferimento ai limiti impliciti, il richiamo a «beni di rango costituzionale sempre e comunque opponibili» in funzione di limite al contenuto del diritto, condurrebbe «[…] ad annichilire la libertà di pensiero, dato che la rete degli interessi costituzionalmente rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento». La Costituzione, infatti, non è «un prontuario di "valori" allineati, a caso, l'uno dopo l'altro: essa rimanda a un sistema di principi direttivi, che fra loro si ordinano e si combinano […]»[206] alla luce di teorie generali elaborate a partire dai particolari contesti sociali. I diritti sono (anche) valori; eppure, l'eccedenza in contenuto assiologico delle relative disposizioni costituzionali non comporta una loro automatica "entificazione". I principi morali richiamati dalle libertà costituzionali non sono «cose», «parte dell'arredamento del mondo, cui le disposizioni costituzionali rilevanti fanno, in senso proprio, riferimento»[207].

Anche l'aggancio a limiti logici, tuttavia, non tiene in considerazione le particolari risultanze del caso concreto, scontando una forte arbitrarietà definitoria. In fondo, a parte alcuni classici casi di

---

[205] A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 112.

[206] Così L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali,* in *Quad. cost.*, 1987, p. 11, ma nello stesso senso C. FIORE, *I reati di opinione,* cit. p 89: «di questo passo, della libertà di espressione non rimarrebbe veramente niente visto che non c'è quasi nessun bene-interesse della vita individuale o collettiva a cui, a cui la Costituzione non faccia in qualche modo riferimento».

[207] Così B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti,* Torino, 2002, p. 105, nt. 24.

scuola, la qualificazione di una forma espressiva come mero pensiero da tutelare o quale azione pericolosa da reprimere implica la scelta (in sede teorica, normativa e interpretativa) sul valore da implementare a scapito, di solito, di un'altra istanza con esso concorrente[208]. Anzi, ben può dirsi che l'elaborazione teorica del limite logico non rappresenti altro che il tentativo dogmatico di spostare in avanti, a sfavore dell'individuo, la linea di demarcazione del conflitto sociale tra istanze individuali ed esigenze di autoconservazione dell'ordine politico.

Se, per un verso, il processo di individuazione del limite logico tenta di concentrare l'attenzione sulle *modalità* espressive, disinteressandosi, almeno apparentemente, del *contenuto* delle opinioni, per un altro esso si mostra eccessivamente fiducioso nella asettica possibilità di delimitare l'oggetto del diritto soggettivo. L'astratta entificazione della libertà rischia di perdere di vista, così, il relativo portato di valore: come emerge dalla giurisprudenza di altri ordinamenti sul cd. "discorso simbolico", cioè su quelle espressioni che oltrepassano la mera forma verbale per abbracciare condotte dalla forte valenza evocativa per una data comunità in determinato momento storico[209], la legittimità della repressione penalistica non può essere analizzata esclusivamente alla luce del *tipo* di condotta, ma deve essere valutata in relazione all'intento soggettivo di comunicare un messaggio, al "peso" degli interessi sottesi (rispettivamente: alla libertà costituzionale e all'intervento limitativo), e, in-

[208] Non è un caso che persino chi ha teorizzato i limiti logici abbia fatto ricorso, per giustificare la distinzione tra "parole" e "fatti", a valutazioni assiologiche, che pongono l'interesse alla tutela delle minoranze in posizione sovraordinata rispetto all'esigenza di proteggere il "prestigio" dello Stato, il "sentimento" nazionale o l'ordine pubblico. In questo senso, il tenere a vile, l'incitamento a delinquere o a pratiche antinazionali poiché non tutelano specifici interessi delle minoranze, sarebbero considerate "fatti" liberamente incriminabili dal legislatore penale (così S. FOIS, *Principi costituzionali,* cit., pp. 158 e ss.).

[209] Sul punto, diffusamente, E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e suoi limiti: tra teorie e "prassi"* Torino, 2008, pp. 59 e ss. Secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, il *symbolic speech* è un «primitivo ma efficace modo di comunicare idee», una «scorciatoia» per la creazione di un nesso comunicativo «di pensiero in pensiero». Così *West Virginia State Board of Education v. Barnette,* 319 U. S. 624 (1943), con cui la Corte dichiarò incostituzionale l'obbligo del saluto, imposto dall'autorità scolastica, alla bandiera nazionale.

fine, all'oggettiva decifrabilità comunicativa dell'azione da parte di chi vi assiste[210].

La questione, allora, più che nell'individuazione astratta dei limiti (opponibili dall'esterno o dall'interno, implicitamente o logicamente, qui poco importa) sta nel «giudizio di prevalenza o soccombenza del valore in concreto» e, quindi, nel bilanciamento degli interessi nell'ambito di un determinato contesto sociale[211].

D'altro canto, la dottrina della libertà di espressione non può essere risolta, esclusivamente, in una questione di bilanciamento: l'assenza di un solido paradigma teorico rischia di lasciare al giudizio sapienziale dell'interprete la scelta sull'interesse da premiare, traducendo l'apertura ai valori dei diritti di libertà in formule vuote che consentono la più ampia discrezionalità interpretativa. Se le disposizioni costituzionali sui diritti di libertà incorporano anche concetti di valore, l'incommensurabilità di questi ultimi necessita di apposite specificazioni che li configurino come ragioni *pro* o *contra* «linee alternative di azione in situazioni di scelta»[212]. Questo processo di concretizzazione richiede che l'interprete "aggiudi-

[210] Negli Stati Uniti, la prima formulazione di *test* cui sottoporre le regolazioni del discorso simbolico si è avuta in *U.S. v. O'Brien*, 391 U.S. 367, p. 377 (1968), che confermò la condanna di un cittadino per aver dato fuoco alla propria cartolina di precetto nell'ambito di una manifestazione pacifista contro la guerra del Vietnam. Il *test* si compone di un giudizio triadico, relativo alla generica finalità della misura (l'intervento non deve mirare alla soppressione del momento strettamente comunicativo), all'interesse perseguito dal legislatore e, qualora vi sia comunque una incidentale restrizione libertà di espressione, alla sua proporzionalità. Quando, tuttavia, la misura regolativa abbia ad oggetto il contenuto comunicativo della condotta, e quindi incida su un interesse tutelato dal Primo Emendamento, lo *standard* enunciato in *O'Brien* cede il passo ad uno scrutinio stretto: così, ad esempio, in *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397, pp. 403-404 (1989) (ripresa da *U.S. v. Eichman* 496 U.S. 310 [1990]), l'intento comunicativo dell'atto di bruciare la bandiera nei pressi della *convention* presidenziale del Partito Repubblicano evidenzia la *ratio* autoritaria di una legge che mirava a unificare, attraverso la tutela dei simboli, il sentimento nazionale e l'integrità della nazione. Sul *flag burning* cfr. R. NANIA, *La Corte suprema, la libertà di espressione delle idee ed il pubblico* flag burning, in *Giur. cost.,* 1990, pp. 1750 e ss.

[211] Così P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero,* cit. pp. 83-84, forse il primo tra i costituzionalisti italiani a intuire che il problema dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero fosse anche un problema di «ragionevole bilanciamento». Nello stesso senso C. FIORE, *I reati di opinione,* cit. p. 90.

[212] B. CELANO, *Pluralismo etico, particolarismo, e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico,* in *Ragion pratica,* 2006, p. 134.

chi" il particolare diritto sulla base di una fondazione morale, di un *set* di principi di natura etico-politica che giustifichino una data interpretazione[213], e di precisi *standard* di giudizio che consentano di applicare le «considerazioni generiche, vaghe, indeterminate, espresse dalle disposizioni costituzionali»[214].

In questo senso, allora, la specificazione del diritto di libertà postula, a monte, una particolare teoria etico-politica che fornisca i criteri di razionalità sostanziale cui l'interprete deve far riferimento al momento della soluzione di controversie concrete. In effetti, l'opera di ricostruzione del diritto fondamentale è influenzata «dalle domande che poniamo alla dottrina oggetto di interpretazione, dai problemi la cui soluzione ci preme, e dagli assunti dai quali, consapevolmente o meno, prendiamo le mosse»[215].

D'altro canto, là ove sono stati compiuti tentativi di fornire una strutturata teoria politico-istituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, non sono mancati eccessi "costruttivisti", che hanno prefigurato un'irrimediabile compressione della natura contro-maggioritaria del diritto di libertà.

Si pensi, ad esempio, alla teorie che mettono in stretta connessione la tutela della *freedom of speech* con il processo democratico di autodeterminazione collettiva[216]: il nesso tra libertà di manife-

---

[213] Sulla *moral reading* delle libertà fondamentali cfr. R. DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise,* in ID., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution,* Oxford, 1996, p. 2.

[214] Così B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto,* in *Filosofia politica,* 2005, p. 432.

[215] B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti*, cit., p. 102. Per questo, allora, l'*adjudication* dei diritti fondamentali è molto spesso un'operazione erculea: perché presuppone una «teoria costituzionale sotto forma di un complesso insieme di principi e *policies* che giustifichino il sistema di governo […], facendo riferimento contemporaneamente alla filosofia politica e alle particolarità della sua istituzione. [Il giudice] [d]eve produrre teorie plausibili giustificando i diversi aspetti dello schema e mettendo a confronto queste teorie con l'istituzione. E quando il test del confronto si sarà concluso, dovrà elaborare i concetti controversi elaborati dalla teoria scelta». Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 164.

[216] Cfr. A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, New York, 1960, ID. *The First Amendment is an Absolute,* 1961 *Supreme Ct. Rev.* 245 (1961). Gli assunti meiklejohniani sono stati sviluppati da O. M. FISS, *Free Speech and Social Structure,* 71 *Iowa Law Review,* 1405 (1986), ID.

stazione del pensiero e principio democratico dell'autogoverno rimanderebbe al legame tra diritto ad essere informati dei cittadini e formazione di maggioranze che consentano una deliberazione "saggia" e consapevole da parte della comunità politica[217]. In questo senso, la libertà di manifestazione del pensiero sarebbe finalizzata, soprattutto, all'esercizio consapevole del diritto di voto, a nulla rilevando la mera preferenza individuale sull'opinione da esprimere: ciò che conta, infatti, è che vi sia un dibattito sui «comuni bisogni dei componenti del corpo politico»[218]. L'approccio teorico trova un'eco nel pensiero nella visione dei Padri costituenti statunitensi e, in particolare, di James Madison. In un sistema ove è il popolo ad essere titolare della «absolute sovereignty»[219], l'essenza del «free government» riposa nella rappresentanza politica; a sua volta, l'efficacia del «right of electing» dipende dall'eguale libertà di discutere ed esaminare i «[…] comparative merits and demerits of the candidates of the public trust»[220]. In una sfera pubblica parziale, ove siano ammesse solo alcune opinioni, magari favorevoli a chi già ricopre cariche pubbliche, la scelta elettorale non sarebbe consapevole e quindi realmente libera perché coercitivamente orientata verso le posizioni politiche di quei candidati non soggette a revisione critica. La risposta madisoniana al *Sedition Act*[221] individua un nesso inscindibile tra libertà di espressione e sovranità popolare: l'individuo, attraverso la libera partecipazione al discorso pubblico, contribuisce alla creazione del "government by discussion", di un sistema, cioè, che trova la propria legittimazione nella discussione critica di temi di interesse generale.

---

*Why the State,* in 100 *Harv. L. Rev.* 781 (1987), e da C. R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech,* cit., pp. 241 e ss.

[217] A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom,* cit. ult., p. 26.

[218] A. MEIKLEJOHN, cit. ult., p. 55.

[219] J. MADISON, *States' Rights and Freedom of Expression, Report on the Virginia Resolutions, January 7, 1800 (1800*), in ID., *Selected Writings of James Madison,* Indianapolis-Cambridge MA, p. 254.

[220] J. MADISON, *States' Rights and Freedom of Expression*, cit. ult., p. 263.

[221] Madison esprime la sua particolare visione della libertà di espressione nel *Report* di accompagnamento della Risoluzione dello Stato della Virginia, che chiedeva al governo centrale di non dare esecuzione all'*Alien and Sedition Act* (1798), che sanzionava, sino allo spirare della *sunset clause* (1801), le critiche sediziose nei confronti degli organi costituzionali degli Stati Uniti.

Il riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero preluderebbe, così, ad un particolare modello di democrazia deliberativa fondata su un libero confronto tra eguali genuinamente interessati a raggiungere un accordo sul bene comune. Questo sistema, basato sul dibattito piuttosto che sulla mera negoziazione di interessi dati[222], trova il proprio precedente storico nei *town meeting* dell'America coloniale, che rimandano a un modello cooperativo ove un determinato gruppo di persone agisce di intesa per decidere su un medesimo fine in base a una «discussione regolata e responsabile»[223]. L'esempio della riunione cittadina richiede una struttura organizzativa basata su interventi programmati relativi ad oggetti condivisi, entro limiti spazio temporali ben definiti: se il fine ultimo è una decisione "saggia" sul bene comune, ciò che essenziale, infatti, non è che a ciascuno sia riconosciuto il diritto di parola, ma che tutto ciò che *meriti* di essere riferito possa essere detto[224]. Il significato della libertà di espressione non è rappresentato dal discorso urlato del *quisque de populo* sullo sgabello di *Hyde Park Corner* ma è, piuttosto, quello di un parlamento o di un congresso, ove un gruppo di uomini liberi ed eguali cooperano per un risultato comune; l'esercizio della libertà di espressione non richiama, infatti, la necessità del conflitto senza regole («free for all»), ma dell'autogoverno («self-government»)[225].

---

[222] C. R. SUNSTEIN, *Democracy*, cit., p. 242. Nel processo decisionale basato sul compromesso e sulla mera aggregazione di interessi le parti mirano a raggiungere un accordo vantaggioso, attraverso reciproche concessioni a partire da preferenze statiche, che non evolvono nel corso della discussione; viceversa, nella deliberazione basata sul dibattito, le preferenze individuali si definiscono durante il libero confronto, perché gli «individui muovono verso un esito consensuale interrogandosi sulla natura e sul valore di tali idee». Così P. PETIT, *Il repubblicanesimo,* cit., pp. 224-225. Per una critica alla concezione "repubblicana" di democrazia, pur da una prospettiva deliberativa, cfr. J. HABERMAS, *Tre modelli di democrazia*, in ID., *Die Einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996), trad. it. *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002, p. 241. Secondo l'A., il concetto di politica deliberativa non può ridursi alla reciproca comprensione etica ma deve includere il compromesso sugli interessi concreti e la verifica sulla coerenza giuridica delle scelte politiche.

[223] A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom*, cit., p. 25.

[224] A. MEIKLEJOHN, *ibidem*: «[w]hat is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said».

[225] A. MEIKLEJOHN, *ibidem.*

L'autonomia dello *speaker* è, quindi, postergata all'interesse dell'uditorio ad ascoltare interventi su questioni di pubblico interesse. La libertà di espressione non implica, allora, il godimento di un «unalianable right to speak whenever, wherever, however he chooses»: lungi dall'essere un diritto «unqualified», l'*ubi consistam* della libertà sta nell'esposizione di diverse linee d'azione su una determinata questione politica[226]. Questa lettura, di cui non mancheranno sviluppi, sul piano contenutistico, in senso particolarmente restrittivo[227], implica una funzionalizzazione forte della libertà di manifestazione all'ideale deliberativo, che impone un intervento del pubblico potere ogni qual volta sia necessario salvaguardare le condizioni del libero processo di autodeterminazione collettiva[228]. Non solo, dunque, quando la sfera pubblica sia soggetta all'influenza distorsiva di forze sociali esterne anti-democratiche ed anti-egualitarie (come, ad esempio, il mercato[229]), ma anche nei casi in cui il particolare contenuto espressivo possa scoraggiare la partecipazione di alcuni soggetti alla sfera pubblica[230]: la scelta individuale di manifestare il proprio pensiero, entrando così nell'agone del discorso pubblico, è subordinata al soddisfacimento di un livello minimo di qualità del dibattito, che risulta necessario per assicurare la correttezza delle procedure di autogoverno.

Questa impostazione non solo sacrifica il momento difensivo della libertà di espressione, come protezione dell'individuo dagli abusi del potere pubblico, ma sottostima l'importanza dell'autonomia individuale: in base a tale prospettiva, è l'interesse ad essere informato il fondamento sostanziale alle procedure democratiche rette

---

[226] A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom*, cit., pp. 25, 26. Qualche tempo dopo, lo stesso A. rivedrà in parte la sua posizione, allargando la protezione alle espressioni artistiche, scientifiche o letterarie che siano comunque connesse alle procedure di autogoverno (cfr. A. MEIKLEJOHN, *The First Amendment*, cit., pp. 256-257).

[227] Cfr. R. BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problem,* in 47 *Indiana L. J.* 1, pp. 20, 29-30 (1971), che riteneva esulassero dal *political speech* non solo espressioni «letterarie» o «scientifiche», ma anche l'apologia di delitto o la propaganda sovversiva.

[228] O. M. FISS, *Free Speech,* cit., p. 1416.

[229] O. M. FISS, *Why the State?*, cit., p. 790.

[230] Con riferimento al discorso razzista, O. M. FISS, *The Irony of Free Speech,* cit. *supra*, § 4.

dal principio di maggioranza, perché ciò che rileva è, esclusivamente, il modo con cui la deliberazione maggioritaria si forma, non già la scelta individuale di partecipazione al discorso pubblico[231].

Tale ricostruzione del sistema della libertà di espressione mira, in fondo, a una selezione qualitativa dei contenuti espressivi. Senonché, proprio la pretesa di scindere le pratiche o le opinioni distorsive da ciò che, invece, merita tutela costituzionale, tradisce una sorta di elitismo morale rigidamente "fondazionista", che delimita *a priori* i confini dello spazio pubblico a seconda di ciò che è considerato "buono", "giusto", "saggio" per la collettività[232].

Se una costruzione teorica della libertà di espressione non può mancare, questa deve essere necessariamente debole, perché consapevole dell'impossibilità di risolvere tutti i «problemi pratici» della libertà di espressione «preventivamente ed in via di logica astratta»[233], attraverso una «teoria organica, […] completa, cogente e irrivedibile»[234]. In effetti, la libertà di manifestazione del pensiero si sottrae al tentativo di un'immutabile predeterminazione: è ambiguamente contraddittoria perché riflette, nel particolare, l'universo concettuale della Costituzione liberaldemocratica, che si colloca al bivio tra i processi di unificazione politica e la cornice pluralista dei valori richiamati nel testo costituzionale.

L'art. 21 Cost., infatti, richiama senz'altro un contenuto di valore, che non è però oggettivo o aprioristicamente determinato, ma

---

[231] Negli Stati Uniti hanno insistito su una concezione individualistica della libertà di espressione, da esercitare in vista dell'autorealizzazione della persona, C. E. BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech,* Oxford, 1989, pp. 47 e ss., M. H. REDISH, *Freedom of Expression: a Critical Analysis,* Charlottesville, 1984, pp. 14 e ss.

[232] Da cui discende una svalutazione assoluta del principio di autonomia individuale: non è un caso che lo stesso O. M. FISS, in *State Activism and State Censorship,* in 100 *Yale L. J.* 2087 (1991), p. 2101, assimili le scelte dello Stato sul discorso pubblico alle decisioni prese dai «great techaers of the universities of this nation every day of the week». Come osserva R. C. POST, *Constitutional Domains,* cit., p. 429, nt. 38, «è profondamente inconsistente con il principio di legittimazione democratica trattare i cittadini come fossero allievi del proprio governo […]. La democrazia concepisce i propri cittadini non come discenti che devono essere guidati da uno stato benefattore, ma come persone libere e indipendenti capaci di decidere dei loro destini».

[233] Cfr. L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione,* cit., p. 11.

[234] C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., p. 80.

deve essere definito a partire dal contesto istituzionale, dagli equilibri procedurali delineati dalla Costituzione e dalle evoluzioni della cornice storica di riferimento. Come si è già cercato di evidenziare[235], i diritti posti dalla Carta costituzionale aspirano, inevitabilmente, ad orientare verso credenze e paradigmi propri della razionalità sostanziale la comunità politica, ma richiedono, altresì, una realizzazione procedurale, secondo i crismi della razionalità formale. Posto che le disposizioni sui diritti di libertà riflettono, in maniera espressa, quell'aspettativa di unificazione intorno ai valori da realizzare secondo procedure costituzionalmente definite, ciascun principio enucleato dalla dottrina, a partire dal riconoscimento costituzionale della libertà di manifestazione di pensiero, è capace di riflettere, *pro parte sua*, il sistema dei valori costituzionali astrattamente compatibili con il dato costituzionale (ad esempio: la lettura individualista richiama il principio personalista, il principio contromaggioritario riflette il carattere democratico-rappresentativo, il principio della libera utilizzazione dei mezzi di diffusione è esplicazione del principio della libera iniziativa economica e dell'autorealizzazione individuale connaturale anche all'art. 21 Cost.). Per questo la libertà di manifestazione del pensiero si inserisce a pieno titolo lungo il crinale, ontologicamente contraddittorio, degli ordinamenti liberaldemocratici, orientati verso l'unificazione in nome dei valori ma scossi, contestualmente, dalle tensioni centrifughe innescate dal conflitto pluralista; una contraddizione che può essere rappresentata non solo in termini istituzionali, come conflitto tra istituzioni legittimate democraticamente e plessi giurisdizionali, ma anche secondo relazioni comunicative di natura sociologica, che focalizzano l'inevitabile sovrapposizione tra le norme di azione giuridicamente istituzionalizzate, risultato di una data organizzazione giuridica, e le norme culturali imposte dalle singole comunità che popolano la galassia della società pluralista.

I criteri prescrittivi attraverso i quali declinare la libertà di manifestazione del pensiero devono soddisfare il postulato di coerenza con la connaturata apertura procedurale dell'ordinamento, miran-

[235] Cfr. *supra,* cap. I.

do a riconciliare la naturale tensione personalista con il decisivo contributo ai processi di autogoverno democratico.

### *7.1. Neutralità e apertura del discorso pubblico: esigenze difensive e istanze partecipative*

La cornice teorico-generale può essere offerta, pertanto, da quelle correnti di pensiero (in molti casi, di chiara ascendenza neo-repubblicana e co-fondazionista[236]), che tentano di dissolvere la tensione tra *self-rule* (autogoverno) e *rule of law* (governo della legge) attraverso la partecipazione individuale ad un pubblico processo comunicativo, di natura «giusgenerativa» che, in un processo circolare di legittimazione, riesca a fondare un esercizio dei diritti condiviso[237].

---

[236] Il riferimento va, in questa sede, a quella corrente del repubblicanesimo che, a partire dalle tesi di Q. SKINNER, *The idea of negative liberties: philosophical and historical perspectives*, in R. RORTY, J. B. SCHNEEWIND, Q. SKINNER (eds.), trad. it. *Philosophy in History*, Cambridge, 1984, pp. 193 e ss., ID., *The Republican Ideal of Political Liberty*, in G. BOCK, Q. SKINNER, M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, 1993, pp. 293 e ss., pone al centro della propria riflessione teorica il rapporto tra libertà individuale e autogoverno, tentando di conciliare la pretesa alla sicurezza dei propri beni (materiali e immateriali) con la partecipazione individuale al governo della *res pubblica*. Per tale impostazione, pur con sfumature diverse, F. I. MICHELMAN, *Law's Republic,* in 97 *Yale L. J.,* 1493 (1988), C. R. SUNSTEIN, *Beyond the Republican Revival*, 97 *Yale L.J.* 1539 (1988), P. PETIT, *Il repubblicanesimo,* cit.

[237] In questo senso, cfr. F. I. MICHELMAN, *Law's Republic,* cit., spec. pp. 1526-1527, ID., *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan,* Bari, 2004, pp. 61 e ss., ma per un'analoga impostazione continentale, cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., pp. 128 e ss., 316 e ss., che pure si pone in senso critico rispetto al particolarismo etico di Michelman. Per HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., p. 340, infatti, il problema della legittimità dell'azione politica non può risolversi nella mera adesione collettiva a interessi e orientamenti di valore costitutivi dell'identità di una data comunità politica, ma dal rispetto stesso del procedimento democratico: «una concezione coerentemente procedurale della costituzione scommette sempre sul carattere intrinsecamente ragionevole delle procedure democratiche su cui poggia la presunzione di produrre risultati ragionevoli». E questo per la distinzione, cardine nel pensiero habermasiano, tra l'etica (particolare e comunitarista) e la morale (che risponde a valori universali di ragione). In particolare, secondo J. HABERMAS, *Diritto e morale (*Tanner Lectures*),* in *Diritto, morale, politica*, Torino, 1992, pp. 30 e ss., vi è un rapporto di inclusione strutturale tra diritto e morale: «[n]ei discorsi giuridici il trattamento argomentativo delle questioni pratico-morali, per così dire, imbrigliato dalla isti-

Tutti i diritti fondamentali, infatti, pongono le condizioni per un'azione comunicativa orientata all'intesa razionale. Il «principio di discorso assume la forma di principio democratico solo attraverso un'istituzionalizzazione giuridica»; il principio democratico, a sua volta «[…], fornisce forza legittimante al processo della produzione giuridica», creando un intreccio indissolubile «tra principio di discorso e forma giuridica». Questo legame va «inteso nei termini di una *genesi logica dei diritti*» che «parte dall'applicazione del principio di discorso […] e […] finisce nell'istituzionalizzazione giuridica delle condizioni per l'esercizio discorsivo dell'autonomia politica, cioè dell'autonomia con cui possiamo sviluppare giuridicamente a posteriori un'autonomia privata dapprima posta solo in termini astratti». La genesi logica dei diritti «forma un processo circolare, all'interno del quale il codice giuridico e il meccanismo generativo di diritto legittimo (cioè il principio democratico) si costituiscono fin dall'inizio *cooriginariamente*»[238]. La funzione dei diritti fondamentali non riflette esclusivamente il paradigma giuridico liberale e, dunque, la necessità di difesa di «cittadini privatamente autonomi dalle intromissioni del potere statale». Nello Stato costituzionale «l'autonomia privata […] viene a dipendere dal modo e dalla misura in cui i cittadini sono effettivamente in grado di esercitare i diritti comunicativi e politico-partecipativi dello Stato democratico»[239].

Attenuata la rigida distinzione tra aspetto negativo e profilo positivo della libertà, tra pretesa passiva di non subire limitazioni nella azione comunicativa individuale e pretesa attiva di partecipazione, il riconoscimento della libertà di espressione allarga, anzitutto, gli spazi dell'autonomia individuale attraverso la libera scelta

---

tuzionalizzazione giuridica […] circoscritta metodologicamente dal vincolo col diritto vigente». In questo modo, «[…] l'argomentazione morale viene istituzionalizzata come un procedimento aperto che, ubbidendo a una sua logica, diventa in grado di controllare la propria razionalità. Il quadro giuridico-costituzionale non invade il meccanismo dell'argomentazione morale, facendo sì che questa si blocchi quando raggiunga i confini del diritto positivo» (ivi, p. 37). Sul dualismo deliberativo di Michelman v. anche C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione,* cit., pp. 172 e ss.

[238] Così J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., p. 147 (corsivi nel testo).

[239] J. HABERMAS, cit. ult., p. 313.

del contenuto espressivo. La manifestazione del proprio pensiero contribuisce a creare un *discorso pubblico*, una struttura di comunicazione che pone le premesse per un processo politico di riconciliazione dei cittadini[240]. In altri termini, la libertà di espressione implica l'apertura di interazioni comunicative che forniscono la struttura di uno spazio di discussione ove si svolgono processi di identificazione collettiva; uno spazio che, per adempiere alla propria funzione, deve rimanere il più possibile libero dalle restrizioni imposte dal pubblico potere per la propria autoconservazione (il pubblico potere che agisce quale autorità) ovvero per tutelare quelle organizzazioni sociali che contribuiscono a delineare l'identità dell'individuo attraverso l'imposizione di regole culturali (il pubblico potere che agisce quale tutore delle comunità). Poiché il discorso pubblico crea le premesse per un'identificazione condivisa dei cittadini, che trovano nella neutralità della sfera pubblica lo spazio di una reciproca comprensione politica[241], ogni restrizione della libertà di manifestazione del pensiero deve essere concepita non solo quale forma di compressione del principio difensivo e contro-maggioritario (sotteso ad ogni diritto di libertà), ma anche come chiusura dei canali di partecipazione alla vita democratica dell'ordinamento.

Il carattere politico e partecipativo della libertà di manifestazione del pensiero ne definisce il peso specifico e la relativa posizione nel sistema dei diritti fondamentali. Il suo esercizio prelude alla formazione del discorso pubblico, fondamento sostanziale di un sistema democratico basato su un'organizzazione procedurale fondata sul principio di maggioranza. Nella neutralità del discorso pubblico, infatti, il volere individuale si riconcilia con la volontà generale (*rectius*: con la volontà della maggioranza dei cittadini)[242]:

---

[240] Così R. C. Post, *Constitutional Domains,* cit., pp. 7, 191 e ss.

[241] Così R. C. POST, cit. ult., p. 186.

[242] Come rileva F. I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario*, cit., p. 106, «l'esigenza di un dibattito pubblico senza restrizioni è un prerequisito necessario della legittimità del potere politico». Nello stesso senso P. PETIT, *Il repubblicanesimo*, cit., p. 48. Michelman corregge, in senso sostanziale e debolmente "fondazionista", la pretesa di fondare la democrazia costituzionale su basi esclusivamente procedurali. Questa notazione segna una fondamentale differenza tra la teoria democratica di matrice repubblicana, che implica, nel concetto di au-

compromesso, tuttavia, che non è mai perfettamente realizzato ma che rimane il fine verso cui tendere idealmente, per evitare la chiusura dell'universo di discorso e la nascita di un sistema con tendenze, inevitabilmente, autoritarie. Il confronto aperto, libero e eguale delle preferenze e delle opinioni individuali segna il sistema democratico in senso recettivo rispetto alle sensibilità e agli orientamenti dei cittadini, che contribuiscono a modellare l'ordine sociale secondo i valori di riferimento della persona[243]. L'*etica* del discorso individua uno spazio ove «chi vi partecipa […] si sente libero di introdurre nel dialogo i dilemmi e i conflitti del proprio mondo della vita senza alcuna restrizione»[244]. Apertura e neutralità del discorso pubblico creano le premesse per uno spazio sociale di condivisione naturalmente orientato al cambiamento e alla rigenerazione sociale, che conforma un particolare tipo di comunità politica retta dal principio di discorso e fondata su relazioni sociali di natura comunicativa.

Se apertura e neutralità rispetto alle opinioni espresse integrano le coordinate dello spazio democratico-discorsivo, quest'ultimo entra necessariamente in conflitto con quelle strutture sociali organizzate per la soddisfazione di interessi non in linea con il principio di discorso: anzitutto, con le comunità culturalmente orientate, rette da relazione statiche di mutuo riconoscimento, e finalizzate alla

togoverno, l'accettazione condivisa dei valori fondamentali di un dato ordinamento e la *responsive democracy* di Post, che richiede esclusivamente il rispetto di norme di procedura, tra cui, appunto, la subordinazione delle decisioni istituzionali all'interazione comunicativa dei cittadini.

[243] R. C. POST, cit. ult., p. 188. In questo senso, la teoria del discorso pubblico costituisce un'evoluzione, in senso democratico, del principio della libera discussione e del *marketplace of ideas,* teorizzata da J. S. MILL, *Sulla libertà,* cit., pp. 69-179. L'apertura del dibattito pubblico consente non solo di sottoporre a continua verifica verità consolidate, ma anche di garantire la comprensione sociale delle altrimenti destinate a irrigidirsi in sterili ed inefficaci (perché percepiti come etero-imposti) dogmi: «quando la dottrina viene ereditata, ricevuta passivamente e non attivamente, […] allora si registra una tendenza progressiva a dimentica ogni aspetto della dottrina tranne le formule, o a tributarle un consenso ottuso e apatico, come se l'accettazione per fede dispensasse dalla necessità di comprenderla consapevolmente o di saggiarla attraverso l'esperienza personale; fino al punto in cui essa giunge a perdere quasi ogni connessione con la vita interiore dell'uomo» (ivi, pp. 138-139).

[244] S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale* cit., p. 33.

conservazione dell'identità imposta ai propri componenti dalla comune appartenenza culturale; in secondo luogo, con i sistemi sottoposti alla conformazione della pubblica autorità, rispondenti alle regole dell'efficienza funzionalistica, strumentale alla autoconservazione del pubblico potere. Il contrasto tra questi sottosistemi è inevitabile perché, mentre comunità e autorità tendono, rispettivamente, al mutuo rispetto dei propri membri e alla conservazione del sistema che esercita il monopolio della forza, la struttura del discorso pubblico è socialmente orientata al conflitto e al cambiamento.

Da tali premesse deriva la sostanziale inconciliabilità della teoria costituzionale del discorso pubblico con quelle impostazioni eccessivamente concentrate sul momento deliberativo, basate su un modello democratico di natura totalizzante, che sottostimano il pluralismo sociale e le diverse interazioni critiche ad esso correlate e che celano, in fondo, anche derive autoritarie, nel momento in cui finalizzano la libera discussione alla deliberazione orientata al bene comune[245]. La teoria del discorso pubblico, quindi, non coincide con la funzione che svolge, in alcune ricostruzioni, il concetto di «ragione pubblica», intesa come dibattito tra eguali cittadini intorno «agli elementi costituzionali essenziali» e ai problemi fondamentali di giustizia del sistema[246], fonte di legittimazione del potere politico: se l'esercizio del potere «deve essere legittimo, l'ideale di cittadinanza impone […] il dovere […] morale […] di essere pronti a spiegare l'uno all'altro, riguardo a tali questioni fondamentali, come i principi e le scelte politiche da essi difesi e votati possano trovare un sostegno nei valori politici della ragione pubblica». Tale dovere implica una generale disponibilità ad ascoltare gli altri con atteggiamento di apertura mentale «quando si tratta di decidere se è ragionevole far loro qualche concessione»[247]. Senon-

[245] Cfr. *supra*, § 7.1.

[246] J. RAWLS, *Political liberalism,* (1993), trad. it. *Liberalismo politico,* Milano, 1994, p. 184.

[247] J. RAWLS, *Liberalismo politico,* cit., pp. 186-187. Secondo Rawls, ivi, p. 195, gli elementi costituzionali essenziali attengono ai «principi fondamentali che specificano la struttura generale del governo e il processo politico – poteri dell'esecutivo, del legislativo e del giudiziario, ambito della regola di maggioranza», agli «uguali diritti e libertà fondamentali di cittadinanza, che le maggioranze

ché, proprio l'oggetto della ragione pubblica, limitato a «questioni fondamentali come chi abbia il diritto di voto, quali religioni debbano essere tollerate, a chi si debba garantire un'equa uguaglianza delle opportunità, chi debba possedere proprietà […]»[248], evidenzia l'irriducibilità teorica del principio di ragione al principio di discorso. Nel discorso pubblico, infatti, la selezione contenutistica è eccezionale, perché ad essere inclusi sono tutti gli argomenti e le idee che soddisfano l'esigenza di auto-realizzazione individuale. Il principio di discorso ammette non solo la «pari opportunità per i partecipanti di introdurre ogni argomento» ritenuto soggettivamente rilevante, ma anche la stessa possibilità di ridefinire le regole dell'agenda discorsiva[249]. La ragione pubblica ammette, invece, solo quei temi di discussione su cui, attraverso il libero confronto, cittadini liberi eguali potranno convergere verso uno stabile, reciproco «consenso per intersezione»[250]. Il principio di ragione rimanda, quindi, a un foro particolarmente ristretto, ove partecipano solo soggetti razionali, individui cioè orientati al perseguimento di fini e interessi specifici nell'ambito di principi e criteri di mutua cooperazione generalmente accettati[251]. Al contrario del principio

legislative devono rispettare», al «diritto di voto e di partecipazione attiva alla politica, libertà di coscienza, di pensiero e associazione, protezione del governo della legge».

[248] J. RAWLS, cit. ult., p. 184.

[249] Cfr. S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., p. 147, che critica la natura particolarmente ristretta del rawlsiano «foro di ragione», proponendo un modello democratico-deliberativo aperto e inclusivo, fondato sui principi del rispetto universale e della reciprocità egualitaria.

[250] Secondo J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., pp. 123 e ss., l'accordo su «certi diritti e libertà fondamentali» istituzionalizza, altresì, un dissenso sul «contenuto e sugli esatti limiti di tali diritti». In questo senso, il consenso sugli elementi costituzionali essenziali è finalizzato alla costruzione di un «consenso per intersezione» (*overlapping consensus*) su questioni morali, definito nell'arena pubblica attraverso il reciproco confronto politico.

[251] L'agente ragionevole è la persona che desidera come fine in sé «un mondo sociale nel quale possono cooperare da individui liberi e uguali con altri persone, a condizioni accettabili per tutti». L'agente razionale guarda, invece, ai propri fini e alle scelte dei mezzi per raggiungerli. All'interno «dell'idea di equa cooperazione il ragionevole e il razionale sono […] nozioni complementari […]» perché riflettono, rispettivamente «la capacità di avere senso di giustizia e quella di concepire il bene»; essi definiscono gli «equi termini di cooperazione, tenendo conto del tipo di cooperazione sociale in gioco, della natura delle parti e della loro posizione l'una rispetto all'altra». Così J. RAWLS, cit. ult, rispettivamente pp. 58, 59, 60.

di discorso, che vive di un pluralismo altamente conflittuale, la ragione pubblica rimanda ad un pluralismo generatore di un «dissenso ragionevole» fra «persone che realizzano i loro […] poteri morali in misura sufficiente a essere cittadini liberi e uguali di un regime costituzionale, e inoltre hanno un costante desiderio di onorare equi termini di cooperazione […]»[252].

Il fine cooperativo orienta e funzionalizza la ragione pubblica; viceversa, nel discorso pubblico l'ideale di cooperazione è necessariamente più sfumato. L'essenza dell'arena discorsiva è la contesa sociale generata da individui che abbiano la pari opportunità di partecipare alla conversazione e intervengano con contributi espressivi che contestino, eventualmente, gli stessi presupposti della discussione. L'iconografia del discorso pubblico non è data dalla composta riunione cittadina, controllata e supervisionata dal *chairman* che fissa l'agenda pubblica di discussione, ma dal multiforme dibattito originato dalle opinioni, magari irriverenti, dell'uomo della strada. Abbandonato l'idealtipo deliberativo, che vede nel raggiungimento di un accordo sul bene comune il fine ultimo per la discussione, la pluralità di opinioni favorisce l'eterogeneità sociale e la creazione di un modello agonistico di democrazia, fondato sul confronto dialettico tra opposte correnti di pensiero[253]. Diversamente da alcuni approcci "deliberativi", che tendono a funzionalizzare la libertà di espressione all'accordo collettivo, strumentale alla deliberazione, l'aspetto centrale della teoria del discorso pubblico è il contributo individuale a una discussione pubblica fondata sul dissenso[254], sulla *contestabilità* delle opinioni e delle decisioni emerse nella discussione[255].

---

[252] J. RAWLS, cit. ult., p. 62.

[253] Cfr. M. H. REDISH, A. B. MOLLEN, *Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: the Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression*, 103 *Nw. Un. L. Rev.,* 1303, pp. 1350 e ss.

[254] M. H. REDISH, A. B. MOLLEN, *Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes*, cit., p 1354.

[255] Così P. PETIT, *Il repubblicanesimo,* cit., pp. 220 e ss., che tuttavia considera il modello di democrazia deliberativa fondato sulla discussione (e quindi sul dibattito) il presupposto per la contestazione delle decisioni prese nell'arena pubblica.

La naturale conflittualità del discorso pubblico postula una tendenziale indifferenza dell'ordinamento verso il contenuto della manifestazione del pensiero; tale neutralità implica, sia con riferimento ai conflitti tra individuo e autorità (si pensi alla classica dialettica libertà/ordine pubblico), sia con riguardo all'opposizione tra individuo e comunità (si pensi ai conflitti tra libertà e onore o tra libertà e dignità sociale dei gruppi), la massima estensione possibile del momento libertario[256], che ponga una presunzione di incostituzionalità o, comunque, un obbligo interpretativo in senso conforme alla Costituzione[257] di tutte le misure dettate per la tutela di interessi contrari alla libertà di manifestazione del pensiero.

D'altro canto, se il discorso pubblico è strumentale alla creazione di un particolare assetto sociale ove gli individui, autonomi e indipendenti, si servono del principio di discorso per identificarsi nella volontà generale, assume rilievo la «istituzionalizzazione procedurale della formazione dell'opinione»[258]. L'apertura del discorso pubblico richiede un'impalcatura istituzionale che mantenga la pari possibilità di accesso ai canali di formazione della sfera pubblica[259]. Da qui la necessità di rivolgere l'attenzione alle condizioni di esercizio della libertà di espressione, tra le quali vanno annoverati i mezzi che amplificano la diffusione delle opinioni individuali o che sviluppano le diverse facoltà individuali (magari attraverso l'evoluzione tecnologica). A voler ragionare diversamente, la libertà di manifestazione sarebbe «malinconicamente destinata, per il povero individuo, per ciascuno di quei singoli uomini il cui insieme forma l'enfatico "tutti" delle proclamazioni costituzionali, ad esaurirsi nella libertà della parola parlata e […] nello squallido sfogo dello

[256] Scriveva della necessità di individuare la «possibilità di una massima espansione della libertà di espressione» G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile,* cit. p. 58, nt. 67.

[257] Da cui deriva, quanto meno, la necessità di interpretare i reati di opinione come reati di pericolo concreto, secondo quanto da tempo auspicato dalla dottrina anche costituzionalistica (G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1960, pp. 195-196, che ha successivamente rivisto le sue tesi in senso maggiormente restrittivo, cfr. ID. *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione,* cit., pp. 49 e ss.).

[258] J. HABERMAS, *Tre modelli normativi di democrazia*, cit. p. 243.

[259] Cfr. R. C. POST, *Constitutitional Domains,* cit., pp. 191 e ss.

scrivere […] sui muri un "evviva" o un "abbasso"»[260]. Nel momento in cui questa impalcatura viene predisposta, si allargano i confini del discorso pubblico, e l'attività gestionale dell'amministrazione acquista rilievo discorsivo.

Anche l'obbligo gestionale di regolazione, gravante sul potere pubblico, deve essere rivolto alla massimizzazione della garanzia di partecipazione in senso pluralista; solo attraverso la funzionalizzazione dell'attività gestionale agli imperativi del discorso pubblico sarebbe davvero garantita la massima apertura discorsiva, condizione del processo continuo di rigenerazione democratica[261].

In quanto principii, neutralità e apertura del discorso pubblico non implicano, evidentemente, una *praesumptio iuris et de iure* a favore della libertà di manifestazione del pensiero sugli interessi contrari. Vi sarà una soglia, infatti, che l'interazione critica tra i presupposti discorsivi della comunità democratica e i diversi domini, di natura autoritaria o comunitaria, non potrà oltrepassare: se così non fosse il discorso pubblico si tradurrebbe in un magma indistinto e totalizzante che, nell'elisione degli spazi riservati all'autonomia privata, non garantirebbe una cornice comune di identificazione democratica del cittadino.

Particolarmente rilevante è, pertanto, la definizione della forma e della sostanza del discorso pubblico, compito che spetta alle istituzioni legittimate dal testo costituzionale, secondo un ordine di intervento che varia da sistema a sistema: così, nell'ordinamento italiano, la Costituzione, «nel momento in cui si irrigidisce nei confronti della legge ordinaria, e diviene perciò legge superiore, non opera un mero passaggio dal Parlamento al giudice costituzionale della definizione del "giusto" limite alla libertà»[262]; essa «precostituisce il limite stesso [della legislazione] attraverso le riserve rin-

[260] V. CRISAFULLI, *Problematica,* cit. p. 298.

[261] In questo senso, l'intervento normativo dei pubblici poteri deve essere valutato alla luce del criterio della massima promozione dell'istanza partecipativa, che disegna la struttura ibrida della libertà di manifestazione del pensiero, ancorata non soltanto alla dimensione negativa, ma anche profondamente imbevuta di significati politici e relazionali (sul punto anche M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero,* in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali,* cit., p. 550).

[262] Così G. AMATO, *Libertà,* cit. p. 278.

forzate»[263] e, d'altro canto, conferisce alla legge e agli atti a questa equi-ordinati la funzione di delimitazione delle singole situazioni soggettive e, più in generale, dei sottosistemi istituzionali da queste evocate. Diversamente da quanto accaduto nelle esperienze caratterizzate dal *judicial review of legislation*, il legislatore svolge, dunque, un ruolo fondamentale nella delineazione del compromesso tra le istanze del discorso pubblico e gli interessi di sottosistemi con esso concorrenti. Senonché, in una Costituzione rigida, i confini fissati dalla legge non sono immutabili; e sarebbe frutto di presunzione legalistica pensare che le norme poste dal legislatore orientino definitivamente le scelte sul contenuto e sulla struttura del discorso pubblico. Al di sopra e al di sotto dello specchio legislativo si muovono, rispettivamente, sia la Corte costituzionale sia gli "altri" giudici (ordinari e amministrativi, di merito e di legittimità): la prima corregge i confini disegnati dal legislatore, adeguandoli alla Costituzione e all'evoluzione del sistema sociale e delineando, soprattutto, i margini esterni del discorso pubblico rispetto al potere conformativo del legislatore; i secondi risolvono casi concreti dalla cui soluzione dipende, specialmente, la precomprensione sostanziale, la struttura materiale del principio di discorso. Ovviamente, la distinzione rifugge da aspirazioni analitiche, è intuitiva e, per sua natura, flessibile; ben possono esservi, ad esempio ipotesi in cui in cui gli "altri" giudici hanno contribuito (più o meno implicitamente) ad allargare i confini del discorso pubblico, conferendo rilievo discorsivo a contesti non disciplinati dalla legge (si pensi, ad esempio, allo scrutinio sui "fori" ove si esercita la libertà di manifestazione del pensiero e, in particolare, alle pronunce su *blog* e stampa *on-line* che, in assenza di un intervento legislativo, hanno contraddistinto l'opera di supplenza dei giudici nella definizione di un nuovo "foro" telematico). Ciò che per ora conta sottolineare è che il dato giurisprudenziale rappresenta un punto di vista privilegiato per descrivere le coordinate del discorso pubblico: le particolari dottrine giurisdizionali contribuiscono a definirne i contenuti pratici, che differiscono tra loro a seconda del particolare contesto socio-istituzionale di riferimento. La moralità politica delle libertà,

[263] G. AMATO, *ibidem.*

è, infatti, intrinsecamente incerta e controversa, tanto da essere soggetta a rivisitazione presso ciascun plesso istituzionale e, a maggior ragione, negli ordinamenti pur astrattamente ispirati ai medesimi valori. Le carte costituzionali ammettono una pluralità di interpretazioni, ciascun sistema istituzionale conferisce autoritatività solo ad alcune, ben definite, comprensioni morali delle libertà costituzionali[264].

Alla luce di queste premesse, l'indagine sulle tecniche argomentative e degli *standard* dei quali si sono servite le Corti dovrà scindersi su due livelli: in primo luogo, l'attenzione sarà rivolta alle Corte costituzionale, ed alla particolare struttura motivazionale delle sue decisioni, orientate ormai verso precise tecniche formalizzate di risoluzione dei conflitti tra valori costituzionali. In secondo luogo, la natura potenzialmente pervasiva non solo del bilanciamento in quanto ragionamento giudiziale, ma anche del contenuto assiologico dei diritti di libertà, che permea l'intero ordinamento costituzionale, richiede di estendere lo sguardo oltre le decisioni della Corte costituzionale verso gli "altri" giudici. E questo non solo perché, come da tempo è stato notato, «[…] la sensibilità ai valori costituzionali si è ormai estesa a tutti i livelli delle nostre magistrature, le quali, nella soluzione delle controversie, fanno sempre più riferimento alle norme costituzionali, anche al fine di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di legge»[265], ma anche perché ciascun diritto di libertà, come più volte detto, richiama un sottosistema di relazioni presente ad ogni livello dell'ordinamento. In fondo, se la funzione preminente dell'enunciato costituzionale è quello di garantire un «nucleo essenziale e intangibile della libertà di esprimersi»[266], e se il concetto di *Wesen-*

[264] R. DWORKIN, *Introduction,* cit. p. 2. Quest'ultima osservazione trova conferma nel confronto le giurisprudenze di ordinamenti diversi: ad esempio, confrontando la giurisprudenza italiana con le pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti, potrà osservarsi, nelle osservazioni conclusive di questo lavoro, come pur partendo da un fondamento normative formalmente condiviso dai due ordinamenti, vi sia una evidente variazione nella demarcazione dei confini e della coloratura contenutistica del discorso pubblico.

[265] Così A. PACE, *Corte costituzionale e "altri" giudici tra "garantismo" e "sensibilità politica"*, in *In onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova 1985, p. 597.

[266] Così G. BOGNETTI, *Apologia di delitto,* cit. p. 58 nt 67.

*gehaltgarantie* è da intendere in senso sostanzialmente relativo, lo studio delle dinamiche argomentative delle Corti e la conseguente formalizzazione delle tecniche di bilanciamento conducono, inevitabilmente, ad identificare i connotati tipici che assumono i principi del discorso pubblico, declinato sia come singola situazione soggettiva, sia quale criterio orientativo dell'azione istituzionale.

## CAPITOLO III

# I CONFINI ESTERNI DEL DISCORSO PUBBLICO NELLE ARGOMENTAZIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. In premessa. – 2. I limiti "naturali" al diritto di manifestazione del pensiero come clausole di eccezione alla libertà. L'apparente neutralità dell'interpretazione dissociativa. – 2.1. Dissociazione e delimitazione in chiave restrittiva della libertà di stampa. La funzionalizzazione dei diritti di libertà. – 3. Ancora sull'art. 21 come regola: dissociazione sulle fattispecie legislative e bilanciamenti definitori. Il diritto di libera manifestazione del pensiero come limite esterno alla legislazione. – 4. Senza dissociazione: controllo di razionalità e logica delle (buone?) ragioni. – 4.1. Dall'esercizio del diritto all'inclusione dei mezzi di diffusione radiotelevisiva nel discorso pubblico: la libertà di manifestazione del pensiero come limite interno alla legislazione. – 5. I tre stadi della libertà di manifestazione del pensiero e i confini del discorso pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

## 1. *In premessa*

Per esercitare la sua funzione il discorso pubblico richiede un'opera di delimitazione che ne definisca i contorni rispetto a organizzazioni e domini sociali con esso concorrenti. Nel nostro sistema istituzionale questo compito di definizione è attribuito alla legge alla quale spetta orientare, in prima battuta, il conflitto pluralista tra le diverse istanze sociali, delimitando i confini esterni del discorso pubblico sia in relazione alle esigenze di autoconservazione dell'autorità sia alle tendenze di omogeneizzazione culturale che sprigionano dalla comunità. L'impalcatura legislativa costituisce però solo la prima forma di delimitazione del discorso pubblico: in effetti, il sindacato di legittimità della Corte costituzionale ha dato

origine a una copiosa giurisprudenza sulla libertà di manifestazione del pensiero che, dal 1956 ad oggi, ha sviluppato particolari tecniche di giudizio che contribuiscono a definire il discorso pubblico rispetto ad altri contesti sociali.

Il giudice delle leggi ha seguito, infatti, tre protocolli di giudizio, che hanno consentito di tracciare i confini del discorso pubblico rispetto a *domains* ad esso alternativi; queste tecniche decisorie, in alcuni casi, ne hanno allargato l'ambito di estensione, includendo settori prima lasciati all'assoluta discrezionalità del pubblico potere. Senza anticipare quanto tra poco si dirà, tale osservazione vale soprattutto per la giurisprudenza sui mezzi di diffusione radiotelevisivi, ove l'iniziale indifferenza ha progressivamente lasciato il passo a una rilettura costituzionalmente orientata della disciplina e delle relative attività di gestione.

I rapporti tra la libertà e il legislatore, nonché le tecniche argomentative utilizzate dalle Corti, variano in ragione del contesto da cui emerge la *quaestio iuris* sottoposta all'attenzione dei giudici. In questo senso, gli *standard* enucleati nei casi che, all'inizio della giurisprudenza costituzionale, esprimevano una tensione tra individuo e autorità, evidenziano una sostanziale frammentazione del carattere contro-maggioritario della libertà di fronte alle scelte repressive del legislatore penale. Solo in un secondo momento il Giudice delle leggi ha riconsiderato la precettività dell'art. 21 Cost., inteso come vera e propria regola immediatamente efficace sulla legislazione sottostante. Come si vedrà, attraverso bilanciamenti definitori e interpretazioni restrittive delle fattispecie penali oggetto del giudizio, la Corte ha riscoperto le istanze garantistiche sottese alla libertà di espressione, arricchendo i presupposti normativi del fatto tipico e delegando al giudice comune la valutazione sulla sussistenza nel caso concreto delle clausole inserite, per via interpretativa, nella fattispecie.

Al di fuori del profilo strettamente contenutistico/sostantivo, la Corte costituzionale ha invece distinto le regolazioni legislative – che si inseriscono nello spazio costituzionalmente neutro dell'esercizio del diritto – dalle discipline sul mezzo radiotelevisivo, da orientare secondo principii coerenti con la necessaria, ampia apertura del discorso pubblico. L'enunciazione del diritto ad essere

informato prelude ad una disciplina legislativa di promozione e di regolazione interna del mezzo radiotelevisivo. Ad un protocollo argomentativo originariamente concentrato sul criterio formale della dissociazione del mezzo dalla tutela costituzionale del diritto di libertà, la Corte ha così dato rilievo, progressivamente, al contesto istituzionale di attuazione del discorso pubblico, con argomentazioni legate, in ultima analisi, alla ragionevolezza delle scelte legislative.

## 2. *I limiti "naturali" al diritto di manifestazione del pensiero come clausole di eccezione alla libertà. L'apparente neutralità dell'interpretazione dissociativa*

In un primo momento, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, la Corte applica in via deduttiva il figurino dogmatico della libertà di manifestazione del pensiero. Così, sin dalla sua prima sentenza, il Giudice delle leggi, nel dichiarare illegittima la norma oggetto del giudizio[1], delimita i confini della libertà attraverso lo schema della dissociazione, lasciando fuori dai confini della disposizione tutto ciò che non rientra nella sua protasi[2].

La particolare tecnica inaugura la dottrina dei cd. limiti naturali, cioè di quei limiti desumibili "logicamente" dal concetto di diritto, dalla natura dell'ordinamento[3] o, comunque, dallo "spirito" del-

[1] L'art. 113 Tulps, che puniva l'affissione o la distribuzione di stampati in assenza della autorizzazione della autorità di pubblica sicurezza, viene dichiarato incostituzionale per l'ampiezza dei poteri conferiti alla pubblica autorità. Tuttavia, contestualmente, la Corte individua un'area discrezionalmente regolabile dal legislatore, posto che «[…] la disciplina dell'esercizio del diritto non è di per se stessa lesione del diritto medesimo» (così C. Cost. sent. n. 1/1956).

[2] La dissociazione fa assumere alla «[…] norma costituzionale […] un ruolo recessivo. I suoi comandi rappresentano dei casi particolari, delle eccezioni di quella norma fondamentale generale e negativa che attribuisce alla illimitata disponibilità dei soggetti titolari della funzione di indirizzo, la disciplina di tutti i casi non regolati da una norma costituzionale particolare». Così M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, cit., p. 88.

[3] Secondo la sent. n. 1/1956, il concetto di limite è «[…] insito al concetto di diritto»; «[…] nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convi-

la Costituzione[4], e si scopre particolarmente rigida al momento di valutare la compatibilità dei reati di opinione, ereditati del passato regime, con il mutato quadro costituzionale. In tutta una serie di casi, infatti, il Giudice delle leggi dissocia dai sintagmi costituzionali le fattispecie incriminate a livello legislativo, e delimita la classe di casi generici previsti dalla protasi di una norma sovrainclusiva[5] aggiungendo proprietà non previste nel testo costituzionale[6].

La tecnica di giudizio comporta, indirettamente, la ridefinizione della *ratio constitutionis,* attraverso un «accerchiamento» del

venza civile». Sull'utilizzo, in funzione di limite ai diritti di libertà, dell'argomento della *Natur der Sache* cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti,* cit., pp. 56 e ss., nonché A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit., pp. 307 e ss.

[4] Cfr. C. Cost., sent. n. 121/1957 (su cui la nota di S. FOIS, *L'articolo 68 t.u.l.p.s. e le rappresentazioni teatrali e cinematografiche*, in *Giur. cost.,* 1957, pp. 1092 e ss.), che ha salvato l'art. 68 Tulps che allora imponeva la licenza del questore per «accademie, feste da ballo, corse di cavalli, né altri simili spettacoli o trattenimenti» da svolgersi in luogo pubblico, «aperto» o «esposto» al pubblico. Con le sentt. nn. 142/1967, 56/1970 la Corte ha poi dichiarato illegittima la disposizione, per contrasto con l'art. 17 Cost, laddove richiedeva l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza per i trattenimenti da svolgersi in luogo «esposto» o «aperto» al pubblico.

[5] Nella logica deontica, la nozione di *caso generico* si contrappone «[…] dialetticamente» alla definizione di *caso concreto*: mentre quest'ultima «rimanda ad un singolo evento storico irripetibilmente contraddistinto da precise coordinate fenomeniche di ordine oggettivo e soggettivo, il concetto di *caso generico* allude invece ad una fattispecie paradigmatica ricostruita in base ad un insieme, o *set*, di proprietà *astratte e generali* all'interno del quale sono sussunte tutte le fattispecie concrete che posseggono quelle proprietà» (corsivi nel testo). Così A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi,* cit. p. 148, che a sua volta richiama C. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *Normative systems* (1971), trad. it. *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005, pp. 32 e ss.

[6] Da questo punto di vista, non può concordarsi con E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 452-453, che considera il canone dissociativo uguale e contrario all'argomento analogico: mentre infatti in questa ipotesi la «astrazione-generalizzatrice» compiuta dall'interprete prende le mosse dall'isolamento di determinare caratteristiche del caso individuale, la dissociazione individua la *ratio legis* a partire da un'analisi semantico-lessicale del testo da interpretare (in questo senso mi pare vada anche R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi,* cit., pp. 163 e ss.). In coerenza con tale premessa, almeno là ove viene utilizzato per interpretare le disposizioni costituzionali, il canone dissociativo non è di per sé un argomento «produttivo» in funzione garantista, come invece sembra ritenere A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi,* cit., pp. 147-148.

diritto di libertà[7], senza che vi sia alcuno spazio per considerazioni relative al caso individuale, schermato dalla norma di legge oggetto del giudizio. La dissociazione esalta l'astrattezza del giudizio costituzionale, prelude ad un giudizio deferente sull'operato del legislatore, ed implica, inoltre, il riconoscimento di limiti che conformano il diritto di libertà dall'interno, escludendo dalla tutela costituzionale forme espressive che si discostano dalla *ratio* di tutelare la pura manifestazione del pensiero (cd. limiti logici)[8].

Così, ad esempio, è salvata l'incriminazione della propaganda sovversiva perché quest'ultima «[…] non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone».

La libertà di espressione assume, quindi, le sembianze del colloquio razionale[9], che consiste in uno scambio di idee alieno da particolari forme di pressione psicologica[10].

---

[7] In tal senso, cfr. M. PEDRAZZA GORLERO, *La costruzione della norma-parametro attraverso la definizione "per accerchiamento"* (*Nel caso della manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata)*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale*, *atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, p. 564, secondo il quale la delimitazione della libera manifestazione del pensiero avverrebbe mediante due accerchiamenti: «il primo – più esterno – rappresentato dal limite strutturale, inteso come limite modale strumentale […] alla ordinata convivenza civile; il secondo – interno al primo – costituito dal controlimite, consistente nel non snaturamento del diritto da parte del limite».

[8] In questo modo, i limiti logici, originariamente teorizzati in funzione garantista e contro-maggioritaria in relazione alle espressioni a contenuto privilegiato (così S. FOIS, *Principi costituzionali,* cit., pp. 112-113, ma v. *supra*, cap. II, § 3.1), impongono una funzionalizzazione "forte" del diritto di libertà; l'intervento repressivo del legislatore concorre così ad orientare, attraverso l'imposizione del divieto penale, il diritto di libertà alla funzione sociale individuata dalla legge (e, quindi, dalle forze di maggioranza).

[9] Su cui, criticamente, già P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit. p. 16, nonché ID., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 267, che sottolineava come la creazione di uno «stato emozionale» fosse lo «scopo di ogni manifestazione che tenda a convincere gli interlocutori della bontà delle idee espresse e, se necessario, dell'opportunità di agire perché esse si attuino».

[10] Cfr., per un analogo *iter* argomentativo, le sentt. nn. 100/1966 sull'ormai abrogata fattispecie di incitamento al dispregio delle istituzioni, con note di A. PECORARO-ALBANI, *In tema di eccitamento al dispregio delle istituzioni e libertà di manifestare il proprio pensiero,* e di G. LOMBARDI, *Fedeltà "qualificata" e limi-*

Viene, così, riconosciuta al legislatore la necessaria discrezionalità nella delimitazione dei confini della situazione soggettiva. Poiché la riduzione dell'area semantica della norma costituzionale avviene attraverso il linguaggio della legge, la Corte avalla, di fatto, un canone opposto e uguale all'interpretazione conforme a Costituzione, che consente di leggere il testo costituzionale in conformità ai disposti della legislazione ordinaria[11]. Questa sorta di interpretazione costituzionale "conforme alla legge" non solo impedisce la creazione di un «universo semantico prioritario e indipendente», che avrebbe amplificato l'efficacia delle disposizioni costituzionali nei confronti del sistema normativo sottostante[12], ma si traduce, di fatto, in una presunzione di conformità costituzionale dell'intervento legislativo[13].

L'assunto trova conferma negli *obiter dicta* che accompagnano le *rationes decidendi* di queste pronunce, che smascherano l'operazione di bilanciamento sottesa alla delimitazione in chiave restrittiva della fattispecie costituzionale. Si pensi, ad esempio, proprio alla sent. n. 87/1966, ove la dichiarazione di incostituzionalità della propaganda antinazionale è preceduta dalla constatazione intorno alla necessità di individuare il «bene protetto dalla norma impugnata» ma non si estende, inspiegabilmente, alla fattispecie – per molti versi analoga – della "propaganda sovversiva".

La tecnica dissociativa mira a nascondere, dietro ad un apparente velo di neutralità, il conflitto tra libera manifestazione del pensiero ed altri interessi, spesso di natura collettiva, che giustifi-

---

*ti modali alla libertà di manifestazione del pensiero (Problemi e prospettive)*, entrambi in *Giur. cost*., 1966, rispettivamente pp. 1217 e ss., 1220 e ss.; n. 16/1973 sull'istigazione del militare a disobbedire alle leggi, con nota di G. LOMBARDI, *Lo stato può difendersi…ma non deve esagerare*, in *Giur. cost.,* 1973, pp. 90 e ss.

[11] Sul punto cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti,* cit., p. 19.

[12] In questo senso G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso* cit., p. 234.

[13] Cfr. ad esempio C. Cost. sent. n. 120/1957 (con nota di S. FOIS, *Manifestazioni sediziose e libertà costituzionale*, in *Giur. cost.,* 1957, pp. 1086 e ss.), poi confermata dalla sent. n. 15/1973, che salva l'ormai depenalizzato art. 656 c.p. sulla base della considerazione che le grida e le manifestazioni sediziose «rispondono a un concetto generale», ed implicano sempre eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e pericolo per l'ordine pubblico: come tali, restano al di fuori della nozione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero.

cano l'opzione repressiva del legislatore penale. Eppure, questa forma di «specificazionismo»[14] tradisce la reale collisione dei beni tutte le volte in cui il rapporto di accessorietà si inverte, e la topica del limite logico assume una funzione servente rispetto all'enunciazione dell'interesse perseguito dal legislatore che, apoditticamente elevato al rango di valore costituzionale, diviene premessa maggiore della decisione.

Ad esempio, le notizie false, esagerate e tendenziose, punite a titolo contravvenzionale dall'art. 656 c.p., costituiscono «una forma di endiadi» che riguarda «ogni specie di notizie che, in qualche modo, rappresentino la realtà in modo alterato», idonee per ciò stesso a turbare l'ordine pubblico. Tale bene giuridico, di natura collettiva, non è «[…] dammeno della libertà di manifestazione del pensiero», e riproduce «l'ordine istituzionale vigente», diretto alla «preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale»[15].

Dietro al velo della dissociazione il Giudice delle leggi bilancia la libertà costituzionale con beni giuridici fortemente idealizzati, individuati senza alcun riferimento al caso individuale oggetto del giudizio. Il rilievo vale soprattutto per la giurisprudenza sui reati di opinione di cui è costellato il codice Rocco, che vengono giustificati al fine di tutelare l'ordine pubblico inteso in un'accezione ideale, quale necessaria adesione della persona ad un dato sistema di valori.

La valenza costituzionalmente «ambigua»[16] di tale concezione, «da un lato riferita ad un determinato assetto normativo di principi costituzionali, dall'altro connessa a forme coattive o violente di attentato all'ordine istituzionale del regime vigente»[17], apre la porta

[14] G. PINO, *Conflitto e bilanciamento,* cit. pp. 240 e ss. La specificazione della regola definitoria, in questi casi, cela il conflitto, «[…] destinato a scomparire una volta che – in sede interpretativa – si sia precisato meglio l'ambito di applicazione dei diritti», attraverso «una opportuna *actio finium regundorum*» (ivi, p. 240).

[15] Cfr. Corte cost., sent. n. 19/1962 (poi confermata dalle successive sentt. nn. 199/1972, 210/1976), con note di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost*., 1962, pp. 191 e ss., e di P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate, e tendenziose,* in *Foro it.*, 1962, I, pp. 855 e ss.

[16] T. F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali,* cit., p. 87.

[17] T. F. GIUPPONI, *ibidem*.

all'inclusione di interessi che, in funzione di limite alla libertà di espressione, conformano in senso autoritario il sistema dei valori costituzionali[18].

Il lungo elenco di beni opponibili al diritto di manifestazione del pensiero consente alla Corte di argomentare oltre l'art. 21.6 Cost., che prevede il solo limite del "buon costume" e che pure, nella successiva giurisprudenza costituzionale, assumerà il significato, particolarmente garantista, di «comune senso del pudore», aperto all'evoluzione sociale e ai mutamenti del «sentimento medio della comunità»[19].

L'orientamento giurisprudenziale non evidenzia solo una progressiva funzionalizzazione dei diritti di libertà, ma manca anche di coerenza interna (*consistency*)[20] nel momento in cui si serve dello strumento dissociativo per leggere in senso recessivo l'art. 21.1

[18] Si pensi alla sent. n. 16/1973, ove la fattispecie di istigazione del militare a disobbedire alle leggi è considerata legittima non solo perché ogni istigazione è «azione o diretto incitamento all'azione», «grossolana manifestazione del pensiero», ma anche perché strumentale alla tutela del dovere di difesa della patria, «[…] bene cui la Costituzione riconosce un supremo valore e accorda una tutela privilegiata»; in senso affine, anche C. Cost., sent. n. 20/1974, che salva il vilipendio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze Armate dello Stato non solo perché necessario alla salvaguardia del prestigio di istituzioni essenziali per lo Stato repubblicano, ma anche perché il «tenere a vile», il «ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità contro cui la manifestazione è diretta» è forma espressiva che si colloca fuori dal diritto di libera manifestazione del pensiero.

[19] Cfr., in particolare, C. Cost. sent. n. 9/1965, con note di M. MAZZIOTTI, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*, F. SORRENTINO, *L'art. 553 nell'interpretazione "adeguatrice" della Corte,* tutti in *Giur. cost.,* 1965, rispettivamente pp. 67 e ss., 77 e ss.; sent. n. 49/1971, con note di A. PIZZORUSSO, *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling*", E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, S. BELLOMIA, *Sei anni dopo*, tutte in *Giur. cost.,* 1971 rispettivamente pp. 527 e ss., pp. 531 e ss., 552 e ss.; sent. n. 368/1992, su cui F. RAMACCI, *Libertà 'reale' e 'svalutazione' del buon costume*, nonché R. ORRÙ, *La "pubblicità" della condotta come "requisito essenziale" della nozione del buon costume* ex *art. 21 Cost. e come "vincolo" all'attività interpretativa dei giudici,* in *Giur. cost*., 1992, rispettivamente pp. 3563 e ss. e 3567 e ss.; in senso parzialmente diverso sent. n. 293/2000, con nota di A. ODDI, in *La riesumazione dei* boni mores, in *Giur. cost.,* 2000, pp. 2245 e ss.

[20] Si fa riferimento alla distinzione di N. MACCORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica,* in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico,* vol. I, Torino 1987, pp. 243 e ss. tra coerenza (*consistency*) nel senso di assenza di autocontraddizione logica, e congruenza (*coherence*), nel senso di coerenza teleologica rispetto ad un insieme normativo.

Cost., rinvenendo, d'altro canto, per via di una lettura materiale del testo costituzionale, nuovi limiti capaci di integrare il dettato dell'art 21.6 Cost. Il risultato è di sovvertire la presunzione di illegittimità posta dalla disposizione in relazione alle misure ispirate da una *ratio* diversa dal limite espressamente previsto[21].

Tutte le volte in cui la tecnica dissociativa è strumentale all'individuazione del contro-interesse, è la scelta del bene giuridico da premiare a rappresentare l'*ubi consistam* di queste operazioni di bilanciamento. Il Giudice delle leggi inaugura, quindi, il processo di trasformazione del giudizio di legittimità costituzionale che, da strumento di risoluzione delle antinomie normative basato su canoni logico-formali, diventa mezzo di composizione di conflitti di natura essenzialmente materiale.

In altri termini, l'antinomia totale-parziale, tra parametro costituzionale e norma-oggetto, rilevata dal giudice *a quo*, non riesce più a descrivere un procedimento che trova il proprio fulcro nell'individuazione teleologica dell'interesse perseguito dalla disposizione di legge e nella sua successiva comparazione con la libertà costituzionale. Come già accennato, è la stessa *decisio ordinans* della Corte che compone la particolare dialettica tra i valori in questione e che fornisce le premesse della pronuncia[22].

---

[21] Cfr., in senso analogo, i dubbi testualisti di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico,* cit., p. 194, preoccupato di salvaguardare la «lettera» e lo «spirito» della Costituzione. Secondo l'A., quando la Costituzione «ha inteso conferire alla legge il potere di limitare i diritti proclamato in nome dell'ordine pubblico lo ha detto espressamente, sicché la mancata previsione del limite, il mancato conferimento alla legge il potere di limitare i diritti proclamati in nome dell'ordine pubblico equivale a negazione di questa possibilità. Perciò l'articolo 21, nella sua categoricità, […] esclude che quell'ordine possa giustificare limiti a questa libertà».

[22] Tale conflitto continua ad essere descritto nei termini logici di una antinomia parziale-parziale tra proposizioni normative che presentano, rispettivamente, un ambito applicativo in conflitto e una sfera di applicazione ove il conflitto non esiste, non solo dai teorici fedeli all'impostazione analitica (cfr. per tutti, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi,* cit. pp. 217-218), ma anche dai sostenitori di una teoria debole e procedurale di bilanciamento, come G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento*, cit., p. 338. In queste ipotesi, però, si ha un contrasto materiale tra opposti criteri orientativi, piuttosto che una mera incompatibilità logica tra norme contraddittorie.

La composizione del conflitto è, dunque, strutturalmente mobile, perché dipende dalla gerarchia di valori di volta in volta individuata, potenzialmente reversibile non solo in ogni caso che pure presenti analoghe proprietà rilevanti, ma anche nell'ambito della stessa motivazione[23]: la mancata giustificazione del giudizio di prevalenza e l'assenza di espliciti riferimenti alle proprietà rilevanti del caso individuale non assicurano vincoli argomentativi stabili, capaci di astrarre la regola del conflitto al di là della *quaestio iuris* affrontata.

Il riconoscimento della supremazia assiologica di uno degli interessi in questione tradisce una visione «[…] cognitivista e ontologizzante ispirata ad una *objektive Wertordnung*»[24].

L'individuazione di un'ampia congerie di beni giuridici altamente idealizzati, cui funzionalizzare i diritti di libertà, riflette la stessa natura che, in questa fase, assume il bilanciamento: non più un equilibrato contemperamento di beni diversi e contrari ma una vera e propria "soppressione" di un interesse a vantaggio di un altro[25].

Caratterizzato dall'apoditticità delle argomentazioni e dalla casualità nell'esito di giudizio, ben può dirsi che, almeno in questi casi, la ponderazione di istanze contrapposte concorra alla destrutturazione della «paratia antincendio», di natura essenzialmente contro-maggioritaria, posta dalle norme costituzionali sui diritti di libertà[26]. In tali casi, allora, il bilanciamento assume le sembianze di una metafora vuota, che trascura la dimensione argomentativa ed evidenzia la scelta discrezionale e non prevedibile del giudice.

La risoluzione del conflitto sembra poggiare su una sorta di vuoto argomentativo che, anche a voler accogliere una nozione forte e razionalmente unitaria di bilanciamento, infrange il criterio

---

[23] In tal senso R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi,* cit. ult., p. 219. Si pensi proprio alla sentenza n. 87/1966, che dichiara illegittima la propaganda antinazionale ma salva, quasi inspiegabilmente, la propaganda sovversiva.

[24] Così A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi,* cit., p. 166.

[25] In questi termini, in relazione alle operazioni di bilanciamento, R. GUASTINI, *L'interpretazione,* cit., p. 219, nonché, per una ragionevole apologia del bilanciamento definitorio, A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi, ibidem*.

[26] Così J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit., p. 308.

meta-interpretativo che impone un onere argomentativo ulteriore in caso di limite ad un diritto fondamentale[27]. L'astratta prefigurazione di una gerarchia assiologica, poiché orienta la decisione verso una razionalità forte, basata sulla scelta di interessi assunti come oggettivamente giusti (*rectius*: costituzionali)[28], schiaccia la motivazione sul momento decisorio, per sua natura arbitrario o «irriflesso» [29] e rischia così di ridurre la motivazione ad un mero atto irrazionale (di potere). In effetti, «l'idea di realizzare valori materiali […] costituzionalmente stabiliti» tende a trasformare la Corte costituzionale in una istituzione «autoritaria»[30]: se, infatti, a rilevare è esclusivamente l'atto di scelta dell'interesse predominante, l'aspirazione ad un ordine oggettivo di preferenze materiali, ispirato dal testo costituzionale, cede il passo alla soggettività dell'istituzione che esamina la questione di diritto. In altri termini, il bilanciamento "casuale" riplasma il concetto normativista del *nomos basileus*, trasformandosi, cioè, in una decisione che ordina e disciplina – e che è, appunto, *nomos* – perché proveniente dal soggetto dotato di *auctoritas*[31].

---

[27] «Quanto più intenso si presenta un intervento su un diritto fondamentale, tanto più devono pesare i motivi giustificativi». Così la «legge epistemica di bilanciamento» formulata, nell'ambito di una ricerca finalizzata all'individuazione di una razionalità obiettiva delle procedure di bilanciamento, da R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, cit., p. 446.

[28] Non è possibile soffermarsi ulteriormente, almeno in questa sede, sul dibattito, in filosofia morale, tra i sostenitori di un concetto "forte" e "sostanziale" e gli apologeti di una nozione "debole" e "procedurale" di razionalità pratica (o della razionalità che suggerisce ragioni per l'azione individuale). Banalmente, mentre per i primi un'azione è razionale quando è ispirata a valori oggettivi, per i secondi la razionalità può essere predicata in relazione ad azioni che costituiscono un mezzo adeguato al raggiungimento del valore, qualunque esso sia.

[29] È questa la critica fondamentale che J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 308, muove al bilanciamento quale tecnica di risoluzione delle controversie giudiziali. In questo senso, non è sempre vero che il bilanciamento giurisdizionale sia di per sé garanzia di una «istanza di *razionalità*» contrapposta al «dominio della *volontà*» (corsivi nel testo) come invece sembra ritenere R. BIN, *Diritti e argomenti,* cit. *passim,* ma spec. p. 164.

[30] Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme,* cit. ult., pp. 307-308.

[31] Così C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* 1934, trad. it. *I tre tipi di pensiero giuridico,* in *Le categorie del politico,* cit., pp. 250 e ess, che rovescia l'impostazione normativistica «della *lex* come unico *rex*» (*ivi*, p. 252, corsivi nel testo). La relazione tra re e *nomos,* secondo Schmitt, va invertita: il «"re" implica un concetto giuridico inerente all'ordinamento, e

In questo contesto, l'aspetto individualistico della libertà di manifestazione del pensiero resta schiacciato dal "peso" di interessi sovracostituzionali. È proprio in relazione a queste ipotesi, dunque, che l'attività interpretativa del Giudice delle leggi rischia di smarrire non solo la precettività del diritto di libertà ma anche l'antico paradigma liberale della certezza, che ha rappresentato, storicamente, lo strumento offerto dallo Stato di diritto per la protezione dell'individuo di fronte all'arbitrio dei pubblici poteri.

### *2.1. Dissociazione e delimitazione in chiave restrittiva della libertà di stampa. La funzionalizzazione dei diritti di libertà*

La tecnica di giudizio appena descritta è servita alla Corte costituzionale per fornire un'interpretazione restrittiva anche della situazione soggettiva prevista dall'art. 21.2 Cost. Attraverso la dissociazione operata sui sintagmi costituzionali sono state salvate particolari forme di ingerenza pubblica sulle attività di stampa, sino a ridefinire la *ratio* stessa dell'art. 21.2 Cost. Ad avviso della Corte, infatti, non solo il divieto di "autorizzazioni" e "censure" ha una portata esclusivamente pubblicista, che esclude il divieto costituzionale di controlli di natura privata, ma lo stesso concetto di stampa non può essere esteso sino ad includere attività di natura essenzialmente commerciale, che non abbiano fini «[…] di cultura, di opinione, d'informazione […]»[32]. La dissociazione mira a verificare, di volta, in volta, l'eventuale sussunzione della normativa oggetto del giudizio ad altra disciplina costituzionale, oltre ad individuare ciò che può essere discrezionalmente regolato dal legislatore.

È soprattutto con riguardo a quest'ultima finalità che la tecnica dissociativa è frequentemente utilizzata: la registrazione dei giornali murali presso il Tribunale imposto dall'art. 10 l. n. 47/1948 non

---

quindi deve essere della stessa natura del *nomos* […]. Come il *nomos* è *re*, così il *re è nomos* e in tal modo ci troviamo già di nuovo nell'ambito di decisioni e istituzioni concrete invece che di norme astratte e regole generali» (ivi, p. 254, corsivi nel testo).

[32] Cfr. sent. n. 68/1965 su cui, criticamente, S. FOIS, *Censura e pubblicità economica* (1965), ora in ID., *La libertà di informazione: scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione,* Rimini, 1991, pp. 90 e ss., nonché sent. n. 231/1985, su cui *infra*.

integra il divieto di cui all'art. 21.2 Cost., che proibisce quei «[…] provvedimenti cautelari di assenso preventivo che, nei riguardi della stampa, devono riflettere il contenuto della pubblicazione» e che lasciano alla libera valutazione dell'autorità competente il giudizio sulla possibile diffusione dello stampato. In effetti, l'autorità pubblica non ha alcun potere di «[…] negare o di sospendere la pubblicazione o comunque di manifestare il proprio assenso sotto forma di autorizzazione o sotto qualsiasi altra forma»[33]. In senso analogo, l'art. 57 c.p., che impone al direttore responsabile o al vicedirettore di esercitare il controllo necessario volto ad impedire che si commettano reati a mezzo della stampa, non condivide la medesima *ratio* dell'art. 21.2 Cost.: l'autorizzazione di cui alla disposizione costituzionale consiste in quei «[…] provvedimenti cautelari che la pubblica amministrazione potrebbe essere autorizzata ad adottare per controllare le manifestazioni scritte del pensiero e che potrebbe portare al divieto della pubblicazione». Sarebbe dunque arbitrario assimilare questi accorgimenti amministrativi attraverso i quali «[…] si manifesta ed esercita la "censura", alla quale la Costituzione ha voluto sottratta la stampa», al controllo tenuto dal direttore del giornale «per la natura stessa della sua attività»[34]. Se censura e autorizzazione sono «provvedimenti discrezionali […] tipici del diritto pubblico», i rispettivi concetti non includono il fermo

[33] Cfr. C. Cost., sent. n. 115/1957.

[34] Così sent. n. 44/1960, da collocare nella giurisprudenza costituzionale sulla responsabilità da omesso controllo del direttore responsabile. Nella sent. n. 3/1956, che ha aperto la strada alla modifica ad opera della l. n. 127/1958, la Corte non ha solo ritenuto legittimo l'obbligo dell'indicazione del direttore responsabile *ex* art. 3 l. n. 47/1948, «guida» e «ispiratore» del periodico, ma ha anche offerto un'interpretazione restrittiva della fattispecie, richiedendo, ai fini della punibilità, un nesso psichico di natura colposa. Nello stesso senso cfr. sent. n. 198/1982, che ha respinto le censure relative ad una pretesa, illegittima parificazione tra direttori di piccoli e grandi periodici per un differente grado di esigibilità della condotta. Secondo la Corte, «la situazione dei grandi periodici, le cui ampie dimensioni comportano crescente complessità delle strutture, vastità di materiale elaborato, molteplicità di edizioni locali, si present[a] con aspetti peculiari rispetto alla problematica in esame. Né può negarsi che l'attuale disciplina comporti inconvenienti per quanto riguarda le difficoltà che il responsabile unico può incontrare nell'osservanza degli obblighi che gli incombono. Trattasi tuttavia di circostanze inerenti alle modalità di fatto dell'attuazione della disciplina che, come tali, non rientrano direttamente nella previsione normativa e non sono quindi idonee, di per sé, a costituire motivo di illegittimità costituzionale».

postale di pubblicazioni periodiche contrarie al buon costume, emesso «a seguito di una complessa procedura giurisdizionale». La misura preventiva del non inoltro, strumentale all'intervento dell'autorità giudiziaria, costituisce di contro una delle «[…] condizioni cui i privati devono sottostare per poter fruire di un pubblico servizio, svolto dallo Stato nell'interesse della collettività»[35].

Più in particolare, il carattere pubblicistico del provvedimento di censura è riaffermato in relazione alla valutazione di legittimità costituzionale della contravvenzione prevista dall'art. 725 c.p. e del delitto di cui all'art. 528 c.p., diretti a sanzionare la circolazione e la diffusione commerciale di pubblicazioni oscene (art. 528 c.p.) o comunque contrarie alla pubblica decenza (art. 725 c.p.). In tal senso, «[…] la cernita imposta ai rivenditori di giornali al fine di escludere dalla diffusione le pubblicazioni contrarie alla pubblica decenza, non realizza certamente una forma di censura costituzionalmente illegittima», in quanto il potere preventivo richiamato dalla disposizione costituzionale deve essere considerato «[…] 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»[36]. Anche in queste ipotesi, come già in relazione ai limiti logici, la dissociazione serve a nascondere l'opera di bilanciamento con beni giuridici fortemente idealizzati. In effetti, non è solo la peculiare natura dell'istituto previsto dal II comma dell'art. 21 Cost. a giustificare l'intervento censorio dell'edicolante, ma è la necessità di tutelare la dignità umana, «della quale egli è giudice»,

[35] Cfr. C. Cost. n. 92/1979 con nota di C. CHIOLA, *Il fermo postale di stampati periodici contrari al buon costume,* in *Giur. cost.,* 1979, pp. 1169 e ss.

[36] Cfr. sent. n. 159/1970, con nota di E. BETTINELLI, *Controllo sul contenuto delle pubblicazioni da parte dei rivenditori di giornali in relazione all'art. 725 c.p. e libertà di manifestazione del pensiero attraverso la stampa,* in *Giur. cost.,* 1970, pp. 2010 e ss. e S. FOIS, *"Censure" sulla stampa e responsabilità penali: spunti problematici* (1970), ora in *La libertà di informazione,* cit., pp. 119 e ss. che invece concepisce la misura di cui all'art. 725 c.p. quale misura repressiva da valutare in relazione non già all'art. 21 comma II quanto al comma V del medesimo articolo.

e che può essere messa in pericolo da una possibile indiscriminata esposizione di pubblicazioni oscene[37].

I provvedimenti discrezionali della pubblica autorità sembrano collocarsi nello spazio costituzionalmente indifferente dell'esercizio del diritto: sin dalla sua prima pronuncia, infatti, la Corte non ha solo dato origine alla«[…] strana tesi, più volte criticata e criticabilissima»[38] dei limiti naturali alla libera manifestazione del pensiero, ma ha anche disegnato la linea di confine tra limiti sostanziali al contenuto del diritto (in quanto tali sottoponibili ad uno scrutinio più stretto) e disciplina del suo esercizio, che non implica, «[…] per se stessa, lesione del diritto medesimo»[39].

Le norme costituzionali sulla libertà di espressione e sulla libertà di stampa assumono, quindi, una funzione recessiva, che ammette una sostanziale libertà di regolazione legislativa, anche quando, in alcune ipotesi, il legislatore attribuisca all'amministrazione un potere indiretto di selezione dei contenuti espressivi. Così, ad esempio, in relazione alla prescritta autorizzazione all'esercizio dell'arte tipografica rilasciata dall'autorità di pubblica sicurezza, la Corte distingue la condotta di manifestazione del pensiero, appartenente al nucleo duro dell'art. 21 Cost., dall'attività economica di organizza-

[37] Così la sent. n. 93/1972 sull'analoga fattispecie di cui all'art. 528 c.p. Nella stessa pronuncia è offerta un'implicita risposta al problema dei rapporti tra II e VI comma dell'art. 21, cioè se i «provvedimenti adeguati a prevenire […] le violazioni» del buon costume costituiscano una deroga al divieto di censure espresso al II comma (così E. BETTINELLI, cit. ult. pp. 2020-2021) o, piuttosto, siano assimilabili ai sequestri di cui al III comma (in tal senso cfr. invece M. MAZZIOTTI, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero,* in AA.VV., *In onore di Vezio Crisafulli,* Vol. II, Padova, 1985, pp. 517 e ss.): in effetti, la Corte sembra propendere per la prima ipotesi, là ove argomenta che «[…] l'esercizio di questo fondamentale diritto di libertà trova, come ogni altro diritto, il proprio limite nei principi e nei precetti della Costituzione. É proprio l'art. 21 della Costituzione che all'ultimo comma vieta tutte le manifestazioni contrarie al buon costume, imponendo al legislatore l'obbligo di prevenire e reprimere, con mezzi adeguati, le relative violazioni, fra le quali la diffusione dell'oscenità prevista nell'articolo 528 del codice penale si presenta come particolarmente grave». Tale impostazione sembra trovare conferma nella sent. n. 1063/1988, che ha escluso l'estensione analogica della causa di non punibilità ai rivenditori e noleggiatori di videocassette oscene nel frattempo introdotta dalla l. n. 355/1975 a favore di edicolanti e librai.

[38] Così V. CRISAFULLI, *In tema dei limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.,* 1965, p. 246

[39] Così sent. n. 1/1956.

zione e predisposizione dei mezzi materiali diretti alla sua divulgazione[40]. A parere del Giudice delle leggi, infatti, il termine "stampa" menzionato dal II comma dell'art. 21, non può ricomprendere «[…] l'attività materiale che permette la riproduzione del pensiero da manifestare»[41]: i «mezzi di produzione di una cosa e la diffusione della cosa prodotta» non possono avere una «identica disciplina, come, invece, […] libertà del pensiero e libera manifestazione di esso».

Nonostante l'art 21.2 Cost. vieti qualsiasi forma di autorizzazione, il provvedimento *ex* art. 111 Tulps non è espressione del divieto costituzionale e l'interpretazione del testo costituzionale offerta dalla Corte trasforma il duplice divieto in un'endiadi, implicando l'assorbimento dell'atto autorizzatorio nel concetto di censura[42].

---

[40] Cfr. sent. n. 38/1961, sull'ormai abrogato art. 111 Tulps e sull'art. 662 Cod. pen., su cui v. la nota di E. CHELI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giur. cost.,* 1961, pp. 684 e ss.

[41] L'accezione è entrata «[…] da decenni nell'uso comune, è un nome tecnico, e come tale fu assunto nella norma costituzionale. Se occorresse conferma, si potrebbe fare riferimento all'art. 1 della legge sulla stampa 8 febbraio 1948, n. 47, emanata dal medesimo legislatore costituente».

[42] Nonostante, dunque, l'autorizzazione attenga alle «attività connesse all'«uso dei mezzi di diffusione» intervenendo in «un momento di prestampa affinché eventualmente sia possibile impedire che la pubblicazione abbia inizio», e la censura sia sostanzialmente rivolta al blocco del prodotto di tali attività (così, S. FOIS, *Censura*, in *Enc. dir.,* vol. Vl, Milano, 1960, p. 721), la giurisprudenza costituzionale crea una sostanziale identità dei due concetti, almeno quanto ai rispettivi effetti costituzionali. Per un analogo *iter* argomentativo cfr. le decisioni sull'art. 156 del Tulps, poi abrogato dalla legge 689/1981, che imponeva il previo assenso dell'autorità di pubblica sicurezza alle questue politiche (cfr. sentt. n. 2/1957, 12/1972 su cui A. CERRI, *Regime delle questue: violazione del principio di eguaglianza e tutela della riservatezza*, nonché S. GRASSI, *Il diritto di indire sottoscrizioni e di effettuare raccolte di fondi: una "libertà atipica"?* entrambi in *Giur. cost.,* 1973, rispettivamente 48 e ss., 54 e ss., sent. n. 50/1975 con nota di G. AMATO, *La Corte, le questue e il dissenso*, in *Giur. cost.,* 1975, pp. 553 e ss.). In particolare, la sent. n 12/1972, nel collocare l'autorizzazione prevista dal Tulps nello spazio costituzionalmente indifferente dell'esercizio del diritto, ha buon gioco nell'affermare che «[…] una lesione dei diritti fondamentali, rilevabile attraverso il controllo di costituzionalità, si verifica solo quando determinati atti o attività siano collegati ai diritti medesimi con un rapporto di strumentalità così stretto che il loro divieto o le restrizioni poste alla loro esplicazione abbiano per effetto la preclusione o un grave pregiudizio alla loro soddisfazione».

Attraverso l'utilizzo della tecnica dissociativa la Corte individua, restringendone il contenuto, il significato della "censura" di cui al II comma dell'art. 21: quanto al destinatario soggettivo del divieto, la disposizione in esame si riferisce all'autorità pubblica, *longa manus* dell'amministrazione statale; quanto al profilo oggettivo, l'enunciato individua un potere finalizzato ad evitare, prima della pubblicazione, la circolazione e la diffusione degli stampati.

Certo, effetti restrittivi prodotti dalla disciplina ordinaria possono essere giustificati attraverso canoni alternativi[43], ma è di solito la tecnica dissociativa che prelude alla ricognizione sistematica di beni giuridici che legittimano la compressione dei diritti di libertà previsti dall'art. 21 Cost. L'oggetto della libertà di stampa non può ricomprendere le «[…] attività strumentali […] dirette […] all'organizzazione, predisposizione, preparazione e formazione del materiale che si presume destinato ad essere pubblicato». In queste ipotesi, il giudice civile può servirsi, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., di provvedimenti ablatori in funzione cautelare, diversi dal sequestro preventivo di cui all'art. 21.3 Cost., tutte le volte in cui la cui diffusione del materiale possa recare danno ai «diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientrano quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione»[44]. Come nel bilanciamento tra libertà di manifestazione

[43] In tal senso, la sent. n. 4/1972, sostanzialmente ripresa dalla sent. n. 60/1976, su cui C. CHIOLA, *La riproduzione a stampa del pensiero altrui,* in *Giur. cost.,* 1976, pp. 575 e ss., si serve dell'argomento psicologico per estendere l'ambito di applicazione dell'art. 21.3 Cost., che autorizza il sequestro preventivo solo in caso di violazione delle norme relative all'indicazione dei responsabili o di commissione di delitti appositamente previsti dalla legge sulla stampa. Proprio in relazione a quest'ultima ipotesi, la Corte ha scartato l'ipotesi della riserva rinforzata: in relazione al sequestro preventivo previsto per il reato di apologia di fascismo, si è affermato che la «[…] modifica apportata dalla prima Sottocommissione alla proposta originaria, con la sostituzione alla dizione "legge" di quella "legge sulla stampa", non fu espressione del proposito di dar vita ad un tipo speciale di riserva, essendosi anzi espressamente affermata […] la piena equivalenza fra le due dizioni».

[44] Così, rispettivamente, C. Cost., sent. n. 122/ 1970, con nota di M. MAZZIOTTI, *Diritto all'immagine e Costituzione*, in *Giur. cost.,* 1970, pp. 1530 e ss., e sent. n. 38/1973, su cui l'osservazione di G. PUGLIESE, *Diritto all'immagine e libertà di stampa,* in *Giur. cost.*, 1973, pp. 355 e ss. In questo senso, nonostante la Corte affermi una sorta di *Drittwirkung* della libertà di stampa, ritenendo che i diritti individuali espressamente previsti dalla Costituzione debbano comunque

del pensiero e beni giuridici di natura collettiva, il conflitto tra libertà di stampa e diritti individuali è risolto attraverso «una tecnica a tenaglia, anzitutto codificando un lungo elenco di diritti della personalità», da utilizzare, poi, «come catalogo di limiti […]»[45].

### 3. *Ancora sull'art. 21 come regola: dissociazione sulle fattispecie legislative e bilanciamenti definitori. Il diritto di libera manifestazione del pensiero come limite esterno alla legislazione*

Forse consapevole dei risultati restrittivi in termini di tutela, la Corte costituzionale ha adottato, ben presto, un orientamento diverso, maggiormente sensibile all'esigenza di precettività posta dal riconoscimento costituzionale dei diritti di libertà.

Anche in questi casi l'operazione ermeneutica si serve della dissociazione che conduce, tuttavia, ad esiti opposti rispetto alla topica dei limiti logici: l'argomento dissociativo, che rappresenta lo strumento pratico della delimitazione normativa, non è più riferito al parametro costituzionale ma è utilizzato per scorporare una sottoclasse di comportamenti punibili dall'ambito di applicazione della norma–oggetto, e arricchire, d'altro canto, «la lista dei presupposti richiesti dalla fattispecie incriminatrice»[46].

Questa tecnica interpretativa non solo ha fornito maggiore determinatezza a fattispecie che richiamano, quale elemento oggettivo del fatto tipico, tipologie di condotte dai contorni sfumati[47], ma

---

prevalere su altri interessi pubblici o privati, ammette poi provvedimenti di sequestro ulteriori rispetto al sequestro preventivo di cui all'art. 21.3 Cost.

[45] Così, criticamente, M. AINIS, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale,* cit., p. 29.

[46] Così A. Tesauro, *Il bilanciamento degli interessi,* cit., p. 144.

[47] Si pensi, ad esempio a C. Cost. sentt. nn. 1/1957, 74/1958 (su cui l'osservazione redazionale di C. ESPOSITO, in *Giur. cost*., 1958, pp. 958-959), ripresa poi dalla sent. n. 15/1973, su apologia di fascismo e manifestazione fasciste (artt. 4 e 5 della l. n. 645/1952 di attuazione della XII disp. trans.); sent. n. 65/1970 sull'apologia di delitto (art.414.3 c.p.), con nota di A.C. JEMOLO, *Lo stato può difendersi*, in *Giur. cost*., 1970, pp. 957 e ss., *adde* G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414, ultimo comma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1971, pp. 18 e ss.; sent. n. 108/1974, sull'istigazione all'odio tra classi sociali (art. 415 c.p.), su cui G. BO-

ha anche corretto, come nel caso del mancato riconoscimento dell'*exceptio veritatis* al giornalista, bilanciamenti legislativi viziati da una sovrainclusione repressiva[48].

La Corta rafforza le barriere entro le quali può liberamente svolgersi il discorso pubblico, resistendo alle pressioni esercitate sia da esigenze di autoconservazione dell'autorità sia da tentativi di sterilizzazione portati avanti dalla legge in nome di regole comunitarie che richiedono l'incriminazione di manifestazioni del pensiero ritenute oscene, oltraggiose, o comunque irrispettose del sentimento della comunità.

Così, ad esempio, e con riguardo alla dialettica individuo/autorità, l'apologia di fascismo non consiste in una semplice «difesa elogiativa, ma in un'esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista» [49]; analogamente, il reato di manifestazioni fasciste non vuole colpire «[…] qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista», ma solo quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che possono determinare il pericolo della sua riorganizzazione[50]; l'apologia di delitto, prevista dall'art. 414.3 c.p., non si riferisce alla «[…] manifestazione del pensiero pura e semplice», ma a quella istigazione "indiretta" «[…] che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»[51].

---

GNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico,* in *Giur. cost.,* 1974, pp. 1433 e ss.; sent. n. 9/1965 sull'art. 553 c.p., relativo alla fattispecie, poi dichiarata illegittima nella sent. n. 49/1971, dell'incitamento a pratiche contraccettive; sent. n. 84/1969, con nota di A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda istigazione ad agire*, in *Giur. cost*., 1969, pp. 1178 e ss., sull'art. 507 c.p., relativo al boicottaggio industriale attuato mediante propaganda; sentt. nn. 30/1982, 519/2000, sulle attività e manifestazioni sediziose del militare (artt. 182 e 183 del codice penale militare).

[48] Purché ricorrano gli estremi del diritto di cronaca: così C. Cost., sent. n. 175/1971, che ha rifinito, in via interpretativa, la disciplina posta dall'art. 596 c.p.

[49] Cfr. sent. n. 1/1957.

[50] Cfr. sentt. nn. 74/1958, 15/1973.

[51] Cfr. sent. n. 65/1970. In senso analogo, sent. 9/1965, ove il divieto di propaganda anticoncezionale non comprende quelle forme espressive che mirano «a convincere dell'utilità e necessità in un determinato momento storico e in un particolare contesto economico-sociale di limitare le nascite e di porre regole al ritmo della vita»; sent. n. 84/1969, secondo cui il divieto di boicottaggio industriale attuato mediante propaganda non può essere considerato punibile «[…] quando esercitat[o] dal singolo in condizioni di insignificante rilievo»: piuttosto esso deve essere

Il procedimento intellettuale, come si evince, risulta eguale e contrario all'attività di individuazione dei limiti logici: mentre in quelle occasioni la Corte, attraverso la dissociazione dalla manifestazione del pensiero di ciò che è considerato logicamente "altro" dalla libertà costituzionalmente tutelata, restringe l'efficacia della norma costituzionale, in queste ipotesi il Giudice delle leggi riduce lo spettro della fattispecie incriminatrice e, indirettamente, rafforza la precettività del diritto di libertà.

L'interpretazione restrittiva della norma oggetto è preceduta, almeno nelle pronunce più recenti, dall'esplicito confronto degli interessi in conflitto: così, l'esigenza di tutelare il pudore sessuale e la «moralità giovanile», che necessita l'incriminazione della propaganda anticoncezionale, deve essere comparata con la libertà di manifestazione del pensiero, vera e propria «condizione […] del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale»[52]; il divieto di apologia di delitto trova la propria giustificazione «nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, […] finalità immanente del sistema»[53].

Ciò che contraddistingue questa forma di ponderazione giudiziale è, soprattutto, il particolare esito del giudizio. La Corte costituzionale, infatti, «esplicita, a partire da alcuni casi paradigmatici […], alcune proprietà rilevanti che si ritengono comuni a diverse ipotesi di conflitto»[54], e cristallizza in una norma generale e astratta il contrasto tra opposti interessi.

---

sanzionato solo qualora raggiunga «[…] un grado tale di intensità tale da risultare veramente notevole»; sent. 108/1974, che restringe la punibilità dell'istigazione all'odio tra le classi sociali solo ove questa avvenga «in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Un analogo procedimento ermeneutico è stato seguito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America che, con riferimento all'apologia sovversiva, ha stabilito come il legislatore non possa punire la mera *advocacy* di un fatto criminoso ma solo le espressioni che si traducano in un incitamento, diretto o indiretto, a commettere azioni illecite. Cfr. *Brandeburg v. Ohio,* 395 U.S. 444, p. 447 (1969).

[52] Cfr. sent. n. 9/1965.

[53] Cfr. sent. n. 65/1970.

[54] In tal senso G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, cit., ma per una enucleazione teorica del bilanciamento definitorio cfr. anche J. J. MORESO, *Conflitto tra principi costituzionali,* cit., pp. 201 e ss.

La *regula iuris*, suscettibile di essere applicata in casi analoghi, non solo stempera la natura polemica del conflitto ma traduce anche la controversia materiale in una ponderazione formale e, in ultima istanza, trasforma il bilanciamento da giudizio *sapienziale* «in […] ragionamento "procedurale"»[55]. Il soddisfacimento della «condizione di universalizzabilità», spinge la ponderazione definitoria verso i paradigmi della razionalità formale[56]; la capacità di «stabilizzarsi in vista di un'applicazione a casi futuri è una condizione essenziale di razionalità della decisione», poiché trasforma «il giudizio qualitativo (la soluzione *a* è migliore della soluzione *b*) in un concetto teoretico idoneo a collegare le circostanze di fatto a una fattispecie normativa, cioè a fornire il termine medio di un'argomentazione in forma dimostrativa»[57].

La formalizzazione delle tecniche di giudizio produce esiti garantistici che soddisfano il paradigma sostanziale del discorso pubblico, che richiede una forte neutralità e, quindi, un obbligo di astensione gravante sul pubblico potere rispetto alla repressione di particolari contenuti espressivi.

All'universalizzabilità della pronuncia si aggiunge la sua accettabilità[58].

Vi sono, infatti, diversi casi in cui il Giudice delle leggi ha giustificato dall'esterno le premesse decisorie[59] attraverso considerazioni legate ora al contesto normativo, politico o sociale in cui si colloca la decisione, ora alla particolare situazione di fatto da cui è sorta la questione di legittimità costituzionale. Queste argomenta-

[55] Così G. PINO, *Conflitto e bilanciamento,* cit., p. 261.

[56] Cfr., in tal senso, N. MACCORMICK, *Universalization and Induction in Law*, cit., pp. 100 e ss., pp. 98 e ss., nonché M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standard,* in *L'analisi del ragionamento giuridico,* cit., pp. 339 e ss.

[57] Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 54.

[58] Sull'accettabilità come condizione procedurale del ragionamento normativo cfr. A. ARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *I fondamenti del ragionamento giuridico,* in *L'analisi del ragionamento giuridico,* cit., pp. 177 e ss. In questo senso, non è detto che il riferimento alle caratteristiche del caso individuale sia di per sé sufficiente a rendere l'argomentazione accettata dall'uditorio ma, di certo, aumenta le *chances* di creare una sua condivisione razionale fondata sull'individuazione di un linguaggio comune, di una uniformità di valori e di dati empirici condivisi tra l'istituzione che decide il caso e l'universo dottrinale di riferimento.

[59] Cfr. *supra*, cap. I, § 4.2.

zioni, proprio perché arricchiscono la persuasività della motivazione, aumentano la possibile accettazione della stessa, quanto meno nel senso di fornire dati empirici suscettibili di discussione nella comunità scientifica di riferimento accentuando, quindi, la controllabilità dell'*iter* motivazionale seguito[60].

Sono argomenti che ritornano soprattutto quando si tratta di colmare la clausola generale del buon costume, frammento normativo[61] semanticamente indeterminato che rinvia a parametri valutativi comunque legati alla realtà del caso concreto[62]: così, la *ratio* che giustifica l'incriminazione della propaganda anticoncezionale, nel mutato quadro costituzionale, non può più coincidere con la «volontà di potenza» del regime autoritario – e quindi con la necessità di eliminare qualsiasi ostacolo alla massima espansione demografica – ma deve essere valutata alla luce della tutela del buon costume, concetto aperto all'evoluzione dei costumi sessuali e, quindi, suscettibile di essere ridefinita alla luce della sensibilità della comunità in un dato momento storico[63]. Il mutamento del bene tutelato determina una trasformazione qualitativa del conflitto, che riflette la tensione delle istanze libertarie non più con il conformismo ideologico imposto dal passato regime, ma con il sentimento di decenza espresso dalla comunità. Mentre nella sent. n. 9/1965, la definizione di buon costume è collocata tra le irrilevanti filiere dell'*obiter dictum*, nella successiva sentenza n. 49/1971 essa assurge a vera e propria *ratio decidendi*, trasformando il «consiglio», proprio dell'interpretazione restrittiva, nel «comando» dell'accoglimento *tout court*[64]. In realtà, nell'ambito del pudore sessuale,

[60] In tal senso cfr. G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento,* cit. pp. 353 e ss., che individua i criteri della razionalità discorsiva nella coerenza logica e nella sufficienza delle ragioni teoriche e normative. Sulla controllabilità quale presupposto della razionalità nell'argomentazione giudiziale cfr. A. ARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *I fondamenti del ragionamento giuridico,* cit., p. 123.

[61] Già K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico,* cit., p. 197, evidenziava come le clausole generali non presentano struttura propria, risultando, tutt'al più, semplici elementi costitutivi della fattispecie normativa.

[62] Così K. ENGISCH, *Introduzione,* cit., p. 162.

[63] Così sent. n. 9/1965.

[64] Così A. PIZZORUSSO, *Le motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale*: *comandi o consigli?* in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1963, pp. 345 e ss., nonché, per

l'evoluzione della «[…] coscienza comune e […] del progressivo allargarsi della educazione sanitaria», «l'esigenza di una informata coscienza sociale» in materia di pratiche contraccettive richiedono l'annullamento di quelle norme strumentali alla promozione della politica demografica propria del regime fascista[65].

La Corte costituzionale, attraverso la finestra della clausola generale, oltrepassa rigidi meccanismi dogmatici per guardare all'evoluzione sociale e valutare la rispondenza della *ratio legis* alle mutate istanze della società[66], che assurgono a presupposti di fatto della pronuncia.

Allo stesso modo, la particolare attenzione al fatto porta a ritenere che l'autore della detenzione di materiale osceno non possa essere incriminato qualora la condotta difetti di offensività, quando cioè «considerato il contesto e le modalità in cui quegli atti e quegli oggetti sono compiuti o esposti […] si esauriscano nella sfera privata e non costituisc[a]no oggetto di comunicazione verso un numero indeterminato di persone» [67]. La pubblicità della condotta è l'ulteriore proprietà rilevante che deve necessariamente arricchire il fatto tipico affinché quest'ultimo sia conforme alla norma costituzionale.

Nelle ipotesi in cui la regola definitoria non si traduca in un dispositivo ablatorio ma in una mera riduzione interpretativa, come peraltro avviene nella maggior parte dei casi, il Giudice delle leggi pone le basi per un mutamento qualitativo del bene giuridico tutelato che prelude ad una torsione genetica dei reati di opinione, che

---

quanto più interessa in questa sede, ID., *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling*", in *Giur. cost.,* 1971, p. 531.

[65] Cfr. sent. n. 49/1971 con note di A. PIZZORUSSO, *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling*", cit., E. Grassi, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose,* S. BELLOMIA, *Sei anni dopo,* tutte in *Giur. cost.,* 1971 rispettivamente pp. 527 e ss., pp. 531 e ss., pp. 552 e ss.

[66] Cfr. sent. n. sent. n. 191/1970: «[l]a Costituzione […] usa locuzioni come 'senso di umanità', 'buon costume', "dignità sociale", né si può dire che le relative norme manchino di un identificabile valore positivo. Il costume varia notevolmente secondo le condizioni storiche d'ambiente e di cultura, ma non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano».

[67] Cfr. C. Cost., sent. n. 368/1992, in relazione all'art. 528 c.p.

da fattispecie di pericolo presunto mutano in reati di pericolo concreto accertabili dal giudice comune. Tale osservazione vale, soprattutto, per fattispecie che si collocano entro il paradigma di tutela dell'ordine pubblico, come l'apologia di fascismo, l'apologia di delitto, l'istigazione all'odio tra classi sociali, tutte fattispecie originariamente previste per la tutela di beni giuridici fortemente idealizzati, e che ora, a seguito dell'intervento della Corte, risultano accumunate dalla necessità di tutelare, più che un ordine immanente di valori, uno stato materiale di pace che deve essere accertato dai giudici comuni alla luce delle particolari circostanze del caso individuale.

Il Giudice delle leggi riformula, così, la disposizione oggetto del giudizio, e crea una norma nuova generale e astratta, per ciò stesso maggiormente stabile che, pur nel rispetto delle scelte legislative, tenta di disinnescare l'effetto raggelante (*chilling effect*) della norma penale su forme espressive costituzionalmente tutelate[68]. Le *regulae iuris* coincidono con gli *standard* di giudizio che devono essere seguiti dal giudice comune nel singolo caso individuale, e lasciano comunque aperto l'esito finale del conflitto: in effetti, la regola enunciata dalla Corte costituzionale rimanda ai giudici *a quibus* la valutazione intorno al rapporto di prossimità e di causalità tra la condotta espressiva e l'evento giuridico tipizzato dalla stessa Corte. La decisione, lungi dal richiamare esclusivamente un'applicazione logico-deduttiva dello *standard*[69], richiede una valutazione dei giudici comuni, che dovranno di volta in volta apprezzare e ("pesare") le proprietà rilevanti della singola *quaestio facti*[70].

---

[68] La finalità dell'operazione ermeneutica, diretta fornire una tutela avanza alla libertà di manifestazione del pensiero, accomuna così questa forma di bilanciamento "definitorio" al *definitional balancing* inaugurato dalla Corte Suprema statunitense a cavallo degli anni '60 del XX sec., su cui C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione,* cit., pp. 290 e ss.

[69] Come invece ritengono alcuni autori, tra cui A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi,* cit. pp., nonché J. J. MORESO, *Conflitto tra principi,* cit., pp. 220-221. Nel senso del testo, invece, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento,* cit., pp. 269 e ss.

[70] Non è un caso, allora, che parte della dottrina classifichi queste ipotesi come «deleghe di bilanciamento» (così R. BIN, *Diritti e argomenti,* cit. pp. 120 e ss.) o bilanciamento «differiti» (in tal senso A. MORRONE, *Il custode,* cit. pp. 378

## 4. *Senza dissociazione: controllo di razionalità e logica delle (buone?) ragioni*

L'equiparazione materiale – per via argomentativa – di interessi concorrenti alla libertà di manifestazione del pensiero comporta progressivamente l'abbandono della tecnica dissociativa. Il giudice delle leggi si libera del preludio dissociativo per effettuare direttamente il bilanciamento tra interessi confliggenti: una volta ricostruita attraverso un'indagine teleologico-oggettiva la *ratio* della norma di legge, e aver quindi disegnato la particolare «topografia» del conflitto[71], la Corte "pesa" e, conseguentemente, sceglie l'interesse prevalente. È la "dignità" costituzionale del bene in conflitto che orienta l'ago della bilancia, sulla base dell'apodittica attribuzione del rango «costituzionale» o, addirittura, «supremo» ad uno degli interessi coinvolti. Rispetto alla giurisprudenza sui limiti naturali che funzionalizza le situazioni soggettive previste dall'art. 21 Cost, o al bilanciamento definitorio che corregge, in senso garantista, le scelte repressive del legislatore penale, questo diverso protocollo di giudizio si caratterizza per l'indagine teleologico-prescrittiva compiuta sulla *ratio legis* e per l'enfasi argomentativa dedicata al fondamento del contro-interesse, che promuove generiche finalità legislative al rango di specifici valori costituzionali.

Sono pronunce che realizzano una ponderazione tra interessi contrapposti «rispetto alle esigenze del caso astratto disciplinato dalla legge […]»[72]; in quanto tali, anche queste sottolineano

---

e ss.). In rarissime ipotesi, la Corte può delegare la stessa autorità di p.s.: si pensi alla sent. n. 121/1957 che ha salvato l'art. 68 Tulps, che richiedeva la licenza del questore per l'esposizione in pubblico di rappresentazioni teatrali e cinematografiche. La preventiva autorizzazione non comporta una «censura o controllo sul contenuto delle opere teatrali o cinematografiche». L'autorità di p.s., infatti «potrà tenere presente anche il contenuto delle rappresentazioni, ma al limitato scopo di valutare se in particolari situazioni di tempo, di luogo, di ambiente, la pubblica rappresentazione di tali opere possa provocare pericoli».

[71] Utilizza questa definizione R. BIN, *Diritti e Argomenti* cit. p. 62 e ss. Sulla «perimentazione» del conflitto come attività tipica del giudizio di legittimità costituzionale, preliminare alla scelta dell'interesse prevalente, cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit., pp. 306-307.

[72] J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi),* in *Dig. disc. pubbl.,* XII, Torino, 1995, p. 351.

l'astrattezza del controllo di costituzionalità, svalutando, per converso, la naturale concretezza dell'accesso diffuso. Ciò che rileva, in questi casi, non è tanto il contesto giudiziale ove deve trovare applicazione la norma di legge di cui è in dubbio la legittimità costituzionale[73], quanto il raffronto astratto tra le ragioni della legge e la consistenza materiale della Costituzione. La duplice attività interpretativa, «[…] svolta sia sul piano norma *sub judice*, sia su quello dell'individuazione […] della norma parametro[74]» si riduce ad un sindacato di razionalità[75], che dissolve il conflitto nella cornice pluralista della Costituzione. In questo senso, allora, "la distillazione" della *ratio legis* ha come sbocco obbligato una finzione di omogeneità, finalizzata, appunto, a «[…] rendere […] confrontabili […] ordini normativi che omogenei non sono, perché ispirati a logiche costruttive diverse (la relazione mezzi fini per la legge, l'adeguatezza rispetto a un valore per il principio costituzionale)»[76]. Da tale considerazione discendono due corollari, apparentemente contraddittori, ma in verità logicamente connessi: se ogni finalità perseguita dal legislatore è suscettibile di essere collocata, *ex post,* nel *pantehon* dei valori costituzionali, aumenta, paradossalmente,

[73] Come sottolinea G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* cit., p. 181, se fosse eliminata l'astrattezza conferita dal giudizio sulla legge o la concretezza del caso sorto nel processo principale verrebbe meno lo stesso carattere *lato sensu* interpretativo del controllo di costituzionalità: in tal caso non vi sarebbe una «[…] vera interpretazione del diritto, ma una sua interpretazione occasionalistica a opera del giudice della controversia concreta; oppure l'interpretazione si chiuderebbe in un insensato discorso sul diritto, sradicato dalla sua essenziale funzione regolatrice e amputato perciò dalla sua base di senso e dalla sua ragion d'essere».

[74] Così A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale,* cit., p. 94, nello stesso senso, A. MORRONE, *Il custode,* cit. pp. 339-340, G. SCACCIA, *Gli strumenti,* cit., pp. 111 e ss.

[75] Il controllo di razionalità rappresenta uno degli aspetti "morfologici" del giudizio di ragionevolezza da affiancare al giudizio di eguaglianza-ragionevolezza e al bilanciamento degli interessi (A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit. *passim*) o, secondo altre ricostruzioni, al controllo di ragionevolezza in senso proprio e al sindacato di giustizia (così G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza,* in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* cit., pp. 178 e ss.).

[76] Così G. SCACCIA, *Gli strumenti,* cit. p. 112, ma nello stesso senso, in fondo, A. MORRONE, *Bilanciamento,* cit., pp. 191-193, là ove individua nell'omogeneità dei beni in conflitto il presupposto delle stesse operazioni di bilanciamento compiute dalla Corte costituzionale.

la discrezionalità legislativa ed è ridotta, di conseguenza, la precettività delle disposizioni costituzionali; se i precetti costituzionali si perdono nel magma indistinto dei valori costituzionali ad essere sminuita è la stessa precettività del discorso pubblico e, conseguentemente, la sua capacità di fornire un'identità condivisa, democraticamente orientata, all'ordinamento costituzionale.

Non solo: proprio perché l'individuazione della *ratio legis* avviene, nella stragrande maggioranza dei casi, attraverso un'indagine finalistico-prescrittiva[77] di natura essenzialmente valutativa, giustificata alla luce della gerarchia di valori di volta in volta stabilita, l'ermeneutica della Corte si caratterizza per una ampia discrezionalità dagli esiti difficilmente prevedibili. In questo senso, se in (rare) ipotesi[78] il giudizio di prevalenza è favorevole alla situazione soggettiva e agli interessi di cui all'art. 21 Cost., in altre (più numerose) occasioni sono questi ultimi ad essere postergati a favore di istanze «non meno importanti»[79].

Emblematica è, a tal riguardo, la sentenza avente ad oggetto il divieto di pubblicazione, anche successivamente alla fase istruttoria, degli atti del procedimento penale tenuto a porte chiuse. La Corte valuta, così, la coerenza delle deroghe al principio di pubblicità del procedimento penale: mentre la pubblica igiene, «in tempo di diffusione di morbi epidemici o di altre malattie contagiose», o l'«eccitamento della riprovevole curiosità» non appaiono teleologi-

[77] Anche se non mancano, come evidenzia C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, (a cura di) *Lavori preparatori ed Original Intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 2008, pp. 229 e ss., ipotesi in cui il motivo della legge (*mens legis*) sia individuato attraverso una ricerca di natura storico-descrittiva, che intende la norma come fatto storico di cui bisogna determinare la causa. Per l'analitica distinzione tra argomento psicologico e argomento teleologico oggettivo cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, pp. 107-108 (più recentemente anche A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge,* Torino, 1996, pp. 38 e ss.).

[78] Cfr., ad esempio, C. Cost. sent. n. 105/1972, che dichiara illegittimo il riposo domenicale degli addetti alle imprese editrici e stampatrici di giornali perché contrastante con l'interesse ad essere informati dei cittadini e alla libera circolazione delle informazioni, e che contiene un primo accenno alla necessità di garantire il libero utilizzo dei mezzi in condizione di eguaglianza.

[79] Così C. Cost., sent. n. 25/1965, (su cui *infra*), con nota di V. CRISAFULLI, *In tema dei limiti alla cronaca giudiziaria,* in *Giur. cost.,* 1965, pp. 244 e ss.

camente connessi al «bene supremo» del perseguimento della giustizia, discorso diverso deve essere fatto per tutte quelle ipotesi, pure previste dal codice di procedura penale, ritenute proiezioni di interessi costituzionali[80].

In senso analogo, il limite del buon costume non ha solo un'accezione minima, assimilabile al pudore sessuale, ma può anche coincidere con le «pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea» riconducibili al «[…] bene fondamentale della dignità umana», che giustifica, in ultima istanza, l'incriminazione della condotta di diffusione di stampati impressionanti o raccapriccianti[81]. Si pensi, ancora, al giudizio sul reato di pubblicazione degli atti istruttori[82] che, seppur strumentale al perseguimento dell'interesse alla realizzazione della giustizia, alla dignità e alla reputazione di tutti coloro che partecipano al procedimento, ha anche il fine di assicurare la serenità, l'indipendenza e il principio del libero convincimento del giudice. In tutte queste ipotesi, i *countervalues* invocati dalla Corte assurgono al rango «[…] di "supervalore costituzionale"», idonei a limitare «qualsivoglia diritto di libertà»[83]. Ciò non comporta, per la verità, che la collisione tra opposti interessi sia sempre superata attraverso una "pesatura" delle diverse istanze in confitto: è sufficiente, infatti, che la disciplina legislativa appaia *prima facie* ragionevole, non incongruente con il fine della norma. Così, ad esempio, l'accesso paritario alla competizione elettorale giustifica il potere dell'ente locale di individuazione degli spazi per l'affissione di stampati, di giornali murali e di manifesti di propaganda durante la campagna elettora-

[80] In questo senso, il Giudice delle leggi salva le norme che vietano la pubblicità del dibattimento per tutelare «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; l'ordine pubblico, inteso nel senso di ordine legale, su cui poggia la convivenza sociale […]; la morale che va collegata al concetto di buon costume, limite espressamente dichiarato dall'art. 21; la tutela dei minori, per i quali la pubblicità dei fatti di causa può apportare conseguenze veramente gravi, sia in relazione allo sviluppo spirituale, sia in relazione alla loro vita materiale».

[81] Così sent. n. 293/2000, sull'art. 15 l. n. 47/1948.

[82] Cfr. sent. n. 18/1966, sostanzialmente ripresa dalla sent. n. 18/1981, sul combinato disposto dell'art. 684 c.p. e dell'art. 164 n. 1 del vecchio codice di rito.

[83] In tal senso, A. ODDI, *La riesumazione dei* boni mores, cit., p. 2247.

le: «[…] durante la campagna elettorale la concomitante e più intensa partecipazione di partiti e di cittadini alla propaganda politica determina una situazione che giustifica l'intervento del legislatore ordinario diretto a regolarne il concorso» [84]; in senso analogo, l'esistenza di «[…] altri interessi pubblici degni di primaria considerazione, come la sicurezza della viabilità e la tutela dei monumenti, dell'estetica cittadina, del paesaggio» giustifica la punizione, *ex* art. 663 c.p., della propaganda ideologica realizzata al di fuori degli spazi comunali[85].

Non mancano, poi, oltre a valutazioni sulla coerenza interna alla legge (*intra legem*), verifiche sulla compatibilità della disposizione alla luce del sistema normativo ove è inserita (*intra ius*), magari anche nell'ambito di una comparazione, sollecitata dal giudice *a quo,* tra le proprietà rilevanti della disposizione di legge e un eventuale *tertium comparationis*[86]. Così, la mancata previsione, nel vecchio codice di rito[87], della facoltà, per il giornalista, di astenersi

[84] Cfr. sent. n. 48/1964, con nota di S. FOIS, *Propaganda elettorale e mezzi di diffusione del pensiero*, in *Giur. cost.,* 1964, pp. 954 e ss. Con argomentazioni analoghe a quanto verrà statuito nel giudizio avente ad oggetto la legge sulla *par condicio*, la normativa in oggetto viene salvata perché pone «[…] tutti in condizione di parità. Essa assicura, cioè, che in uno dei momenti essenziali per lo svolgimento della vita democratica, questa non sia di fatto ostacolata da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza».

[85] Così sent. n. 129/1970. Ma v., più in generale, tutta la vicenda relativa all'imposizione tributaria sulla propaganda ideologica: nella sent. n. 131/1973, il Giudice delle leggi ha dichiarato illegittimo il tributo sulla propaganda ideologica realizzata «a diretta cura dell'interessato»; nella sent. n. 89/1979, invece, la Corte ha distinto, ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale, il tributo comunale sulla propaganda mediante affissione (non illegittimo) dall'imposizione tributaria sulla propaganda effettuata «mediante circolazione di persone con automobile». Sul punto C. CHIOLA, *Il regime misto delle affissioni per la propaganda ideologica*, in *Giur. cost.* 1979, pp. 666 e ss., che critica la giustificazione offerta dalla Corte sulla *ratio* dell'imposizione tributaria delle affissioni, tutta incentrata sul rilievo degli interessi coinvolti: «[…] la sicurezza, in quanto rientrante nel limite-principio dell'ordine pubblico, il paesaggio e la tutela del patrimonio storico ed artistico […] potrebbero costituire, in quanto interessi costituzionalmente protetti, altrettanti limiti all'affissione privata».

[86] Per una tassonomia che distingue, all'interno del giudizio di razionalità, tra contraddizione interna alla legge (*intra-legem*) e contraddizione all'interno di un dato sistema (*intra-ius*), entrambi sintomi di un più generale vizio di irragionevolezza, cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit., pp. 147 e ss.

[87] La materia è ora disciplinata dall'art. 200 c.p.p. ult. comma, che lascia al giudice il potere di imporre la deposizione qualora le notizie apprese dal giornali-

dalla deposizione sulle proprie fonti notiziali si giustifica, innanzitutto, per la diversa funzione che l'astensione svolge rispetto ad ipotesi affini: il segreto del giornalista, infatti, «[…] non ha carattere strumentale nell'ambito di un rapporto avente per oggetto prestazioni […]» professionali, né mira a proteggere la riservatezza di colui che le riceve, «[…] ma tende al miglioramento delle possibilità informative, presenti e future, di chi la notizia raccoglie».

Il diritto all'informazione, cui è funzionale il segreto del giornalista, pur essendo «cardine del regime di democrazia garantito dalla Costituzione», non può essere considerato «in astratto superiore a quello parimenti fondamentale della giustizia» e «nel conflitto tra tali due istanze, deve essere appunto il legislatore nella sua discrezionalità a realizzare la ragionevole ed equilibrata composizione degli opposti interessi»[88].

Se l'applicazione logico-deduttiva attraverso la dissociazione operata sulla disposizione costituzionale era una *fictio,* perché in realtà nascondeva il deferente giudizio di comparazione del diritto di libertà con altri interessi costituzionali, in queste ipotesi il bilanciamento cela invece una valutazione di coerenza teleologica tra mezzi predisposti e fine perseguito dal legislatore. Lo scrutinio tradisce fiducia nell'impalcatura organizzativa predisposta dal legislatore, per cui, una volta accertato che l'iscrizione all'albo non è condizione per l'esercizio della libera manifestazione del pensiero

---

sta siano «[…] indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità [possa] […] essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte di notizia […]». La disciplina codicistica, che pure trova un equilibrio sicuramente più favorevole alla posizione del giornalista rispetto al passato, nel momento in cui attribuisce al professionista la decisione sull'*an* della deposizione, sembra comunque difficilmente conciliabile con quanto previsto dall'art. 2.3, della l. 69 del 1963, che invece impone al giornalista un vero e proprio obbligo di segretezza sulle fonti notiziali. In tal senso cfr., diffusamente, G. E. VIGEVANI, *La protezione del segreto del giornalista al tempo di internet,* in *Costituzionalismo.it,* 2/2011.

[88] In tal senso cfr. Corte Cost. sent. n. 1/1981, su cui C. CHIOLA, *Lo jus tacendi dei giornalisti sulle fonti confidenziali*, in *Giur. cost*., 1981, pp. 421 e ss., nonché, adesivamente, M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e giornalisti,* cit., pp. 43 e 44. Sul punto v. anche sent. n. 59/1995, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità per eccesso di delega dell'art. 114 del codice di procedura penale del 1988 laddove stabiliva il divieto di pubblicazione sino alla sentenza di primo grado degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento.

attraverso la stampa[89], l'iscrizione obbligatoria del giornalista al relativo ordine è ritenuta misura opportuna rispetto al fine di associare i giornalisti in un organismo che, nei confronti del contrapposto potere economico del datori di lavoro, «[…] [contribuisca] a garantire il rispetto della loro personalità e, quindi, della loro libertà […]». Nonostante l'evidente confusione sulle funzioni dell'ordine, che non ha natura sindacale ma meramente organizzativa[90], diretta a tutelare i terzi e assicurare un adeguato livello di professionalità[91], l'iscrizione obbligatoria è considerata coerente con la finalità di costituire un «ordine a struttura democratica che con i suoi poteri di ente pubblico vigili, nei confronti di tutti e nell'interesse della collettività, sulla rigorosa osservanza di quella dignità professionale». Sebbene la l. n. 69/1963 identifichi l'attività giornalistica con l'esercizio di una pubblica funzione[92], introducendo «una serie di vincoli ed oneri allo svolgimento dell'attività giornalistica marcatamente discrezionali, che possono tradursi in un sindacato di me-

[89] C. Cost. sent. n. 11/1968, su cui criticamente E. CHELI, *In tema di legittimità costituzionale dell'Ordine e dell'Albo dei giornalisti*, G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionalità della l. n. 69 3 febbraio 1963, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, tutti in *Giur. cost*., 1968, rispettivamente pp. 318 e ss., 330 e ss. La medesima pronuncia dichiara illegittima la condizione di reciprocità per l'accesso alla professione giornalistica dello straniero: nonostante tale trattamento sia «[…] ragionevole […] in quanto al cittadino italiano venga assicurata una pari possibilità nello Stato al quale […] [lo straniero] appartiene, non può essere esteso allo straniero cittadino di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche […]».

[90] In senso unanime la dottrina: G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità,* cit., pp. 337 ss.; P. BARILE, *Vecchi e nuovi motivi di incostituzionalità dell'ordine dei giornalisti,* in *Probl. inform.,* 1989, p. 11, che sottolineava come l'ordine si traduca in un "doppione assurdo" del sindacato, M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e giornalisti* cit., p. 11 nonché A. PUGIOTTO, *L'ordine irrazionale. L'ordine dei giornalisti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale,* cit., p. 191, che rileva come l'accezione sindacale possa produrre una violazione anche dell'art. 39 Cost., implicante «una struttura associativa libera, di natura privata, ad appartenenza facoltativa».

[91] Sottolinea tale aspetto M. GRISOLIA, *Libertà di informazione e ordine dei giornalisti alla luce della riforma degli ordinamenti professionali*, in *Rivista Aic,* n. 4/2012, p. 3.

[92] M. PEDRAZZA GORLERO, *ibidem.*

rito sul pensiero e la condotta del giornalista […]»[93], l'ordine dei giornalisti è considerato necessario per la stessa tutela della libera manifestazione del pensiero dei professionisti della carta stampata. Non manca, poi, un'attenzione alla qualità del pubblico dibattito, che richiede un particolare regime di responsabilità a carico degli operatori dell'informazione: così, il pubblico interesse ad un'informazione obiettiva giustifica la perseguibilità di ufficio dell'omessa rettifica da parte del direttore responsabile e il diverso trattamento processuale rispetto all'ingiuria e alla diffamazione a mezzo stampa[94].

Il discorso pubblico e le situazioni soggettive ad esso sottese riacquistano precettività solo nei casi in cui l'oggetto normativo sia chiaramente eccedente rispetto al fine perseguito dalla norma legislativa: mentre l'obbligatoria iscrizione all'ordine del direttore e del vicedirettore responsabile è perfettamente coerente con la funzione di vigilanza dell'ente, analoghe conclusioni non possono essere tratte per il vincolo, imposto dalla legge, di selezionare direttore e vicedirettore fra i professionisti, escludendo dai ruoli apicali i pubblicisti. Estromettere *a priori* questi ultimi dall'attività direzionale significherebbe, infatti, «aggravare il limite posto alla libertà garantita dall'art. 21 della Costituzione […] senza un'adeguata giustificazione costituzionale»[95].

In generale, rispetto alla giurisprudenza sulla tecnica dissociativa, questo orientamento si distingue per le procedure argomentative seguite; in relazione, invece, alla giurisprudenza garantista del

---

[93] Così A. PUGIOTTO, *L'ordine irrazionale,* cit., p. 191, ma nello stesso senso anche S. FOIS, *Giornalisti (ordine dei),* in *Enc. dir.,* vol. XVIII, Milano, 1969, p. 714.

[94] C. cost., sent. n. 133/1974, con nota di C. CHIOLA, *L'accesso alla stampa periodica per la rettifica dei fatti e la difesa della dignità personale*, in *Giur.cost.*, 1974 pp. 1455 e ss.

[95] Cfr. sent. n. 98/1968, con note di F. LEVI, *In margine alla libertà del giornalista*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 1557 e ss., C. MEZZANOTTE, *Libertà di manifestazione del pensiero, libertà negativa di associazione e ordine professionale dei giornalisti*, ivi, pp. 1561 e ss. È invece coerente con il compito di vigilanza svolto dall'ordine l'obbligo di affiancare al direttore-editore della stampa ideologica un vicedirettore iscritto all'albo dei professionisti o dei pubblicisti, secondo la sent. n. 2/1971, su cui M. PEDRAZZA GORLERO, *Libertà di diffusione del pensiero e direzione della stampa periodica (A proposito del caso del direttore-editore di un periodico ideologico-politico)*, in *Giur. cost.,* 1971, pp. 11 e ss.

bilanciamento definitorio, a mutare è la posizione dell'art. 21 Cost, lasciato progressivamente ai margini del sistema costituzionale.

Guardando alle tecniche argomentative, il *distinguishing* operato sul testo della norma (costituzionale o legislativa), cede il passo ad un vero e proprio controllo di razionalità teleologica della norma oggetto del giudizio. Il Giudice delle leggi, infatti, ripercorre «a ritroso il processo logico del legislatore» e verifica che «il percorso seguito» abbia una «adeguata e giustificata connessione fra i suoi elementi costitutivi»[96] e altri interessi considerati particolarmente rilevanti. L'intervento legislativo è valutato alla stregua di un giudizio di razionalità, che si serve della presunta coerenza teleologica della disposizione rispetto al sistema esterno dei valori costituzionali o – in alternativa – rispetto all'assetto normativo entro cui è collocata la disposizione. In entrambe le ipotesi, a venire in rilievo è la congruenza della scelta normativa, la sua capacità di avere senso «[…] rispetto a principi, norme, valori […]»[97]. Eppure, nell'ambito del controllo di razionalità, la distinzione tra un giudizio fondato su parametri esterni al sistema positivo, e un sindacato interno che si sviluppa «all'interno delle scelte di valore espresse nella legislazione»[98], al di là dei pregi classificatori e analitici, non assume un'importanza dirimente.

La dicotomia sindacato interno/esterno ha sempre richiamato il livello di ingerenza della Corte costituzionale nel *domain* della

[96] Così S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, pp. 205-206.

[97] Così G. SCACCIA, *Gli strumenti,* cit., p. 221.

[98] Così G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività,* Bologna, 1978, 103 e ss., in particolare pp. 108, 112, 114, ma nello stesso senso B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione,* Padova, 1984, 45 e ss., nonché ID., *Le quattro fasi del giudizio di ragionevolezza,* in *Il principio di ragionevolezza,* cit., 261 e ss., che distingue tra un giudizio di ragionevolezza rispetto allo scopo e un giudizio di ragionevolezza rispetto al valore (entrambi momenti di un sindacato "forte" di ragionevolezza).

politica[99], sino a divenire strumentale, nelle ipotesi più estreme, alla teorizzazione della funzionalizzazione dell'attività legislativa rispetto ai valori costituzionali[100]. Nei casi appena analizzati, viceversa, sia il richiamo a valori o principi di rango costituzionale (se non meta-costituzionale), sia, *a fortiori*, la valutazione di coerenza entro il sistema normativo di riferimento, hanno svolto la funzione di legittimare *ex post* l'intervento legislativo.

Il controllo di razionalità si è tradotto in un bilanciamento (deferente) tra il principio desunto dalla norma oggetto di giudizio e il principio di libera manifestazione del pensiero tratto dal parametro costituzionale evocato[101].

Il risultato è un'evidente sterilizzazione del discorso pubblico, frammentato da normative infra-settoriali che conferiscono forti poteri di regolazione ai soggetti istituzionalmente preposti al perseguimento del fine della particolare disciplina di settore.

Il protocollo di giudizio inaugurato dalla Corte abbandona la conformazione in senso autoritario del diritto di libertà tipica della giurisprudenza sui limiti naturali, nonché i bilanciamenti definitori formulati in funzione garantista.

Le pronunce appena citate, infatti, non hanno più ad oggetto le norme repressive, ideologicamente orientate, del legislatore fascista. I limiti alla pubblicità del dibattimento, la mancata previsione dello *jus tacendi* a favore del giornalista o, ancora, l'istituzione dell'ordine dei giornalisti, non attengono tanto alla dimensione individuale del dissenso, ma riguardano, piuttosto, i confini istituzionali del discorso pubblico, che risulta frammentato dai principi di governo

---

[99] Invasione, secondo i fautori del controllo esterno, chiaramente auspicabile: «la razionalità che assuma come tavola di valori-base quelli facenti parti di [un] patrimonio ideale comune» rappresenta un «[…] criterio fecondo della azione della Corte, interprete […] in funzione correttiva, critica e stimolatrice rispetto alle deviazioni, alle deficienze, alle mistificazioni e alle contraddizioni che la lotta politica porta con sé».

[100] Cfr. soprattutto F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Teoria dell'atto legislativo,* cit., pp. 336-337, secondo il quale sindacato interno e sindacato esterno non sono altro che distinti momenti di un unico «vizio funzionale», che tradisce il rapporto di subordinazione finalistica della legge rispetto alla Costituzione.

[101] Sottolineano la coincidenza tra sindacato esterno e bilanciamento J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi),* cit. pp. 351 e ss., nonché F. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994,* in *Riv. amm. Rep. it.,* 1995, pp. 13 e ss.

di diversi sottosistemi comunicativi entro cui si svolgono attività potenzialmente rilevanti per l'apertura della sfera pubblica.

Ad entrare in crisi non è più il momento libertario dall'art. 21 Cost., quanto la funzione di orientamento del discorso pubblico, ormai parificato alle innumerevoli "buone ragioni" che legittimano l'intervento del legislatore e, quindi, diluito nella pluralità di interessi che innervano il sistema politico-istituzionale senza che sia possibile individuare uno *standard* di giudizio capace di vincolare l'*iter* argomentativo del giudice delle leggi e, conseguentemente, ampliare i confini esterni del discorso pubblico[102].

In sostanza, il controllo di razionalità da parte della Corte non impedisce solo che l'art. 21 rappresenti un parametro cogente per la legislazione, ma anche che attorno ad esso si sviluppi un protocollo che disegni «gli adempimenti procedurali» e argomentativi del giudizio[103].

Si può affermare, anzi, come sia lo stesso canone di razionalità ad integrare, in queste ipotesi, lo *standard* di giudizio, che ammette una disciplina di chiusura del principio di discorso ogni qual volta questa trovi una ragionevole giustificazione nella trama dell'ordinamento[104]. In tali pronunce, la razionalità strumentale sottesa alle

[102] Emblematica, a tal riguardo, è la vicenda dell'ordine dei giornalisti: dopo averne enunciato la necessaria esistenza per assicurare il libero esercizio della professione, la Corte ammette la richiesta di abrogazione referendaria della normativa perché nega un nesso di obbligatorietà tra la legge e i principi dettati *ex* art. 21 Cost. Sulla sent. n. 38/1997 v. M. C. GRISOLIA, *Libertà di informazione,* cit. p. 5.

[103] In tal senso cfr. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di*), cit., pp. 909 e ss., ma nello stesso senso S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio,* in *Il giudizio di ragionevolezza,* cit. pp. 203, e R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti,* in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1992, p. 215, che sottolinea la necessità di costruire una «motivazione […] che renda esattamente conto dei criteri che la Corte ha seguito al fine di giungere alla conclusione del prevalere di un certo valore su di un altro» e che disegni, all'uopo, una «scala di valori precostituita e formata sui singoli casi».

[104] La Corte realizza, così, uno scrutinio lasco, che supera l'originaria impostazione espositiana che richiedeva un necessario fondamento costituzionale dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero. In questo senso cfr. anche A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi,* in *Enc. giur.,* vol. XXV, Roma, 1994, p. 15, che riconosce come la giustificazione del limite non sia tratto da un preciso quadro di

scelte legislative prevale sul principio-fine del discorso pubblico, restringendone il grado di apertura.

### *4.1. Dall'esercizio del diritto all'inclusione dei mezzi di diffusione nel discorso pubblico: la libertà di manifestazione del pensiero come limite interno alla legislazione*

L'abbandono della tecnica dissociativa segna l'avvento, nell'ambito dell'art. 21, del sindacato di ragionevolezza (*sub specie* di controllo di razionalità – principio meta-procedurale di distribuzione dell'onere argomentativo) – che prelude ad uno scrutinio meno rigido che lascia alla Corte la possibilità di intervenire solo in caso di trattamento normativo palesemente ingiustificato[105].

Tale orientamento rappresenta diretta evoluzione dell'assunto, fatto proprio dal Giudice delle leggi nella sent. n. 1/1956, secondo cui, accanto ad ogni diritto fondamentale vi è uno spazio costituzionalmente neutro coincidente con l'ambito del suo esercizio.

Se, infatti, la disciplina delle modalità di esercizio di un diritto non può essere considerata di per sé «violazione o negazione del diritto»[106], il controllo di costituzionalità non solo scarta una precettività "forte" del parametro costituzionale, ma rifiuta anche l'elaborazione di una dottrina comprensiva del discorso pubblico.

---

valori costituzionali ma sia, piuttosto, «un dato di rilevanza sociale immediatamente valutabile».

[105] Insistono sull'aspetto procedurale e argomentativo del sindacato di ragionevolezza, tanto da individuare una diversa graduazione dello scrutinio a seconda dell'ambito di intervento della disciplina oggetto del giudizio A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di),* in *Enc. giur.*, Agg., vol. XIV, Roma 2006, pp. 9 e ss., nonché G. SCACCIA, *Gli strumenti,* cit., pp. 103 e ss. Deve ricordarsi, peraltro, come le prime pronunce sulla «adeguata giustificazione» dell'intervento legislativo nascano intorno al giudizio di eguaglianza e, in particolare, intorno alla verifica di costituzionalità delle differenziazioni legislative: cfr. in particolare la sent. n. 46/1959 sui canoni dei livelli veneti e friulani, soprattutto la sent. n. 19/1960, che ha considerato congruente rispetto al fine della norma riservare agli oriundi (nati o residenti) della Provincia di Bolzano l'accesso all'ufficio di segretario comunale. In questo senso cfr. già L. PALADIN, *Una questione di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici*, in *Giur. cost.,* 1960, pp. 149 e ss. che a commento della pronuncia sottolineava l'evoluzione del principio di eguaglianza «[…] nei termini, affatto nuovi, della "giustificatezza", della "ragionevolezza", della carenza di "arbitrio" […]» (ivi, p. 150).

[106] Sent. n. 1/1956.

Il sindacato di legittimità costituzionale si radica su un metodo casistico, schiacciato sul caso oggetto di esame e sulla disciplina ad essa applicabile. Caso, tuttavia, che nel controllo di razionalità è considerato nella sua "genericità" e astrattezza, essendo minima l'influenza delle circostanze fattuali che sottostanno alla norma. A rilevare, infatti, sono soprattutto le proprietà generali entro cui sussumere il caso individuale[107].

Alla luce di tali considerazioni, emerge, nell'ambito del generale sindacato di ragionevolezza, un ulteriore orientamento giurisprudenziale, relativo ai mezzi di diffusione (in particolare il mezzo radiotelevisivo). In quest'ambito, il giudice delle leggi argomenta per considerazioni legate al contesto spazio-temporale in cui si colloca il singolo giudizio, anche per la presenza, almeno nelle prime pronunce, del "concetto valvola" dell'utilità generale di cui all'art. 43 Cost. che consente «i trionfi […][della] forza normativa del fatto»[108]. La "pesatura" degli interessi avviene alla luce di considerazioni legate a dati extra-normativi, di natura politico-fattuale o scientifica[109], che mirano a giustificare, dall'esterno, l'enunciazione

[107] Nonostante sia ormai comunemente accettato che oggetto del giudizio di legittimità in via incidentale sia una «situazione normativa», formula «[…] che vuol ricomprendere il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni […]» (così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* Torino, 2009, p. 88), non può non rilevarsi come vi siano, nella copiosa giurisprudenziale costituzionale, diverse modalità combinatorie di questi elementi. In questo senso, vi è una stretta connessione tra le tecniche argomentative utilizzate dalla Corte e la dinamica del "fatto" nel singolo giudizio di legittimità.

[108] Così E. ROPPO, *Il servizio radiotelevisivo tra giudici, legislatore e sistema politico*, in *Giur. cost.,* 1988, pp. 3045, 3046.

[109] È piuttosto comune, nei giudizi di legittimità costituzionale, l'utilizzo di argomenti tratti dall'osservazione del costume sociale, dal riferimento a leggi statistiche magari tratte dai comuni dati di esperienza (secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*), dal richiamo a dati scientifici o tecnologici, effettuati anche grazie all'esercizio (assai raro, come emerge dallo studio di T. GROPPI*, I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, pp. 265-279) dei poteri istruttori, o più genericamente, da considerazioni *lato sensu* politiche relative alla contingenza o straordinarietà di una situazione fattuale, o agli effetti, in chiave di politica del diritto o politica economica, di una determinata normativa. Cfr. in generale le ricognizioni di R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit. pp. 316-332, nonché, più recentemente, G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi,* Messina 2008, pp. 119 e ss., M.

della *regula iuris* espressa nella motivazione. Oggetto del giudizio diviene la congruenza della *ratio legis* «con la realtà naturale empiricamente considerata»[110], con quei «contesti umani» suscettibili di «utilizzazione razionale […] nella costruzione di norme sulla base delle prescrizioni-fonte»[111]. Questo protocollo argomentativo esalta la concretezza del giudizio di legittimità, perché evidenzia il particolare contesto applicativo e la collocazione spazio-temporale della norma oggetto del giudizio. Il contenuto della decisione è determinato dalla peculiare «situazione materiale che ha dato origine alla questione di legittimità costituzionale e che è il riflesso di un certo modo di essere della realtà sociale di fronte ad una disciplina astratta»[112].

Questa "concretizzazione" della disposizione di legge al caso di specie produce effetti sotto tre diversi profili, logicamente connessi, relativi a) alla struttura normativa dell'art. 21 Cost.; b) alla funzione della libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento; c) allo scopo dell'intervento legislativo, che persegue una finalità promozionale e di riequilibrio delle imperfette condizioni di fatto.

Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, l'oggettiva incompatibilità tra l'art. 21 Cost. e la riserva originaria allo Stato dei servizi di televisione circolare è esclusa sulla base della considerazione che «lo Stato monopolista si trova istituzionalmente nelle condizioni di obbiettività e imparzialità più favorevoli per conseguire il superamento delle difficoltà frapposte dalla naturale limitatezza del mezzo»[113]. Rilevato come la diffusione radiotelevisiva sia un'attività «di preminente interesse generale», per «l'altissima importanza che, nell'attuale fase della nostra civiltà, gli interessi che la televisione tende a soddisfare (informazione, cultura, svago) assumono […]

---

AINIS, *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca,* in *Studi in onore di Franco Modugno,* vol. I, Napoli, 2011, pp. 5 e ss.

[110] G. SCACCIA, *Gli strumenti,* cit. p. 229

[111] Così C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova, 1973, p. 1580.

[112] Così A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit. p. 415, che individua l'*ubi consistam* del giudizio di ragionevolezza nel suo essere *medium* tra disposizioni costituzionali, disposizioni legislative e contesti.

[113] Cfr. sent. n. 59/160, con nota di S. FOIS, *Libertà di diffusione del pensiero,* cit., pp. 1127 e ss.

per il corpo sociale nella sua unità», il presupposto di fatto (la limitatezza delle risorse) richiede l'avocazione statale del mezzo, per il timore che «in regime di libertà di iniziativa» i mezzi di diffusione del pensiero diventino «privilegio di pochi»[114].

La legittimità costituzionale della riserva allo Stato viene argomentata attraverso la verifica della rispondenza ai «fini di utilità generale» del monopolio statale in condizioni di limitatezza delle risorse[115]. Il dato extra-normativo determina, in ultima analisi, una manipolazione qualitativa degli interessi sottesi all'art. 21: in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero, che non comporta un diritto soggettivo al mezzo, deve essere esercitata nel rispetto del principio di eguaglianza, «[…] cardine del nostro ordinamento […] la cui scrupolosa osservanza si impone specialmente là dove venga in giuoco l'esercizio di un fondamentale diritto di libertà»[116]. Le condizioni di fatto interagiscono con la libertà costituzionale, includendo la disciplina del mezzo radiotelevisivo nell'orbita del discorso pubblico, e si traducono nell'enunciazione del principio della libera utilizzazione del mezzo in condizioni di eguaglianza[117].

L'innesto degli artt. 3 e 21 sull'art. 43 Cost. comporta l'individuazione di due ulteriore regole, logicamente correlate, che condizionano la legittimità del monopolio: da un lato, la riserva statale trova giustificazione solo se il pubblico servizio è ispirato ad obiettività e imparzialità, così aprendosi ai diversi orientamenti presenti in società; dall'altro, tale esigenza può essere soddisfatta solo se la

[114] Sent. n. 59/1960.

[115] Cfr. sent. n. 225/1974 su cui R. ZACCARIA, *L'alternativa posta dalla Corte: monopolio "pluralistico" della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio*, C. CHIOLA, *I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, entrambi in *Giur. cost.,* 1974, rispettivamente pp. 2169 e ss., 2191 e ss.: «[l]a radiotelevisione adempie a fondamentali compiti di informazione, concorre alla formazione culturale del paese, diffonde programmi che in vario modo incidono sulla pubblica opinione e perciò è necessario che essa non divenga strumento di parte».

[116] Sent. n. 225/1974.

[117] Vi è, quindi, coincidenza tra le motivazione della Corte e quanto a suo tempo sostenuto da V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà di informazione*, cit., p. 297, secondo il quale «[…] la garanzia della libertà di espressione deve comprendere quella del libero uso dei mezzi, non già nel senso di escluderne una disciplina differenziata, e meno che mai di imporne l'appartenenza e la gestione privata, quanto nel senso che debba esserne assicurata la libera utilizzazione in condizione di eguaglianza».

garanzia del diritto d'accesso è assicurata nella misura massima consentita dai mezzi tecnici[118].

L'obbligo formale di astensione che la regola del diritto di libertà poneva a carico del pubblico potere si traduce, in questo settore, in un obbligo di intervento gravante sullo Stato che deve disciplinare il *forum* radiotelevisivo nel senso della sua massima apertura possibile[119].

La massima enunciata richiama, già nella sua formulazione, la caratteristica tipica dei principi come norme a fattispecie aperta, privi di protasi normativa predefinita, che trovano le proprie condizioni di applicazione in quelle circostanze di fatto che determinano il verso della loro realizzazione. In tal senso, il mancato riscontro della limitatezza delle risorse tecniche comporta, in sequenza, l'illegittimità costituzionale della diffusione, sia via cavo sia via etere su scala locale. Per quanto riguarda, in particolare, la diffusione via cavo, la diversa tecnica di diffusione rende non più giustificati quei fini di utilità generale necessari per la riserva allo Stato del servizio. Ciò posto, le argomentazioni fattuali portano ad un giudizio sulla adeguatezza della riserva allo Stato della diffusione che si rivela non sufficiente «[…] a garantire il raggiungimento dei fini in vista dei quali la Costituzione la consente»[120].

L'*iter* argomentativo della decisione è ripresa dalla successiva sent. n. 202/1976 che, insieme alla precedente pronuncia, apre alla presenza dei soggetti privati nel mercato. Ancora una volta è la valutazione sulla limitatezza dei canali e delle risorse disponibili a determinare il contenuto della decisione: ancorché non sussista «[…] la illimitatezza di frequenze, propria delle trasmissioni via cavo, e-

[118] Vengono poi specificate le singole direttive che il legislatore avrebbe dovuto seguire (e che saranno nella specie riprese dalla l. n. 103/1975) nel riordino del settore. Le singole regole attengono al necessario controllo parlamentare (organo più idoneo a rispecchiare il pluralismo sociale) sul servizio pubblico, al dovere rafforzato di obiettività a carico dei singoli giornalisti operanti nel servizio, ad una limitazione degli spazi pubblicitari, al riconoscimento del diritto del singolo alla rettifica.

[119] Evidenzia tale aspetto R. ZACCARIA, *L'alternativa posta dalla Corte,* cit., p. 2179.

[120] Cfr. sent. n. 226/1974 che non a caso si apre con un riferimento al parere rilasciato dal Consiglio superiore tecnico delle comunicazioni che sottolinea le peculiarità tecniche della trasmissione via cavo rispetto alla diffusione via etere.

siste, tuttavia, per le trasmissioni su scala locale via etere una disponibilità sufficiente a consentire la libertà di iniziativa privata senza pericolo di monopoli od oligopoli privati, dato anche il costo non rilevante degli impianti […]». Le maggiori possibilità tecniche consentono, quindi, l'assimilazione della trasmissione via etere alla diffusione via cavo e il conseguente accertamento della violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza per illegittima differenziazione[121].

Il principio di libera utilizzazione dei mezzi in condizione di uguaglianza trova particolare espansione, «giacchè, esclusa la possibilità di monopoli od oligopoli per le trasmissioni su scala locale, viene meno l'unico motivo che per queste ultime trasmissioni possa giustificare quella grave compressione del fondamentale principio di libertà, sancito dalla norma a riferimento»[122]. L'art. 21 Cost si caratterizza, quindi, non più come un articolato di regole da cui trarre particolari clausole di eccezione capaci di correggere, in funzione di limite esterno, norme legislative sovrainclusive bensì come riferimento per il rinvio a principi dall'estensione indeterminata, suscettibili di funzionalizzare, dall'interno, la legislazione sui mezzi di diffusione radiotelevisiva. Questi ultimi, infatti, necessitano di un regime speciale che li differenzi dagli altri strumenti di comunicazione per la «notoria capacità di immediata e capillare penetra-

[121] L'illegittimità costituzionale per irragionevole assimilazione viene per la prima volta affermato dalla giurisprudenza costituzionale nella sent. n. 53/1958, che supera l'originario scrutinio debole impostato nelle sentt. nn. 3/1957 e 28/1957, che avevano riconosciuto piena discrezionalità al legislatore nella differenziazione delle situazioni. Fu subito notato, ancorché criticamente, (cfr. L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano 1965, p. 194, come dietro a questo sindacato vi fosse una particolare attenzione alle situazioni di fatto, capace di trasformare il sindacato di eguaglianza formale in una forma di attuazione dell'eguaglianza sostanziale imposta dall'art 3.2 Costituzione.

[122] Cfr. sent. n. 202/1976, su cui G. DI PLINIO, *Libertà negativa, potere sui mezzi e intervento della repubblica nel sistema costituzionale della divulgazione del pensiero*, cit., spec. pp. 352 e ss., nonché C. CHIOLA, *Il pluralismo spontaneo per la radiotelevisione locale*, in *Giur. cost.,* 1976, pp. 1418 e ss. Dalla lettura combinata del principio di libertà ex art. 21, della libera iniziativa economica privata ex art. 41 e dell'attività radiotelevisiva quale servizio pubblico diretto a svolgere un'attività di preminente interesse generale, la Corte individua le ulteriore direttive politiche che il legislatore deve seguire per la creazione del relativo regime autorizzatorio.

zione nell'ambito sociale […] e per la forza suggestiva della immagine unita alla parola» e, quindi, per la «peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali»[123].

In questa prospettiva, l'evoluzione tecnica dei presupposti di fatto consente una progressiva raffinazione dei principi enunciati dalla Corte[124]. Così, ad esempio, la sent. n. 826/1988[125] traduce la richiesta della massima apertura del mercato radiotelevisivo a tutti gli operatori, enunciata nella sent. n. 225/1974, nella icastica formula del pluralismo esterno: la pluralità di voci concorrenti sul mercato radiotelevisivo, riferibili all'emittenza privata è condizione indefettibile rispetto alla realizzazione del diritto del cittadino all'informazione. Anche in ambito nazionale, la presenza di soggetti privati non è più semplicemente tollerato ma costituzionalmente imposto. Non solo: poiché il pluralismo dei mezzi di comunicazione è un principio complesso, che comporta oltre ad un risvolto attivo, un aspetto passivo che si concretizza nell'ingresso «[…] nell'ambito dell'emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici», esso implica «[…] la concreta possibilità […] che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle ma-

[123] Così C. Cost. sent. n. 148/1981 su cui C. CHIOLA, *L'alternativa alla riserva statale dell'attività radiotelevisiva nazionale*, in *Giur. cost.,* 1981, pp. 1386 e ss.

[124] Già a partire dalla sent. n. 202/1976, ma più chiaramente nella sent. n. 148/1981, ad essere richiamata non è solo la limitatezza delle risorse tecnologiche, quale ragione di fatto per riservare allo Stato la trasmissione via etere si scala nazionale, ma anche il necessario impiego di mezzi finanziari che porterebbe alla creazione, ove si procedesse alla liberalizzazione, di pericolosi oligopoli privati. Il principio formalmente tratto dall'art. 21 Cost. coincide comunque, e ancora una volta, con il diritto di diffondere il proprio pensiero in condizioni di eguaglianza: «[…] la delineata posizione di preminenza di un soggetto o di un gruppo privato non potrebbe non comprimere la libertà di manifestazione del pensiero di tutti quegli altri soggetti che, non trovandosi a disporre delle potenzialità economiche e tecniche del primo, finirebbe col vedere progressivamente ridotto l'ambito di esercizio delle loro libertà».

[125] Oggetto della pronuncia non erano solo le disposizioni, che ancora formalmente riservavano la trasmissione allo Stato, ma anche le disposizioni della legge n. 10/1985 (artt. 3 e 4) che, in attesa di un generale riordino del settore, avevano consentito di proseguire l'attività alle emittenti privati che diffondevano contenuti su scala nazionale tramite interconnessione.

ni di uno o di pochi e senza essere menomati nella loro autonomia»[126].

Tuttavia, l'enunciazione dei principi che governano la sfera pubblica non ne comporta un'immediata precettività.

Solo qualche anno più tardi la Corte trarrà dal principio pluralista conseguenze normative, a proposito della valutazione di legittimità costituzionale del limite *anti-trust* stabilito dalla cd. legge Mammì. Stretta tra la «mera idoneità minima» e l'impossibilità dell'individuazione di una «soluzione obbligata», la Corte effettua un controllo sull'adeguatezza del limite «[…] nel contesto delle contingenti condizioni economiche e culturali della società in un determinato momento storico». Dopo aver giustificato il regime concessorio alla luce delle peculiarità del *forum* radiotelevisivo rispetto al sistema della "stampa" ove non «c'è alcuna barriera all'accesso», il giudizio della Corte si sposta su una valutazione della congruenza del rapporto mezzi-fini instaurato dal legislatore nel calcolo del limite *antitrust*. I limiti percentuali (25%) e assoluti (tre reti) alla proprietà delle reti individuate dal piano nazionale delle frequenze «[…] anziché muoversi nella direzione di contenere posizioni dominanti già esistenti così da ampliare, ancorché gradualmente, la concreta attuazione del valore del pluralismo, hanno invece sottodimensionato il limite alle concentrazioni essendone conseguito l'effetto di stabilizzare quella posizione dominante esistente […]: concentrazione che, pur potendo in ipotesi rispondere alla opportunità di conseguire una dimensione di impresa ottimale sotto il profilo economico-aziendale, non risponde peraltro alla preminente necessità di assicurare il maggior numero possibile di voci […] in rapporto alle frequenze disponibili […]»[127].

---

[126] Cfr. sent. n. 826/1988, con note di E. ROPPO, *Il sistema radiotelevisivo tra giudici, legislatori e sistema politico*, cit., e di R. BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non dichiarata)*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 3950 e ss.

[127] Sent. n. 420/1994, con note di R. ZACCARIA, *La Corte costituzionale applica direttamente il principio pluralistico in materia radiotelevisiva e…"non fa il vuoto"*, O. GRANDINETTI, *Risorse pubblicitarie, stampa, emittenza locale e "pay-tv": le grandi assenti nella decisione che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 15 comma 4 l. n. 223 del 1990*, in *Giur. cost.*, 1994, rispettivamente pp. 3748 e ss., e 3758 e ss.

L'individuazione del parametro normativo, tratto, nelle precedenti pronunce, dalla lettura delle disposizioni costituzionali alla luce delle circostanze di fatto, guida il bilanciamento tra il principio pluralista e la «facoltà di concentrazione quale conseguenza estrema dell'esercizio della libertà di iniziativa economica» La ponderazione tra i due interessi non avviene apoditticamente, attraverso l'attribuzione aprioristica di un rango materiale più elevato ad uno degli interessi in conflitto, quanto piuttosto attraverso giustificazioni di tipo politico-fattuali che si traducono nella diretta precettività del principio pluralista[128].

In senso analogo, il pluralismo interno è il principio alla cui stregua valutare la legittimità costituzionale delle disposizioni volte ad assicurare l'accesso e la "parità" tra le varie forze politiche nei programmi di "comunicazione politica" sia nel periodo non elettorale che, attraverso obblighi più stringenti, durante le campagne elettorali[129]. Nel conflitto intravalore[130] tra il diritto delle emittenti private di esprimere la propria identità politica e il diritto del cittadino «alla completa ed obiettiva informazione», riflesso del diritto di accesso al mezzo radiotelevisivo delle forze politiche, la Corte opta per quest'ultimo. Nel sistema misto pubblico-privato, retto dal principio della concessione, sono ammessi precisi limiti «modali» all'attività radiotelevisiva, cioè «inerenti alle modalità di svolgimento» delle trasmissioni che «attengono specificamente ai profili organizzativo-imprenditoriali dell'iniziativa economica, anziché a quelli

[128] Così la Corte: «[…] il valore del pluralismo, espresso dall'art. 21 Cost., si specifica già, come regola di immediata applicazione, nel divieto – in rapporto all'attuale assetto complessivo del settore televisivo – di titolarità di tre concessioni di reti nazionali su nove assentibili a privati (o dodici in totale) ovvero di titolarità del 25% del numero complessivo delle reti previste, mentre rimane nella discrezionalità del legislatore disegnare la nuova disciplina positiva di tale limite per colmarne la sopravvenuta mancanza».

[129] Cfr., rispettivamente, artt. 2 e 4 l. n. 28/2000.

[130] Per la distinzione, nell'ambito delle procedure di bilanciamento, tra conflitti di interessi che si collocano nell'ambito del medesimo valore di riferimento (conflitti *intravalore*) e conflitti che rimandano ad un alterità assiologica di base (conflitti *intervalore*) cfr. A. MORRONE, *Il custode*, cit. pp. 281 e ss., che riprende e approfondisce lo spunto di A. CORASANITI, in *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1990, pp. 208 e ss., che differenzia il conflitto «omogeneo» dal conflitto «disomogeneo».

contenutistici dell'attività di manifestazione del pensiero»[131]. Il dovere di garantire a tutti i soggetti politici l'accesso all'informazione ed alla comunicazione politica, nonché l'obbligo di predisporre particolari trasmissioni di natura politica «specifiche e assai limitate nel tempo» orientate al «criterio della partecipazione in contraddittorio e del confronto dialettico tra i soggetti intervenienti, secondo il canone della pari opportunità», sono posti a tutela della «informazione e della formazione consapevole della volontà del cittadino-utente […] in favore del quale il legislatore ha risolto non irragionevolmente il bilanciamento con la contrapposta libertà di opinione delle singole emittenti private». L'identità politica delle emittenti, vere e proprie imprese di tendenza, è salvaguardata dal divieto di applicazione di tali disposizioni alla diffusione di notizie realizzata nei programmi di informazione, momento «ordinario» che caratterizza l'attività radiotelevisiva, di cui rileva una nozione circoscritta come «possibilità di trasmettere notizie in un contesto narrativo-argomentativo […] risalente alla esclusiva responsabilità della testata». D'altro canto, durante la campagna elettorale, anche i programmi di informazione sono soggetti a obblighi di completezza, imparzialità e obbiettività, oltre che alla regola di parità di trattamento dei contendenti[132], obblighi di *facere* che sono giustificati «dal ragionevole intento di prevenire in ogni modo qualsiasi influenza, anche in forma surrettizia, sulle libere e consapevoli scelte degli elettori, in momenti particolarmente delicati della vita democratica del Paese». Nonostante l'evidente paradosso di porre

[131] Così C. Cost., sent. n. 155/2002, con nota di O. GRANDINETTI, *"Par condicio", pluralismo e sistema televisivo, tra conferme e novità giurisprudenziali, in un quadro comunitario e tecnologico in evoluzione*, in *Giur. cost.,* 2002, pp. 1315 e ss. In coerenza con il «principio della concessione» la Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, là ove prevede un regime più favorevole alla stampa rispetto al mezzo radiotelevisivo: a parere della Corte, e un perfetta continuità con i suoi precedenti «la […] violazione dell'art. 3 della Costituzione […] non sussiste, in quanto emittenza radiotelevisiva e stampa periodica hanno regimi giuridici nettamente diversi – così da impedire l'individuazione di un *tertium comparationis* adeguato – in relazione alle loro differenti caratteristiche […]».

[132] Secondo criteri specificati dalla Commissione parlamentare di vigilanza (per la pubblica concessionaria) e dall'AgCom (per le emittenti private): cfr. art. 5 l. n. 28/2000.

un vincolo più stringente sulla comunicazione politica, e riconoscere, invece una maggiore libertà nei programmi informativi, ove, almeno astrattamente, dovrebbero prevalere rigorosi giudizi di fatto, la Corte ritiene comunque ragionevole comporre il bilanciamento a favore del diritto ad essere informato: «[…] il pluralismo esterno può risultare insufficiente – in una situazione in cui perdura la sostanziale limitazione delle emittenti – a garantire la possibilità di espressione delle opinioni politiche attraverso il mezzo televisivo», risultando necessario assicurare modalità «che assicurino il pluralismo sostanziale mediante la garanzia della parità di *chances* offerta ai soggetti intervenienti»[133].

L'allargamento dello spazio discorsivo riduce il potere organizzativo privato che comunque, se venisse *in toto* superato, sovvertirebbe il postulato di neutralità e, quindi, della *ratio* costitutiva del discorso pubblico. In questo senso, al di fuori di particolari contesti modali o temporali ("comunicazione politica", o "periodo elettorale") permane, nell'ambito della cornice pluralista tracciata dalla Corte, un ambito di intervento lasciata alla discrezionalità dell'emittente.

La particolare natura del foro radiotelevisivo giustifica un ambito di regolazione legislativa essenzialmente discrezionale: così, ad esempio, il «principio della concessione» è perfettamente coerente con l'assetto pluralista del sistema delle fonti informative e con il «diritto all'informazione» da esso presupposto[134]; ancora, è irrile-

[133] C. cost, *ibidem*. In coerenza con l'approccio che vede il principio pluralista come riflesso dell'interesse del cittadino a essere informato v. anche la sent. n. 284/2002 (con nota di R. BORRELLO, *Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte: l'ennesimo capitolo della storia di un tributo controverso*, in *Giur. cost.,* 2002, pp. 2062 e ss.) che qualifica il canone Rai come imposta di scopo volta al sovvenzionamento del servizio pubblico radiotelvisivo, a sua volta necessario per l'assolvimento di «[…] una funzione specifica per il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione e per la diffusione della cultura».

[134] La Corte rigetta, così, la questione di legittimità costituzionale della legge Mammì nella parte in cui richiedevano il provvedimento ministeriale di natura concessoria invece della semplice autorizzazione: a parere dei giudici, infatti, il principio della concessione è coerente con «i connotati empiricamente riferibili» all'uso del mezzo televisivo. Poco dopo, tuttavia (ma sul punto v. *infra*), il Giudice delle leggi fa salva l'autorizzazione *ex lege* a favore dei soggetti già presenti sul mercato in via di fatto al momento dell'entrata in vigore del provvedimento legislativo.

vante la questione relativa all'art. 4 della legge n. 103/1975, laddove non consente un sindacato giurisdizionale sulla delibera di esclusione della Commissione parlamentare di vigilanza dall'accesso alle tribune politiche, e degrada, quindi, il diritto d'accesso dei partiti politici a situazione di fatto plasmabile a piacimento dall'organismo parlamentare[135].

Allo stesso modo, non è irragionevole l'art. 9 della legge n. 28/2000 nella parte in cui non prevede la c.d. informazione istituzionale sul merito della competizione elettorale referendaria. Tra l'esigenza di garantire il voto libero da suggestioni esterne e la completezza dell'informazione, la Corte premia il primo interesse, che fonda la distinzione tra la comunicazione politica, lasciata ai protagonisti della competizione elettorale, e la comunicazione istituzionale, a carico dei concessionari del servizio radiotelevisivo, volta ad informare semplicemente sugli aspetti formali del momento elettorale: «[…] per evitare che da un'informazione unilaterale possano derivare effetti distorsivi sulla pubblica opinione, tali da ledere il fondamentale principio di garantire il "voto libero" […], non appare affatto irragionevole la scelta che l'informazione sul merito, cioè sul significato e la portata dei quesiti referendari, si svolga attraverso la partecipazione dialettica di tutti i soggetti interessati, anziché essere affidata ad un'unica fonte, per quanto impersonale, obiettiva e neutrale possa essere»[136].

---

[135] Cfr. sent. n. 139/1977. Sulla implicita degradazione del diritto di accesso ad una mera situazione soggettiva di favore cfr. le note di C. CHIOLA, *Sentenza d'irrilevanza per l'accesso a tribuna politica*, in *Giur. cost.,* 1977, pp. 1553 e ss. e, nella stessa Rivista, di M. A. SANDULLI, *Sulla sindacabilità degli atti della Commissione parlamentare per la RAI*, pp. 1822 e ss.

[136] Cfr. C. cost., sent. n. 502/2000. La questione trae origine dal conflitto di attribuzione originato dal ricorso del comitato promotore del referendum elettorale tenutosi il 21 maggio 2000 (indicazioni sul punto in A. BARBERA, A. MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, pp. 221 e ss.) nei confronti della Commissione parlamentare, avente ad oggetto la delibera di quest'ultima che, nell'imporre un onere informativo a carico della RAI-TV relativo alle sole modalità di votazione, non avrebbe consentito un'adeguata informazione sul merito dei quesiti referendari. In via subordinata, i ricorrenti chiedevano alla Corte, previa sospensione del giudizio, di sollevare questione di legittimità costituzionale davanti a se stessa dell'art. 9 della legge n. 28/2008, perché manchevole di «[…] una disciplina sufficiente ad assicurare l'esistenza, costituzionalmente necessaria, di una reale ed efficace comunicazione istituzionale» sul merito del referendum.

L'interazione tra l'art. 21 e i "contesti umani" comporta l'enunciazione di principi custoditi dal Giudice delle leggi. In fondo, la natura instabile dei principi, che richiedono una valutazione sulla possibilità "di fatto" della loro realizzazione, implica sempre la revidibilità dell'ordine di preferenze precedentemente espresso. Così, nonostante il pluralismo non possa «in ogni caso considerarsi realizzato dal concorso tra un polo pubblico e un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato», e sebbene il legislatore non abbia «seguito le indicazioni» contenute nella precedente decisione[137], la «natura chiaramente provvisoria» della legge n. 10/1985 conferisce adeguata «base giustificativa» all'intervento legislativo. Solo qualora «l'approvazione della nuova legge dovesse tardare oltre ogni ragionevole limite temporale […] la Corte […] non potrebbe non effettuare una diversa valutazione con le relative conseguenze»[138].

I principi del pluralismo rimangono sospesi, in attesa di un intervento nel settore, postergati rispetto al timore che l'accoglimento della questione possa comportare un vuoto normativo: l'*horror vacui* orienta le scelte de Giudice delle leggi, circoscrive gli effetti materiali della decisione[139] sino, in alcuni casi, a comportare una forte contraddizione logica tra il dispositivo e la motivazione della

[137] Già nella sent n. 148/1981 la Corte richiedeva una immediata regolazione legislativa per «ogni diverso aspetto del fenomeno, sia per quanto riguarda i mezzi usati, sia per quanto riguarda l'ambito e le modalità di esercizio delle trasmissioni».

[138] Cfr. sent. n. 826/1988.

[139] In tal senso v. C. Cost., sent. n. 420/1994: dopo aver dichiarato incostituzionale la norma della legge Mammì relativa al limite *antitrust,* la Corte ha congelato gli effetti della decisione attraverso la mancata estensione del sindacato all'impugnato d.l. n. 323/1993, poi convertito nella l. 206/1993, che autorizzava *ex lege* a trasmettere, per i successivi tre anni, le imprese prive di concessione ministeriale: «[…] la dichiarazione di incostituzionalità non determina un vuoto di disciplina, vuoto che significherebbe un arretramento verso la mancanza di alcun limite alla titolarità di plurime concessioni. Rimane infatti pienamente efficace il decreto legge 323/93, e quindi resta ferma nel periodo di transizione – e limitatamente a tale periodo – la provvisoria legittimazione dei concessionari già assentiti con d.m. 13 agosto 1992 a proseguire nell'attività di trasmissione con gli impianti censiti».

pronuncia[140]. Così, nella sent. n. 112/1993, dopo aver funzionalizzato l'attività imprenditoriale della telediffusione al "diritto" ad essere informati dei cittadini (interessi riconducibili al valore della libera manifestazione del pensiero), la Corte ha comunque salvato l'autorizzazione a trasmettere *ex lege* sulla base «della consistente diffusione delle emittenti radiotelevisive occorsa in via di fatto prima dell'entrata in vigore della legge n. 223 del 1990 […]»; il carattere «assolutamente provvisorio e transitorio della norma contestata» giustifica il limite «al normale svolgimento della libertà d'iniziativa economica privata[141]».

Il giudizio altamente discrezionale sulle esigenze transitorie, che giustifica la permanenza in vigore di un regime già dichiarato incostituzionale, difficilmente viene argomentato dalla Corte: l'asserita temporaneità (dello stesso testo legislativo) è già di per sé garanzia sufficiente a salvare, in via eccezionale, le disposizioni impugnate. Al massimo, può essere sindacata l'incertezza della transitorietà, sino a richiedere, in via pretoria, la fissazione di un termine: così ad esempio, in relazione alla nuova "legalizzazione" della situazione di fatto autorizzata dalla l. n. 249/1997, è la stessa Corte costituzionale a dichiarare illegittima la norma per incertezza del regime transitorio, con successiva aggiunta, d'imperio, del termine di efficacia della disciplina impugnata[142].

---

[140] Parte della dottrina (P. COSTANZO, *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.,* 2002, p. 3902, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti,* cit. pp. 162 e ss.) riconduce questa pronuncia alle sentenze di costituzionalità provvisoria, da distinguere dalle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (come, ad esempio, le sentt. nn. 420/1994 e 466/2002) per la maggior coerenza tra le premesse della decisione, che comunque accertano la non incostituzionalità della normativa (proprio perché provvisoria) e il dispositivo di rigetto. Eppure, anche in queste ultime ipotesi vi è sempre una "cattiva" argomentazione, quanto meno nella senso di una sua insufficienza argomentativa per l'apodittica attestazione di ragionevolezza del regime transitorio. In senso in parte analogo cfr. G. AZZARITI, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (Rassegna critica)*, in *Giur. cost.,* 1995, pp. 3066 e ss.

[141] Cfr. sent. n. 112/1993.

[142] Cfr. sent. n. 466/2002, che nel fissare al 31 dicembre 2003 il termine entro cui il legislatore sarebbe dovuto intervenire «[…] per determinare le modalità di cessazione del regime transitorio» e la contestuale entrata in vigore della disciplina *antitrust* prevista dalla l. n. 249/1997, ha optato per un dispositivo di annullamento «a scoppio ritardato» (così A. PACE, *Legge Gasparri e Costituzione*, in R.

## 5. *I tre stadi della libertà di manifestazione del pensiero e i confini del discorso pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

I diversi protocolli adottati dalla Corte portano ad una concettualizzazione dell'art. 21 Cost. secondo paradigmi che ne definiscono la morfologia e, conseguentemente, la posizione nel sistema costituzionale. La libertà di manifestazione del pensiero emerge, anzitutto, *in quanto* diritto soggettivo, quale prerogativa da far valere nei confronti dell'azione repressiva del pubblico potere. Nell'orientamento più risalente, la Corte sposa una certa funzionalizzazione del diritto di libertà: la dottrina dei limiti naturali, in fondo, non è altro che l'espressione di una superiorità materiale delle esigenze collettive di autoconservazione dell'ordinamento rispetto al dissenso individuale, canalizzato nell'esercizio del diritto. Con particolare riguardo all'esito del giudizio, allora, non sembra peregrino tracciare un parallelo con la dottrina[143] adottata dalla Corte Suprema americana a cavallo degli anni '20 dello scorso secolo, ove, in relazione ad alcuni giudizi relativi all'applicazione dell'*Espionage Act* del 1917[144], il Primo Emendamento è stato ma-

---

MASTROIANNI (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, Napoli 2006, p. 90). È dubbio se l'indicazione di detto termine imponesse il termine del regime transitorio o, più genericamente, richiedesse il mero intervento del legislatore, poi avvenuta con il d.l. n. 352/2003 (come convertito dalla l. n. 43/2004). A favore della prima soluzione v. A. PACE, *Legge Gasparri,* cit. ult., pp. 88-89.

[143] Per la distinzione tra "teoria" e "dottrina" costituzionale cfr. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Vol. I, New York (1978) 2000, p. 1. La "teoria" rimanda al particolare disegno sistemico, di natura non solo descrittiva ma anche prescrittiva, che giustifica le prescrizioni costituzionali e le particolari relazioni istituzionali ad esse sottese. Le dottrine, viceversa, indicano le tecniche di *adjudication* seguite della giurisprudenza alla luce di una data impostazione teorica.

[144] Cfr. *Schenk. v. United States*, 249 US 47 (1919), *Frohwerk v. United States*, 249 US 204 (1919), *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). L'atto, che puniva qualsiasi ostacolo opposto al reclutamento militare e la divulgazione di notizie essenziali alla difesa nazionale, fu poi modificato nel 1918 dal *Sedition Act,* diretto a sanzionare ogni espressione «sleale profana, scurrile o abusiva riguardo alla forma di governo o alla Costituzione statunitense», così come «ogni discorso inteso a disprezzare, schernire, vilipendere, o screditare la forma di governo degli Stati Uniti». Su tali vicende v. i lavori di Z. CHAFEE JR, *Free speech in the United States,* Cambridge MA, 1941, pp. 36 e ss., G. BOGNETTI, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nord-americana* cit., pp. 25-28, nonché, più re-

nipolato sino a ritenere legittima ogni limitazione che colpisse espressioni «[…] impiegate in tali circostanze e […] di una tale natura da creare un pericolo chiaro ed attuale che il Congresso ha il diritto di prevenire. Si tratta di una questione di prossimità e grado»[145]. In effetti, almeno originariamente[146], la *clear and present danger doctrine* ha legittimato la repressione per le espressioni contrarie ai valori dell'ordinamento: la parola avrebbe una vera e propria «potenza causale», capace di sovvertire le istituzioni e, per questo, giustificare l'incriminazione non solo dell'istigazione, ma anche dell'apologia e degli attacchi critici che abbiano una mera «tendenza» (*bad tendency*) a provocare l'evento proibito dalla legge[147]. Da tale assunto consegue un corollario istituzionale: come nelle prime sentenze della Corte costituzionale italiana, è al legislatore che spetta, in prima battuta, il potere di delimitare il diritto di libertà.

---

centemente, C. BOLOGNA, *Difendere la Costituzione o difendere i suoi nemici? Il caso del Maccartismo,* in *Quad. fior.,* 2009, pp. 812 e ss.

[145] *Schenk v. United States*, cit., p. 52, ora anche in O. W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti,* Milano, 1975, p. 83: «[l]a più ampia tutela della libertà di espressione non sarebbe comunque in grado di difendere un uomo che grida falsamente al fuoco in un teatro affollato».

[146] Solo successivamente, in alcune *dissenting opinions* redatte dallo stesso giudice Holmes (*Abrahms v. United States*, 250 U.S. 616, pp. 624 e ss. [1919], *Gitlow v. New York,* 268 U.S. 652, pp. 672 e ss., [1925]), la dottrina del pericolo chiaro e imminente vira in senso garantista: secondo *dissenter*, il *clear and present danger* sussiste qualora vi sia un nesso eziologico, empiricamente verificabile, tra la condotta e l'evento prospettato. L'azione deve, cioè, essere valuta in relazione alle circostanze di fatto: spetta al giudice (e non più al legislatore) la valutazione finale sull'idoneità causale delle espressioni rispetto all'evento minacciato, e quindi, sull'effettivo pericolo nella situazione concreta. Sarà questa, poi, l'interpretazione della clausola che si imporrà nelle Corti statali e federali sino agli anni '50 dello scorso secolo, e che di fatto, si tradurrà nella enunciazione giurisprudenziale della "posizione privilegiata" della libertà di espressione rispetto agli altri valori riconosciuti dalla carta costituzionale (così *Palko v. Connecticut,* 302 U.S. 319, p. 327 [1937], su cui G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione,* cit., pp. 31-32, nonché, diffusamente, C. BOLOGNA, *Difendere la Costituzione,* cit., pp. 816 e ss.).

[147] In questo senso, la capacità sovversiva delle espressioni è valutata in relazione alle condizioni storiche in cui si colloca la condotta: nel caso di specie, la situazione eccezionale, legato alla sforzo bellico del Paese nella Prima guerra mondiale, legittima l'azione repressiva del pubblico potere.

Forse anche per gli esiti illiberali della dottrina dei limiti naturali, e per le mutazioni sociali nel frattempo intercorse, il Giudice delle leggi muta radicalmente approccio a cavallo tra gli anni '60 e '70, interpretando il diritto di libertà come limite esterno, di natura contro-maggioritaria, alla legislazione penale[148]: il primo comma dell'art. 21 Cost. è concepito quale regola che deve arrestare gli sconfinamenti dell'azione legislativa, esaltando, così, il precipitato formale del diritto. Se non è improprio affermare che, nel complesso, la Corte costituzionale abbia dato vita ad una giurisprudenza «frammentata, instabile, episodica»[149], sino a sembrare, in alcune occasioni, «più preoccupata di evitare lacune […] nella protezione penalistica di beni», che non di assicurare espansione alla libera manifestazione del pensiero[150], è ragionevole ritenere che, almeno nell'ambito dei conflitti tra diritto individuale e beni di natura collettiva, il bilanciamento definitorio sia riuscito a stabilizzare le esigenze di tutela connesse all'art. 21 Cost.[151].

Certo, non sono mancate occasioni in cui la Corte costituzionale si è dimostrata troppo attenta a mantenere l'equilibrio tracciato dal legislatore, risparmiando dalla declaratoria di incostituzionalità fattispecie che, anche successivamente all'interpretazione restrittiva, incriminano opinioni in ragione del contenuto, piuttosto che per le concrete modalità di realizzazione della condotta[152].

Il bilanciamento definitorio ha, comunque, sprigionato effetti garantisti, perché ha frantumato l'uniformità teorica dei "limiti naturali": come si è visto, infatti, l'idea che vi siano limiti che natural-

[148] La cesura, che non ha mai preso le sembianze di un netto *revirément,* si deve a quei mutamenti sociali che rendono «storicamente variabili» le «[…] concrete regole del gioco imposte dalle forze egemoni». Così A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 129.

[149] Così M. AINIS, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, cit., p. 31.

[150] C. FIORE, *I reati di opinione,* cit., p. 93.

[151] L'orientamento va contestualizzato in quell'alleanza tra giudici comuni e Corte costituzionale che, a cavallo degli anni '70, ha realizzato quell'attuazione "progressista" della Costituzionale evidenziata, tra gli altri da V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione,* cit., pp. 541 e ss.

[152] È questo il caso, ad esempio, dell'istigazione all'odio tra le classi sociali, chiaramente pensata dal legislatore fascista per punire le dottrine anti-corporative e che, nonostante l'opera di *maquillage* operata dalla Corte (sent. n. 108/1974), non è esente da dubbi di legittimità costituzionale.

mente accedono alla libertà di manifestazione del pensiero implica una presunzione di legittimità dell'intervento legislativo. Più in generale (anche nello scrutinio sulle "buone ragioni" che giustificavano l'intervento del legislatore), si è visto come la Corte costituzionale abbia, di fatto, reso costituzionalmente obbligate – perché attuate in virtù di pretesi valori costituzionali – scelte repressive del legislatore. In tal senso, l'ampio catalogo di beni astrattamente opponibili alla libertà individuale e la conseguente assenza di una *Wertordnung* assiologicamente orientata hanno impedito la distinzione tra fattispecie di reato costituzionalmente «necessarie», «politicamente inopportune» o, ancora, «costituzionalmente illegittime» [153]. Se così è, l'oggettivismo morale che sembra trasparire dall'attribuzione del rango costituzionale ad alcuni *countervalues* non è stato portato ad estreme conseguenze: aumenta, quindi, il sospetto che l'individuazione di un preteso fondamento costituzionale del bene tutelato dal reato abbia, nella giurisprudenza della Corte, più una funzione retorico-persuasiva che teleologico-prescrittiva.

Eppure, in questo quadro, la risoluzione delle controversie attraverso regole di collisione generali e stabili ha condotto, comunque, ad un mutamento qualitativo del bene giuridico tutelato e, quindi, la sostanziale ridefinizione delle scelte repressive. L'oggetto del fatto tipico è stato ricalibrato, spostandosi dal *dicere* e, quindi, dal contenuto delle opinioni[154], al *facere* e, dunque, alla capacità, in ragione delle concrete modalità espressive, di trasformare

[153] Per tale distinzione cfr. F. MANTOVANI, *I reati di opinione,* cit., 1971, p. 210.

[154] A voler ripercorrere la *voluntas legis,* dalla Relazione al *Progetto preliminare* alla Relazione *Progetto definitivo* del Codice, a firma di Alfredo Rocco, si scopre facilmente che dietro a molti dei reati di opinione vi fosse l'intento di «reprimere unicamente la permanenza in vita clandestina, l'eventuale ricostituzione e al propaganda propria di alcuni partiti pre-fascisti», «di movimenti politici» individuati «col nome e cognome» (Così G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale,* in *Giur. cost.,* 1966, p. 1098 e p. 1104). In questo senso, vi è una naturale tendenza, da parte dei reati di opinione, a schiacciare la descrizione oggettiva del fatto sul "tipo" di autore, e quindi, ad abbracciare forme autoritarie di politica criminale. Sul nesso tra dogmatica del diritto penale d'autore e assetto autoritario dei poteri, per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 29 e ss.

l'opinione in *azione* pericolosa[155]. La libertà di manifestazione del pensiero è così diventata «criterio imprescindibile per l'interpretazione teleologica», «parte del *telos* entro cui si colloca il problema di tutela cui la norma penale ha inteso rispondere»[156]. Formulate secondo *standard* definitori, «le garanzie costituzionali di libertà […] vincolano ad una interpretazione dei precetti penali che assicuri […] alla libertà […] la certezza legale della sua protezione, recuperando la determinatezza della fattispecie in chiave di interpretazione restrittiva»[157].

È stato ristabilito, quindi, il rapporto regola-eccezione, e la dottrina dei limiti che naturalmente accedono alla fattispecie di libertà ha lasciato il passo all'individuazione di singole "eccezioni" alla regola di libertà: l'apologia di fascismo strumentale alla riorganizzazione del partito fascista, il «tenere a vile» le istituzioni, l'apologia di delitto intesa quale istigazione indiretta a commettere reati, l'istigazione all'odio tra classi sociali realizzata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità sono solo alcuni esempi di condotte eccezionalmente sanzionabili dal legislatore penale. In questo senso, ancorché mai enunciato esplicitamente, la Corte sembra avvertire come l'alterazione, causata dai reati di opinione, del "libero mercato delle idee" sia sostanzialmente incompatibile con il principio di neutralità del discorso pubblico; l'introduzione di clausole di pericolo connesse alla realizzazione di eventi eziologicamente riconducibili alla condotta espressiva, la (conseguente) materializzazione dei beni giuridici tutelati o, ancora, la circoscrizione della rilevanza penale solo ad opinioni dall'alto contenuto offensivo e dal

[155] Sui reati di opinione come reati che consistono in un *dicere* piuttosto che in un *facere,* cfr. F. MANTOVANI, *I reati di opinione,* cit. p. 206. In questo senso, la reintepretazione dei reati di opinioni ha aperto la strada all'intervento di riordino ad opera della l. 85/2006, su cui diffusamente A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione,* in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva,* Padova, 2006, 135 e ss., C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla legge 24 febbraio 2006 n. 85,* in *Foro.it,* parte V, 2006, 217 e ss.

[156] In tal senso D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico,* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale,* Napoli, 2006, p. 247.

[157] D. PULITANÒ, *ibidem.*

basso valore contenutistico sono i sintomi di una precomprensione della libertà di espressione quale condizione per istituire uno spazio sociale libero da indottrinamenti imposti dal pubblico potere. In questo contesto, si riafferma, allora, il legame tra la *ratio* contromaggioritaria della libertà di espressione e il principio – autonomistico e partecipativo – che quest'ultima richiama; la mancata repressione penale non implica esclusivamente un profilo di liceità e, quindi, la possibilità di esprimersi senza essere (per ciò solo) sanzionato, ma determina anche la possibilità di esprimersi *in modo autonomo*, partecipando alla creazione del discorso pubblico[158].

D'altro canto, ben può dirsi che questa tecnica di scrutinio abbia sprigionato i propri effetti non solo sull'oggetto del giudizio, ma anche sulla sua struttura: nel fissare lo *standard* per il giudice *a quo* il bilanciamento definitorio accentua, infatti, le tendenze "concretizzanti" innescate dall'incidentalità del meccanismo di accesso al sindacato di legittimità costituzionale, avvicinando la Corte al caso individuale pendente[159].

---

[158] Anche la giurisprudenza costituzionale conferma, quindi, che il profilo negativo non esaurisce le dimensioni della libertà di espressione, che deve essere compresa anche (e soprattutto) nel suo aspetto positivo.

[159] Sottolinea, ancorché criticamente, il nesso tra la peculiare posizione processuale (*rectius*: istituzionale) e l'enunciazione delle regole definitorie R. BIN, *Diritti e argomenti,* cit. pp. 124-125. Resta ai margini di questa indagine un aspetto assai rilevante, che attiene all'efficacia vincolante dello *standard* interpretativo dell'enunciato nel giudizio costituzionale rispetto non solo alle future decisioni della Corte ma anche – e soprattutto- nei confronti dell'ordinario circuito giurisdizionale. Mentre nel primo caso la dottrina maggioritaria tende a riconoscere un'efficacia meramente persuasiva del precedente (per tutti, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, usi, implicazioni,* Milano, 1994, pp. 328 e ss.), nella seconda ipotesi emergono problematiche diverse, a seconda che si prenda in considerazione il vincolo della pronuncia sul giudice che ha sollevato la questione o, più in generale, la pretesa efficacia *erga omnes* dell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale. In ogni caso, l'orientamento prevalente, sia nella dottrina maggioritaria – per tutti, G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, pp. 31 ss., R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo…anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge,* in *Studi in memoria di Giuseppe Floridia,* Napoli, 2009, pp. 701 e ss., sia nella più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. Un. pen. dec. 17 maggio 2004 in *Giur. cost.,* 2004, pp. 2995 e ss.), tende a riconoscere, nei confronti del *giudice a quo,* un mero vincolo negativo (nel senso che il giudice può attribuire alla disposizione qualsiasi significato non ritenuto costituzionalmente incompatibile dalla Corte costituzionale), e a escludere, per ragioni legate

Peraltro, la scelta di definire le condizioni di legittimità della norma oggetto del giudizio senza arrivare ad un accoglimento *tout court* conferma la particolare morfologia dei diritti di libertà. Come si è notato in premessa, l'atto legislativo gode di uno spazio di azione proprio, nella ricerca del ragionevole equilibrio tra istanze libertarie e potenziali *countervalues*. L'opera di delimitazione legislativa dei diritti di libertà, testimoniata dalla costellazione, nel testo costituzionale, delle riserve di legge (e dal principio di legalità che di queste è il corollario), non solo rimanda a forme di mediazione compiute dalle forze politiche, ma tradisce la fiducia (tipica delle democrazie pluraliste e del particolare assetto istituzionale prescelto dalla Costituzione repubblicana) nella capacità di sintesi degli interessi sociali della *maior pars*[160]. Tale constatazione, insieme alle particolari modalità di accesso al sindacato di costituzionalità, esclude che la nostra Corte costituzionale possa essere assunta al vertice di una «giurisdizione costituzionale delle libertà»[161]. Al contrario, proprio perché interviene *ex post* sulla base della previa intermediazione legislativa, il Giudice delle leggi esercita un'*actio finum regundorum,* di natura sostanzialmente arbitrale, rispetto all'intervento legislativo potenzialmente invasivo dell'autonomia individuale.

Si conferma quanto detto *supra*[162] sulla funzione mediatrice della Corte costituzionale tra le istanze individualistiche provenienti dalla società e canalizzate dai giudici ordinari e le esigenze regolative del legislatore: con tale mediazione, la Corte neutralizza la «contrapposizione tra *disposizione* e *norma*, tra volontà politica e *ragione* tecnica, tra legittimazione attraverso la rappresentanza e legittimazione attraverso l'argomentazione, tra politica che pone il

alla separazione dei poteri e all'indipendenza del potere giudiziario *ex* art. 101.2 Cost., un'efficacia vincolante *erga omnes*.

[160] In tal senso cfr. anche A. BARBERA, C. FUSARO, *Maggioranza, principio di (diritto)*, in *Enc. sc. soc.,* vol. V, Roma, 1996, pp. 405 e ss., nonché A. BARBERA, *La laicità come metodo,* sul *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), p. 5.

[161] Secondo la nota espressione di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà,* cit. pp. 6 e ss.

[162] Cfr. supra, cap. I.

diritto e diritto che limita la politica»[163]. In quest'ottica si spiegano, forse, i dispositivi adottati dalla Corte, che assai raramente ha percorso il sentiero della caducatoria secca, preferendo, nella gran parte dei casi, una mera re-interpretazione della norma oggetto del giudizio[164].

Considerazioni solo in parte simili valgono per i restanti protocolli di giudizio, contraddistinti da un giudizio di razionalità sulla normativa oggetto del giudizio, giustificato ora attraverso argomentazioni intra-normative, frutto cioè del raffronto tra la Costituzione e l'ordinamento, o comunque legate a dinamiche interne al sistema normativo, ora tramite il ricorso ad argomenti extra-normativi, connessi alla situazione di fatto e a dati empirico-fattuali. Da entrambi i protocolli di giudizio emerge una struttura della libertà di manifestazione del pensiero simile a quella del principio, dall'instabile efficacia precettiva: nel bilanciamento tra le "buone ragioni" che hanno assistito l'intervento normativo e le situazioni soggettive desumibili dal principio dell'art. 21 Cost., la Corte dà rilievo alle prime, confermando la sostanziale discrezionalità degli organi di indirizzo politico nella conformazione ai valori costituzionali. Così, ad esempio, nonostante alcune altisonanti affermazioni di principio[165], può desumersi, alla luce della giurisprudenza costituzionale, l'assenza di uno statuto privilegiato per

[163] In tal senso R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri,* R. ROMBOLI, *Il significato essenziale,* cit., p. 209. L'idea di una Corte costituzionale "arbitro" delle istituzioni si deve, comunque, a J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review,* Cambridge, MA, 1980, pp. 73 e ss. (ma sul punto, *infra*).

[164] Tra le pronunce che riguardano più da vicino il momento libertario sono solo quattro le sentenze di caducazione *tout court*: sent. n. 1/1956, avente ad oggetto la diffusione di stampati senza l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza (art. 136 Tulsa); sent. n. 87/1966, sul divieto propaganda antinazionale prevista dall'art. 272.2 c.p.; sent. n. 49/1971 sul divieto di propaganda anticoncezionale, prevista dall'art. 553 c.p.; sent. n. 126/1985, relativa al divieto di reclamo collettivo previsto dall'art. 180.1 del codice penale militare.

[165] L'interesse all'informazione è «uno dei principi caratterizzanti del vigente ordinamento democratico» (sent. n. 105/1972), da collocarsi tra i «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» (sent. n. 112/1993).

l'interesse generale alla informazione sempre limitabile a fronte di altri interessi «costituzionalmente apprezzabili»[166].

La tendenza alla frammentazione istituzionale del discorso pubblico sembra invertirsi, almeno in parte, nella giurisprudenza sul mezzo radiotelevisivo che ha elevato il pluralismo delle fonti di informazione a condizione di legittimità della legislazione, arrivando a considerare "materialmente costituzionale" la disciplina sul mezzo radiotelevisivo.

L'accento sulla necessità di assicurare eguali possibilità di utilizzo dei mezzi sembra confermare la natura ibrida del sindacato di ragionevolezza, che non è solo poliedrica tecnica di giudizio, ma anche particolare forma di collegamento tra dimensione formale e aspetto sostanziale del principio di eguaglianza. Il giudizio di ragionevolezza incorpora sempre un frammento di eguaglianza sostanziale, almeno nel suo significato minimo di «[…] adeguazione della forma del diritto alla consistenza dei rapporti di fatto», che «[…] legittima il controllo degli atti legislativi sotto il profilo della mancata corrispondenza della disciplina alle esigenze di equità imposte dai contesti»[167]. Senonché, almeno con riguardo ai mezzi di diffusione del pensiero, il parametro sostanziale che guida il giudizio della Corte costituzionale non è dato – in via esclusiva – dal rapporto di equità offerto dalle situazioni concrete, quanto dalla funzione che il discorso pubblico svolge nel sistema democratico. L'assenza di pluralismo nelle fonti informative, la manomissione del principio della concessione e la conseguente incostituzionalità di limiti modali all'organizzazione delle imprese radiotelevisive chiuderebbero le vie d'accesso al discorso pubblico: come la sanzione penale produce una selezione delle opinioni che impoverisce l'universo di discorso, chiudendo gli spazi di partecipazione individuale, così la mancata regolazione dell'attività di soggetti capaci di influenzare il pubblico dibattito in virtù della loro posizione di forza relegherebbe ai margini della vita politica e sociale il pensiero anticonformista impedendo, altresì, il processo di identificazione

[166] Sent. n. 105/1972, cit. anche *supra.*

[167] Così A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit. p. 433, ma nello stesso senso già L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, cit., p. 194.

collettiva discorso pubblico. In questa prospettiva, anzi, la giurisprudenza della Corte costituzionale sembra riecheggiare toni "meiklejohniani" quando insiste sui processi di formazione della volontà individuale nei «momenti essenziali per lo svolgimento della vita democratica»[168]. Nel periodo elettorale, ad esempio, la Corte sceglie di abbandonare il tipico paradigma di neutralità del discorso pubblico, a favore di discipline orientate alla promozione della consapevole deliberazione democratica; in particolare, oggetto di regolazione non devono essere solo le interazioni comunicative che si svolgono sulla pubblica proprietà[169], ma anche quelle attività di natura privata pure astrattamente riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero come, ad esempio, i programmi di informazione trasmessi dalle emittenti radiotelevisive[170].

D'altro canto, il rifiuto, manifestato dalla Corte, di sindacare la transitorietà delle discipline succedutesi nel tempo[171], nonché, più in generale, la scarsa coerenza tra quanto affermato in alcuni precedenti e quanto statuito nei dispositivi successivi, hanno impedito che i principi enunciati a partire dalla necessità di assicurare il libero utilizzo dei mezzi in condizione di eguaglianza (soprattutto con

[168] Così già nella sent. n. 48/1964 cit. *Supra,* sulla disciplina delle affissioni negli spazi comunali in costanza di elezione.

[169] Come invece auspicato dal FOIS, *Propaganda elettorale,* cit., p. 965.

[170] In questo senso cfr. sent. n. 155/2002, cit., che ha ritenuto non illegittimi gli obblighi di imparzialità gravanti sui programmi di informazione *ex* art. 5 l. n. 28/2000. Sul punto, problematicamente, M. MANETTI in A. PACE, M. MANETTI, *art. 21*, cit., p. 755 che rileva, comunque, il rischio di «considerare la libertà dell'emittente esclusivamente finalizzata al compito di informare adeguatamente l'elettore, ossia di negarla come libertà *tout court*». Fortemente critico sulla disciplina della *par condicio* G. BOGNETTI, *La* par condicio *alla luce dell'esperienza americana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, pp. 485 e ss., che riteneva sovrastimato l'impatto comunicativo della telediffusione, solo uno tra i tanti «subsistemi comunicativi» che consentono la formazione di preferenze individuali. La *par condicio* sarebbe doppiamente contraria alla logica liberale: «in primo luogo perché ha poca fiducia nella capacità di discernimento indipendente della massa dei telespettatori […]; in secondo luogo perché rifiuta di far credito al libero gioco delle forze spontanee della società civile come mezzo più efficace per assicurare, attraverso la gara e la lotta aperta, i migliori risultati in termini di circolazione delle idee e di educazione civile» (ivi, p. 486).

[171] Solo nelle sent. non. 225-226/1974, n. 202/1976, con la caducazione delle norme impugnate, la Corte sembra avere volto una funzione di primo indirizzo e di guida nei confronti del legislatore.

riguardo al pluralismo esterno e al diritto di accesso) si caratterizzassero come *standard* di giudizio immediatamente vincolanti. Da questo punto di vista, se per un verso il bilanciamento degli interessi ha consentito di adeguare il principio di libera manifestazione del pensiero alla mutevolezza del contesto e alla logica del caso, e ha offerto dell'art. 21 Cost. una lettura espansiva che ha consentito di colmare le carenze del testo costituzionale, per altro verso rimane l'impressione di un dissolvimento dei principi in una casistica mutevole che ha legittimato un sostanziale *self-restraint* del Giudice delle leggi. Come nel controllo di razionalità *stricto sensu* inteso, anche nella giurisprudenza sui mezzi radiotelevisivi la Corte perde la possibilità di una «costruzione giuridica di casi giuridici», volta a individuare una «soluzione integrabile nel sistema […] che qualifichi il caso in un senso rispondente a un certo grado di astrazione concettuale del sistema»[172]. Vi è, allora, la possibilità di assimilare queste tecniche di giudizio a bilanciamenti *ad hoc,* compiuti caso per caso, ove la Corte costituzionale «[…] valuta ciascuna volta (e appunto *ad hoc*) la normativa che ha operato […] il bilanciamento. Questo, infatti, spetta al legislatore […], mentre il giudice costituzionale si limita a controllarne l'opera a posteriori, per verificare che il bilanciamento sia stato condotto seguendo […] criteri di ragionevolezza»[173].

Dal punto di vista della tecnica argomentativa, queste decisioni presentano una forte assonanza con l'*ad hoc balancing* teorizzato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nei giudizi sulle forti restrizioni penalistiche di epoca maccartista[174]: secondo questa tecnica argomentativa, la dialettica tra interessi concorrenti non dovrebbe essere composta tramite una «preferenza dogmatica» a favore di una delle istanze in conflitto, né con una «altisonante formula»,

[172] Così L. MENGONI, *Ermenutica e dogmatica*, cit., pp. 55-56, che insisteva sulla necessità che la ponderazione degli interessi, sintetizzata dal «pensiero problematico» in un giudizio di valore, trovasse adeguata cristallizzazione in un criterio di imputazione dogmaticamente definito.

[173] Così M. LUCIANI, *La libertà di informazione*, cit., p. 634.

[174] Per un inquadramento, anche in chiave storico-politica, delle misure adottate negli Stati Uniti d'America con l'avvento della guerra fredda e sull'onda della "paura rossa", cfr. C. BOLOGNA, *Difendere la Costituzione,* cit., pp. 819 e ss.

«travestimento eufemistico di un conflitto irrisolto»[175]. Il conflitto tra le istanze sottese alla libertà di espressione ed eventuali controinteressi deve, piuttosto, essere risolto attraverso la "pesatura" e la loro reciproca ponderazione nell'ambito di un "judicial process" che rifiuti, comunque, l'enunciazione di «[…] dogmas too inflexible for the non-eucleadian problems to be solved»[176].

Tuttavia, proprio perché il "peso" degli interessi non è soggetto a una determinazione "quantitativa", esso non è che una metafora, un gioco linguistico che rinvia a considerazioni qualitative concernenti non solo il "come" ma anche il "chi" deve bilanciare: in tal senso, la scelta sulla limitazione dei diritti fondamentali non spetterebbe, in prima battuta, alle Corti, ma ai «representatives bodies»[177].

Se il bilanciamento comporta, dunque, una scelta politica tra diversi interessi, e se questa scelta deve essere compiuta in primo luogo dal potere politico-rappresentativo, alle Corti costituzionali non spetta che un controllo a posteriori sulla ragionevolezza dell'atto legislativo, sindacabile solo in caso di manifesta arbitrarietà dell'intervento[178].

Questi assunti confermano la necessaria sensibilità delle Corti rispetto ad istanze *lato sensu* politiche, e contribuiscono a superare la difficoltà contro-maggioritaria tipica del sindacato di legittimità costituzionale: nelle vicende italiane, lo scarso utilizzo di pronunce ablatorie e la modesta implementazione dei *principia iuris* precedentemente enunciati stemperano la natura polemica del controllo

[175] Cfr. la *concurring opinion* del *Justice* Frankfurter in *Dennis v. United States,* 341 U.S. 494, pp. 518-519 (1951). La decisione nasceva dal ricorso (poi rigettato) di alcuni membri del Partito comunista condannati per aver violato la sezione seconda del titolo I *dell'Alien Registration Act* del 1940 (conosciuto anche come *Smith Act*), che sanzionava attività e propaganda sediziose.

[176] *Dennis*, cit. ult., p. 525, nonché, per una successiva sistemazione teorica, W. MENDELSON, *On the meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance,* 50 *Calif. L. Rev.* 821 (1962). È evidente la relazione tra l'approccio realista e il bilanciamento: i casi giuridici non sono risolvibili grazie a postulati irrivedibili, ma attraverso considerazioni che prendano in esame le circostanze esterne e interne al caso in esame. Sul punto cfr. anche T. A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing,* cit., pp. 248 e ss.

[177] *Dennis*, *ibidem*.

[178] *Dennis,* cit., p. 544.

di costituzionalità a favore di un ruolo collaterale e collaborativo svolto dalla Corte rispetto ai titolari della funzione di indirizzo politico[179].

Eppure, sembra eccessivo portare all'estremo questa osservazione sino a ritenere che il giudice delle leggi si sia chiuso in una sorta di "isolamento" istituzionale; sarebbe ingeneroso, infatti, ritenere che la giurisprudenza costituzionale sui diritti di libertà (e, in particolare, sulla libertà di manifestazione del pensiero) abbia sviluppato una vera e propria "arte di non decidere", che le consentirebbe di superare la "difficoltà contro-maggioritaria" e il paradosso di avere un potere decisionale definitivo in un sistema democratico-rappresentativo[180]. La reinterpretazione restrittiva di gran parte dei reati di opinione, insieme al sindacato sulle evidenti lacune "assiologiche" (in senso pluralista) dell'ordinamento della comunicazione disegnano, al contrario, la giurisprudenza della Corte costituzionale secondo un modello di *fairness* procedurale, che legittima il suo intervento quando in gioco vi sia la necessità di garantire la «rigenerazione del processo democratico»[181]e, quindi, rimarcare i confini esterni del discorso pubblico rispetto alla delimitazione legislativa[182].

---

[179] Scrivono di una funzione politico-legislativa di tipo collaterale F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo,* cit., p. 54, nonché A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* cit. pp. 523 e ss.

[180] È il modello disegnato da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics,* Indianapolis, 1962, pp. 24 e ss.

[181] Così già J. H. ELY, *Democracy and distrust,* cit., p. 103. La regola istituzionale che richiede che le decisioni di politiche siano lasciati agli "elected representatives" si rovescia quando vi sia un malfunzionamento della democrazia rappresentativa, e cioè qualora vi sia una ostruzione dei canali del ricambio politico o una sistematica lesione dei diritti delle minoranze: "1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or 2) though no one is actually denied a voice or vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disatvantaging some minority […]". Sul monismo procedurale di Ely cfr. C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione,* cit., p. 162.

[182] In tal senso, chiaramente, anche R. C. POST, che sviluppa l'approccio procedurale e anti-fondazionista di Ely sino a considerare la *freedom of speech*, e l'incondizionata apertura del discorso pubblico che ad essa consegue, l'unico presupposto materiale del sistema democratico (anche *supra,* cap. II). Cfr. R. C. POST, *Constitutional Domains,* cit. pp. 185, 275.

Vero è che una protezione avanzata del discorso pubblico dagli sconfinamenti dell'autorità, della comunità, o di altri sottosistemi sociali dovrebbe basarsi su uno scrutinio stretto di ogni misura che tocchi, anche incidentalmente, la libertà di manifestazione del pensiero. In questa direzione si è mossa anche la Corte Suprema degli Stati Uniti che, sulle questioni concernenti il Primo Emendamento, segue ormai un procedimento decisionale che consta di due fasi distinte ma logicamente connesse: in un primo momento, i giudici rispondono al quesito della "copertura" (o della "soglia", cd. *threshold question*)[183], verificando se sia coinvolto, nel caso oggetto di giudizio, uno dei valori serviti dalla libertà di parola che possa innescare (*to trigger*) le tecniche di scrutinio tipiche del Primo Emendamento; in un secondo momento, la Corte verifica che l'atto impugnato sia diretto al contenuto comunicativo[184]. Solo in questa fase si porrà il problema di capire se, oltre che astrattamente "coperto" dai valori del *free speech,* la manifestazione del pensiero possa anche considerarsi "protetta" dalla disposizione costituzionale [185]. In tal senso, tutte le regolazioni che incidono sul contenuto (*content based*)[186] sono sottoposte a uno *strict scrutiny* che condu-

[183] Così R. C. POST, *Recuperating,* cit., pp. 1250 e ss., ma nello stesso senso già F. SCHAUER, *Catogories and the Frist Amendment: a Play in Three Acts,* 34 *Vand. L. Rev.* 265 (1981), pp. 267 e ss., il primo, nella dottrina statunitense, a sottolineare che la *free speech analisys* richiede, anzitutto, di delimitare l'ambito di copertura (cd. "coverage") del Primo Emendamento.

[184] Il primo accenno alla necessaria indagine sull'impatto comunicativo dell'intervento regolativo si ha in *O'Brien v. United States,* cit.

[185] Cfr. F. SCHAUER, *Categories,* cit., p. 276: la distinzione tra *coverage* e *protection* rileva perché è necessario scorporare, analiticamente, il problema della astratta copertura costituzionale di una categoria di azioni, dalla questione sulle condizioni concrete che consentono, nel singolo caso, la prevalenza del diritto individuale su interessi concorrenti.

[186] La distinzione, cardine nella giurisprudenza statunitense sul Primo Emendamento, tra regolazioni dirette al contenuto (*content based*) e discipline contenutisticamente neutre (*content neutral*) è stata enunciata, per la prima volta, in *Police Department of Chicago v. Mosley,* 408 U.S. 92 (1972). Le regolazioni contenutisticamente neutrali vanno incontro, invece, a uno scrutinio "intermedio", per la prima volta formulato in *O' Brien v. United States,* cit., p. 377 (1967), che richiede, affinché possa trarsi la legittimità dell'atto regolativo, che quest'ultimo persegua un interesse di importanza sostanziale («an important or substantial governemntal interest»), non implichi una diretta limitazione della libertà di espressione («unrelated to the suppression of free expression») e che, comunque, l'eventuale e indiretta restrizione della forma espressiva sia essenziale al perse-

ce, inevitabilmente, alla dichiarazione di incostituzionalità della misura, a meno che la pubblica autorità non provi, nel corso del giudizio, di perseguire un interesse inoppugnabile (*compelling*)[187], perseguito tramite una misura proporzionata e strettamente necessaria alla sua realizzazione (*narrowly tailored*). Il divieto di ingerenza del potere politico sulla libertà non vale solo con riferimento al contenuto espressivo, ma anche in relazione al particolare punto di vista (*viewpoint*) espresso dallo *speaker*[188]. L'incostituzionalità delle limitazioni *content* e *viewpoint based* (che tra loro stanno in un rapporto di genere a specie)[189] può essere desunto dalla necessità di evitare una scelta qualitativa da parte del potere politico sulle forme espressive da ammettere nel *marketplace of ideas*. Dietro a quest'opzione concettuale la Corte Suprema sente la necessità di garantire l'eguaglianza formale dei contenuti espressivi[190], conser-

guimento del countervalue («no greater than is essential to that interest»). Sul punto cfr. M. H. REDISH, *The Content Distinction in First Amendment Analysis,* 34 *Stan. L. Rev. 113* (1981-1982), E. CHEMERINSKY, *Content Neutrality as A Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application,* 74 *S. Cal. L. Rev. 49* (2000-2001).

[187] L'utilizzo della categoria lessicale del *compelling interest* diviene sinonimo di *strict scrutiny* nell'area della *freedom of speech* a partire da *Naacp v. Button,* 371 US 415 (1963), in cui si dubitava della legittimità di una legge della Virginia, così come applicata all'organizzazione per la promozione dei dritti civili delle persone di colore (NAACP), che vietava l'adescamento improprio di clienti (*sollecitation of legal business*).

[188] Per un esempio, cfr. *Boos v. Barry,* 485 US 312 (1988) e la *majority opinion* del giudice O'Connor, ove la Corte dichiara incostituzionale, perché *content based,* il divieto di mostrare nelle prossimità delle ambasciate (entro i cinquecento piedi) particolari simboli che potessero incitare all'"odio pubblico" o al "pubblico discredito" di governi stranieri. La legge, infatti, non vietava tutte le manifestazioni vicine alle ambasciate, ma solo quelle di orientamento critico.

[189] Così, per tornare a *Boos v. Barry,* cit., la limitazione è *content based* ma non *viewpoint neutral*, perché non individua, quali elementi rilevanti per la punibilità della condotta, le ragioni della critica ai governi stranieri.

[190] Non è un caso che nelle prime sentenze che espressamente richiamano il *content based approach* (*Police Department v. Mosley,* cit., nonché *Carey v. Brown*) le norme in oggetto siano dichiarate incostituzionali essenzialmente per contrasto con l'*equality clause* del XIV Emendamento: «there is an "equality of status in the field of ideas", and government must afford all points of view an equal opportunity to be heard» (*Police Department,* cit., p. 96). L'eguale opportunità di entrare nel *marketplace of ideas* è principio-guida di tale tecnica decisoria: sul punto cfr. anche K. L. KARST, *Equality As a Central Principle in the First A-*

vando la neutralità dello spazio pubblico rispetto ai molteplici punti di vista emergenti dal corpo sociale[191]. L'esito della tecnica di bilanciamento porta ad un diverso equilibrio del rapporto tra potere politico e potere giudiziario: la concettualizzazione della libertà di espressione supera il deferente *ad hoc balancing,* rovescia la presunzione di costituzionalità della limitazione, distribuisce diversamente l'onere argomentativo e sostituisce, alla deferente analisi negativa sulla non eccedenza della misura, uno stringente controllo positivo di proporzionalità[192].

Questo scrutinio penetrante non pare possa essere riferito, *in toto,* alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, anche per la diversa posizione che questa riveste nel sistema istituzionale. Eppure, la progressiva attenzione dimostrata dalle pronunce costituzionali sui limiti penali alla diffusione del pensiero o sul regime dei mezzi di comunicazione avallano l'idea che la libertà di manifestazione possa essere annoverata, anche nel sistema italiano, tra le condizioni materiali che legittimano l'assetto procedurale (e formale) delle moderne democrazie rappresentative.

*mendment,* 43 *U. Chi. L. Rev.* 20 (1975), e E. CHEMERINSKY, *Content Neutrality,* cit., pp. 55-56.

[191] In tal senso, consentire all'autorità la scelta dei «[…] permissible subjects for public debates would be to allow that government control over the search for political truth». Così, in *Consol. Edison Co. v. Pub. Serv. Comm'n.* 447 US 530, p. 538 (1980), che ha annullato un provvedimento della *New York Pubblic Commission* che vietava l'inserimento da parte di alcune compagnie di *public utilities* di inserire nella bolletta mensile inserti informativi relativi a determinate politiche pubbliche.

[192] La difficoltà di soddisfare l'onere argomentativo, comporta, inevitabilmente, una quasi certa dichiarazione di incostituzionalità: lo scrutinio stretto è, infatti, «strict in theory but fatal in fact». Così, efficacemente, G. GUNTER, *Foreward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: a Model for a Newer Equal Protection,* in 86 *Harv. L. Rev.*, 1, p. 8 (1972).

## CAPITOLO IV

# LA STRUTTURA INTERNA DEL DISCORSO PUBBLICO NELLE ARGOMENTAZIONI DEGLI "ALTRI" GIUDICI

SOMMARIO: 1. In premessa. – 2. La libertà di manifestazione del pensiero tra autorità e comunità: l'eccezione del "discorso razzista". – 2.1. La funzionalizzazione "protezionistica" della libertà di espressione nei bilanciamenti "deferenti" dei giudici interni e nell'"effetto ghigliottina" della giurisprudenza di Strasburgo. – 2.2. La pretesa dimensione collettiva del diritto all'onore e la compressione "comunitaria" della libertà di espressione. – 2.3 Per una riscrittura del divieto di "propaganda d'odio". – 3. La libertà di manifestazione del pensiero nel conflitto individuo-comunità: diritto di cronaca e interesse del pubblico. – 3.1. La "forza gravitazionale" del discorso pubblico: il diritto di critica politica e il diritto di satira. – 4. La dialettica individuo-autorità nel *medium* comunicativo: lo scrutinio stretto sulla disciplina dei fori pubblici tradizionali. – 4.1. Lo scrutinio debole sulla disciplina amministrativa del foro radiotelevisivo: i limiti modali alla libera regolazione del potere privato. – 4.2. La restrizione dei canali di accesso al discorso pubblico: il "caso Europa 7" tra libertà di trasmissione e potere conformativo-gestionale del pubblico potere. – 4.3. Il nuovo foro della stampa on-line. Regole definitorie e sfere di liceità. – 5. Semi-neutralità del discorso pubblico e tentativi giudiziari di riequilibrio in senso egualitario.

## 1. *In premessa*

Se le pronunce della Corte costituzionale contribuiscono a definire i confini esterni del discorso pubblico, gli "altri giudici" concorrono a disegnarne, invece, la struttura interna. Operando nel quadro della legalità, essi si trovano a risolvere controversie nell'ambito di un'impalcatura normativa che integra il sistema dei valori costitu-

zionali. Eppure, proprio perché le scelte sull'applicazione della legge non sono mai assiologicamente irrilevanti, perché richiedono decisioni sulle proprietà dei casi concreti che tradiscono il grado di adesione giudiziale ai valori presenti nella cornice costituzionale[1], gli orientamenti dei giudici (ordinari e amministrativi) specificano i principi del discorso pubblico, definendone l'ossatura interna. In effetti, la particolare posizione istituzionale della giurisdizione, vero e proprio *trait d'union* tra le pulsioni che scaturiscono dal pluralismo sociale e la spinta ordinante e unificatrice innescata dal dato normativo positivo, pone i giudici al centro delle interazioni del discorso pubblico con altri sottosistemi comunicativi.

In tal senso, in questo capitolo si prenderanno in esame alcuni paradigmi conflittuali che segnano il discorso pubblico nell'ordinamento pluralista. Si prenderà ad esempio, in primo luogo, la giurisprudenza sul divieto di propaganda razzista che si colloca al confine tra le necessità protezionistiche della cornice pluralista, e le esigenze di tutela della dignità dei gruppi minoritari che avvertono come intrinsecamente offensive le idee razziste.

D'altro canto, la frammentazione del discorso pubblico conseguente all'illiceità di opinioni considerate contrarie al comune sentimento di rispetto tra gruppi sociali sembra arrestarsi quando la libertà di manifestazione del pensiero entra in conflitto con beni "comunitari" di natura individuale, come l'onore e la reputazione personale. In queste ipotesi, i giudici hanno composto il contrasto attraverso l'individuazione di categorie espressive qualificate che, al ricorrere di determinate condizioni, prevalgono su interessi contrari, contribuendo a definire un ampio spazio pubblico di discussione che tende a rifiutare sterilizzazioni contenutistiche.

Infine, l'analisi si concentrerà sulla valutazione che i giudici riservono alla disciplina dei "fori" pubblici e privati, cioè di quei luoghi deputati alla diffusione di idee e informazioni. Tali regolazioni incontrano un livello di giudizio diverso a seconda della particolare natura dello spazio, tendenzialmente coerente con i principi del discorso pubblico: scrutinio penetrante sulle discipline dei luoghi pubblici tradizionali, ove si svolgono attività che trovano un

[1] Cfr. *supra,* cap. I.

diretto fondamento costituzionale (es. art. 17 Cost.) o, comunque, ove più sono evidenti i tentativi di chiusura del discorso pubblico portati avanti dalla pubblica autorità; scrutinio meno stringente sulle misure adottate nella gestione del foro radiotelevisivo, ove emergono i principi di regolazione del discorso pubblico dettati dalla Corte costituzionale. Così, se all'*interno* del foro radiotelevisivo l'attività amministrativa di regolazione può dirsi funzionalmente orientata alla soddisfazione dell'imperativo di apertura del foro televisivo, analoga conclusione non può trarsi con riguardo alla competizione esterna *sul* mercato radiotelevisivo. Qui, anche a causa di un intervento legislativo carente sul piano dell'attuazione dei *dicta* del giudice delle leggi, il potere amministrativo di gestione riacquista una certa discrezionalità, a tutto svantaggio della libertà di trasmissione e del pluralismo delle voci.

La tendenziale apertura del discorso pubblico trova nuova linfa, invece, con riguardo alla disciplina dei nuovi *media*, ove, almeno con riferimento alla stampa *on-line et similia,* i giudici ordinari hanno enunciato regole di esclusione volte a sottrarre i nuovi media alla classica disciplina, di natura penalistica, prevista per la stampa, amplificando, così, gli spazi di partecipazione individuale al discorso pubblico.

## 2. *La libertà di manifestazione del pensiero tra autorità e comunità: l'eccezione del "discorso razzista"*

La fattispecie che punisce la «propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico»[2], prevista come autonomo

[2] Cfr. art. 3.1. lett. a) della l. n. 654/1975 di ratifica ed esecuzione della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forma di discriminazione razziale*, firmata a New York il 17 marzo del 1966, che punisce «chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi». La prima modifica della disposizione normativa, che ha aggravato il trattamento sanzionatorio e aggiunto il riferimento all'«odio etnico» e alla discriminazione per motivi «religiosi» si deve al d.l. n. 122 /1993, poi convertito nella legge n. 205/1993 (cd. legge Mancino, su cui v. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del D.L. 26/4/93 n. 122*, cit., pp. 174 e ss., nonché L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama*, cit., pp. 14 e ss.). La legge n.

delitto accanto al reato di istigazione alla commissione di atti discriminatori[3], si inserisce in un mosaico più composito funzionale alla repressione delle espressioni che manifestano ostilità in ragione della razza. Tale cornice normativa ricomprende, oltre alla pubblica «esaltazione» di «idee e metodi razzisti», finalizzata alla costituzione di associazioni fasciste, anche i delitti di istigazione e apologia di genocidio[4].

A questo proposito, la clausola di sussidiarietà contenuta all'inizio dell'art. 3 l. n. 654/1975, insieme all'interpretazione restrittiva dell'apologia di fascismo e di genocidio fornita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale[5] e dalla giurisprudenza ordinaria[6], hanno orientato la casistica verso il divieto di propaganda razzista, confinando le restanti tessere normative ad un'applicazione residuale e recessiva.

---

85/2006 ha non solo attenuato la sanzione prevista per le condotta di «diffusione» e «incitamento alla discriminazione», ma ha anche riqualificato la condotta di diffusione in «propaganda», e la condotta di incitamento in «istigazione». L'intervento legislativo ha inciso contestualmente su una pluralità di fattispecie codicistiche, tra cui i reati di attentato, alcune ipotesi di delitti contro la personalità dello Stato rientranti tra i reati di opinione, e i reati di vilipendio politico e religioso.

[3] Nonostante la maggioranza della dottrina penalistica e della giurisprudenza di legittimità considerino l'istigazione alla commissione di atti discriminatori ipotesi autonoma rispetto alla propaganda di idee razziste, non mancano pronunce che unificano l'elemento oggettivo in un delitto a condotta alternativa: cfr. ad es. Cass. pen., sez. III, sent. n. 37581/2008.

[4] Cfr. rispettivamente art. 4 l. 645/1952, art. 8.1 e 8.2 l. 962/1967, nonché *supra,* cap. II, nt. 71.

[5] Cfr. C. Cost., sent. n. 1/1957, che ha ristretto l'ambito di applicazione della fattispecie a quelle esaltazioni che possano condurre alla riorganizzazione del partito fascista (cfr. anche *supra,* cap. III).

[6] Cfr. Corte Ass. Milano del 14 novembre 2001, in *Giur. mer.,* 2002, p. 91, che ha ritenuto punibile solo l'apologia che, per le modalità, le caratteristiche dei destinatari ed il particolare momento storico politico in cui si svolge, costituisce comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione del fatto esaltato. In questo senso, la più recente giurisprudenza di merito sembra prendere le distanze da un risalente arresto della Corte di Cassazione, che ha collocato il delitto tra le fattispecie di pericolo presunto: «[i]stigare direttamente o indirettamente, eccitare attraverso l'apologia al genocidio sarebbe, nella maggior parte dei casi, un reato impossibile se si pretendesse un qualche risultato pratico, un pericolo in qualche modo concretabile di provocazione del genocidio stesso». Così Cass. sez. I pen. n. 507/1985, in *Giur. cost.,* 1986, pp. 76-77, con osservazioni di S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana,* ivi, pp. 86 e ss.

In questa prospettiva, è opportuno un riferimento alla vicenda processuale che ha visto protagonisti alcuni consiglieri comunali della città di Verona, condannati per aver diffuso opinioni a sostegno di una petizione indirizzata al consiglio comunale della città veronese per ottenere l'allontanamento della comunità sinti dal territorio locale. Dopo la condanna in primo grado, confermata in appello, i giudici di legittimità hanno cassato con rinvio la decisione di secondo grado per illogicità della motivazione: la Corte territoriale, infatti, aveva dissociato le condotte degli imputati, condannandoli per le condotte strumentali alla diffusione della petizione, considerate forme di propaganda razzista, e assolvendoli invece per la petizione in sé e per sé considerata. A seguito dell'annullamento, la dissociazione è stata abbandonata dai giudici del rinvio, che hanno ricondotto tutte le attività degli imputati alla propaganda razzista penalmente sanzionata con conseguente, definitiva conferma in sede di giudizio di legittimità[7].

In primo grado, il Tribunale di Verona ha compiuto un'ampia disamina del reato: dopo aver individuato i beni giuridici tutelati dalla norma, ha delineato i contorni dell'elemento oggettivo e del requisito soggettivo, ed infine ha dato sostanza agli elementi extranormativi della fattispecie. Verificati gli elementi di fatto e seguendo l'impostazione della requisitoria del pubblico ministero diretta ad accorpare in un'unica fattispecie le condotte di diffusione di idee

[7] Cfr., rispettivamente, Trib. di Verona sent. n. 2203/2004, in *Dir. Imm. Citt*., 2005, pp. 191 e ss., C. App. di Venezia sent. 2/4/2007, Cass. pen., sez. III, sent. n. 13234/08, C. App. di Venezia, sent. 20/10/2008, in *Foro it.*, 7-8, 2009, pp. 398 e ss. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 41819/2009. Sul caso cfr. L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 117 e ss., C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico,* cit., pp. 148 e ss., ID., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione,* in *Ius17@unibo.it,* 2009, pp. 202 e ss., L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione* cit., pp. 217 e ss., M. Tanzarella, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe giurisprudenziali e legislative di un discutibile reato costituzionalmente orientato,* in *Dir. imm. citt.,* 2010, pp. 50 e ss., nonché, se si vuole, C. CARUSO, *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste,* in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela,* Roma, 2011, pp. 133 e ss.

razziste ed incitamento alla discriminazione razziale[8], ha proceduto alla condanna degli imputati.

Aspetto centrale della decisione è la sussunzione dell'attività politica degli imputati al "tipo" di razzismo generalmente sanzionato dalla disciplina italiana: sulla scorta di un'ormai consolidata elaborazione sociologica, il Tribunale richiama la nozione differenzialista di razzismo (o "neorazzista"), che non si esaurisce nell'argomento della diseguaglianza biologica, tipica del razzismo di ascendenza continentale in funzione (soprattutto) antisemita[9], ma richiama un concetto culturalmente orientato che, assunte tra le proprie premesse il valore antirazzista della promozione delle differenze culturali, mira ad escludere e ad emarginare dai rapporti sociali il gruppo etnico minoritario non riconosciuto dalla cultura dominante[10]. In questa prospettiva, il razzismo differenzialista è un «metarazzismo, o un razzismo di "seconda posizione"», che supera dialetticamente il conflitto tra razzismo e antirazzismo, e che, su questa falsariga, considera la differenza culturale un dato sociale irriducibile, vero e proprio «ambiente naturale dell'uomo, […] atmosfera indispensabile al suo respiro storico»[11]. Le divisioni etnoculturali rappresentano, così, un dato sociale da salvaguardare attraverso forme di segregazione che prevengano «reazioni di difesa, conflitti "interetnici" e una crescita generale di aggressività»[12].

A parere del giudice di primo grado, vi è, dunque, una sostanziale coincidenza tra l'attività politica degli imputati e la *ratio* della

---

[8] Tra il giudizio di primo grado e la decisione in appello è occorsa la legge 85/2006 che ha modificato la condotta di «diffusione» in «propaganda» e l'azione di «incitamento» in «istigazione».

[9] Su cui, per una panoramica, M. VIEWORKA, *L'espace du racisme* (1991), trad. it. *Lo spazio del razzismo,* Milano, 1993, pp. 19 e ss.

[10] Cfr. dec. Trib. Verona, in *Dir. imm. citt.,* cit. pp. 209 che, sulla scorta della consulenza tecnica di parte disposta dalla pubblica accusa, accoglie le ricerche sul neo-razzismo di P. A. TAGUIEFF, *La force du préjugé* (1987), trad. it. *La forza del pregiudizio. Saggio sul razzismo e sull'antirazzismo,* Bologna, 1994, spec. 227-228, E. BALIBAR, I. WALLERSTEIN, *Race nation classe. Les identités ambigües* (1988), trad. it. *Razza nazione classe. Le identità ambigue,* Roma, 1991, *passim,* M. VIEWORKA, *Lo spazio del razzismo,* cit. pp. 81 e ss., ID., *L'inquietudine delle differenze,* Milano, 2008, pp. 29 e ss.

[11] In tal senso cfr. E. BALIBAR, *Esiste un "neorazzismo"?,* in *Razza nazione classe,* cit., p. 34.

[12] E. BALIBAR, *ibidem.*

normativa che sanziona la diffusione di idee fondate sull'odio razziale: bene giuridico tutelato, infatti, non è solo l'ordine pubblico, comunque inteso «nel senso stretto dell'accezione […]» come pubblica tranquillità e sicurezza[13].

La legge n. 654/1975 individuerebbe una fattispecie plurioffensiva, che mira alla tutela anche (e soprattutto) della dignità umana, declinata quale «piena consapevolezza di ogni essere umano di essere tale quale egli è». In questo senso, la legislazione antirazzista impone «[…] il rispetto del dovere di tolleranza in funzione della dignità dell'uomo qualunque: si prescrive la tolleranza della diversità del pensiero d'esserci del singolo uomo in ragione della sua razza, della sua etnia, della sua nazione, della sua religione»[14].

Dalla copertura costituzionale dell'incriminazione della diffusione di idee razziste discende il rigetto della questione di legittimità costituzionale proposta per violazione degli artt. 2, 3, 21 e 25 Cost. Poiché l'incitamento alla discriminazione «è solo lo scopo mediato di un ulteriore fine, che consiste nella limitazione imposta ad altri individui appartenenti alla stessa società civile, di esercitare i diritti civili, politici ed amministrativi individuali e collettivi», il precetto di cui alla legge n. 654/1975 non è solo sufficientemente «tipizzato e determinato» secondo quanto richiesto dall'art. 25 Cost, ma rappresenta diretta attuazione degli artt. 2 e 3 Cost., laddove reprime manifestazioni che comprimono «la pari dignità sociale dei cittadini, [i]l principio di eguaglianza e […] [i] diritti inviolabili dell'uomo». Non solo: il Tribunale di Verona dissolve il contrasto con l'art. 21 Cost. attraverso la riproposizione dei limiti logici, e destruttura la paratia garantista del diritto di libertà tramite la tecnica dissociativa. La norma contestata, infatti, «non viola il diritto di libera manifestazione del pensiero perché l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta […], e rea-

[13] Così Trib. Verona, cit., p. 197. Sul punto v. la critica di L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda,* cit., p. 131: «[r]ispetto a queste ipotesi l'idea di 'ordine pubblico' non riesce ad esprimere un preciso *interesse* concreto, suscettibile di offesa empiricamente verificabile, alludendo piuttosto ad una possibile *ratio* generale delle incriminazione – peraltro non solo in materia di razzismo – che può tutt'al più concorrere a definire i criteri di bilanciamento normativo e giudiziale tra estensione della repressione penale e salvaguardia della libertà costituzionale […]».

[14] Trib. Verona, cit., rispettivamente pp. 197- 198.

lizza un *quid pluris* rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali»[15].

In tal senso, se la libera manifestazione del pensiero è suscettibile di essere bilanciata con «altri interessi di rango costituzionale», non può essere invocato dagli imputati, nel caso di specie, il diritto di critica politica. Nonostante lo stretto collegamento, riconosciuto dallo stesso Tribunale, tra le manifestazioni di pensiero espresse dagli imputati e la contestuale iniziativa politica (la petizione indirizzata al Consiglio comunale), «[…] non può essere dato ingresso ad un giudizio di liceità di una critica ovvero di un pensiero manifestato in dispregio alla dignità umana, diritto che preesiste alla Costituzione: il rispetto della dignità umana costituisce l'essenza di uno Stato democratico, e sul principio di tale rispetto si fondano tutti gli altri diritti fondamentali»[16].

Dalla descrizione della dignità umana quale meta-principio, che assume rilievo normativo attraverso l'operazione ermeneutica dell'autorità giudiziaria, discende il conseguente inquadramento dogmatico della fattispecie: quest'ultima avrebbe integrato un reato di condotta e di pericolo presunto, che senza ammettere prova contraria definisce il disvalore del comportamento. Non rileva, infatti, che «nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la provocazione non siano stati accolti dai presenti o dai destinatari dell'incitamento o della provocazione né che, ai fini del reato contestato commesso nei confronti di una collettività etnica, l'offesa sia percepita da tutti i componenti del gruppo: il conseguimento degli effetti perseguiti con l'incitamento […] non è […] richiesto dalla norma incriminatrice». Secondo i giudici, «[…] la prova che il fatto sia conforme allo schema tipico di reato è essa stessa prova del pericolo presunto in sé nel tipo di reato ravvisato»[17].

Rispetto a tali argomentazioni, la Corte di Appello ha compiuto una risistemazione concettuale del bene giuridico tutelato dalla

[15] Trib. Verona, cit., pp. 194-195.

[16] Trib. Verona in *Dir. imm. citt*., cit., p. 214

[17] Trib. Verona in *Dir. imm. citt.*, cit., p. 206. Sul punto v. però L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda,* cit., pp. 130 e ss., che individua il bene giuridico tutelato in un diritto soggettivo, coperto dall'art. 2 Cost., a non subire discriminazioni fondate sulla razza.

norma (nel frattempo novellata dalla legge 85/2006), riconoscendo autonoma rilevanza alle condotte di propaganda di idee razziste e istigazione alla commissione di atti discriminatori: una volta confermata la condanna dei coimputati in ordine alla prima condotta, ha assolto questi ultimi relativamente all'azione istigatoria.

In primo luogo, i giudici di secondo grado hanno escluso che l'ordine pubblico possa essere considerato bene giuridico tutelato dalla norma penale: piuttosto, la Corte ha tentato di concretizzare il meta-principio della dignità umana e, di conseguenza, la fattispecie inciriminatrice. In tale prospettiva, l'interesse protetto non sarebbe da ricercare al di fuori dei confini costituzionali; la *ratio* delle norme incriminatrici sarebbe invece da rinvenire nell'art. 3.1 della Costituzione che, nel prescrivere la pari dignità sociale dei cittadini davanti alla legge, individuerebbe un «[…] principio giuridico di non-discriminazione[18]». A sua volta, tale principio rimanda alla «dimensione concreta e personalistica del bene protetto consistente nella dignità di ciascun uomo […]», che ne consente una titolarità diffusa, legittimando, altresì, la costituzione di parte civile dell'ente esponenziale della comunità sinti[19].

Nonostante le argomentazioni della Corte di Appello insistano sull'idoneità della dignità umana a postergare la libera manifestazione del pensiero, è ancora il richiamo al limite logico del pensiero-azione a rafforzare l'*iter* logico argomentativo della decisione: la libertà costituzionale non può essere richiamata perché «[…] comportamenti come quelli posti in essere dagli imputati non si esauriscono in mere manifestazioni di pensiero (*rispetto alle quali va ribadita una strutturale impossibilità di essere oggetto di legittima incriminazione*) ma integrano la diversa attività di propaganda che è sostenuta da un preciso intendimento psichico diretto non ad un fine di semplice conoscenza, ma ad attivare, in maniera non del tutto dissimile dall'istigazione […] altrui scelte, decisioni, compor-

[18] C. App. Venezia, sent. 2/4/2007 *sub* c) 3. Secondo la Corte, tale interesse sfuggirebbe all'immaterialità propria del concetto di ordine pubblico: «[v]a […] sottolineata […] proprio alla luce della […] normativa costituzionale […] la dimensione concreta e personalistica del bene protetto consistente nella dignità di ciascun uomo […]».

[19] Cfr. C. App. Venezia, cit., *sub* c) 4.

tamenti»[20]. Ciò premesso, la Corte distingue, quanto alla determinazione della responsabilità penale, l'affissione dei manifesti e le dichiarazioni alla stampa, considerati strumenti promozionali dell'iniziativa politica compiuta dagli imputati, dalla petizione rivolta agli amministratori, considerata di contenuto di per sé non illecito, «[…] non rientrante in uno scopo penalmente sanzionato»[21].

Nel successivo giudizio di legittimità la distinzione tra liceità del fine e illiceità del mezzo è valutato come incongruente. In un primo momento, la Corte di Cassazione rinviene l'interesse protetto della fattispecie nella «tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 215 del 2003 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona»[22].

A seguito dell'individuazione del bene protetto, la Corte ha esaminato la congruenza logica della motivazione dei giudici di appello: secondo il giudice di legittimità non si potrebbe coerentemente scindere «una condotta che era unitaria e considerare illecita la propaganda e lecito il contenuto della petizione che era stato propagandato con i manifesti, i quali erano finalizzati proprio a sostenere la petizione»[23]. Così annullata la sentenza di merito, la Corte ha rinviato nuovamente la questione ai giudici di appello affin-

---

[20] V. *sub* c) 4, corsivo aggiunto.

[21] V. *sub* c) 11. In coerenza con tale approccio, è stata rideterminata la pena finale, con contestuale assoluzione dei coimputati dal reato di istigazione a commettere atti di discriminazione.

[22] Così Cass. pen., III sez., sent. n. 13234/08. La decisione fa riferimento all'art. 2.3 del d.lgs n. 215/2003 che attua nell'ordinamento italiano la direttiva 2000/43 CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. La dignità della persona è citata nella disposizione ai fini dell'individuazione, in via residuale, di comportamenti *lato sensu* discriminatori: «[s]ono, altresì, considerate come discriminazioni, […], anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona e di creare un clima intimidatorio, ostie, degradante, umiliante e offensivo».

[23] Cfr. Cass. pen., III sez., sent. n. 13234/08, cit.: «[l]a petizione […] non poteva essere considerata come 'dato ulteriore rispetto alla condotta', ma era parte integrante della stessa e comunque ai fini della valutazione dell'elemento psicologico non si poteva prescindere dalla petizione. L'unico 'significato reso manifesto dalla condotta stessa' ossia dal manifesto propagandistico era proprio quello di invitare i cittadini a sottoscrivere la petizione».

ché procedessero alla nuova verifica degli elementi di fatto e al puntellamento delle carenti motivazioni.

Nel giudizio a seguito del rinvio, la Corte di secondo grado ha seguito le indicazioni suggerite dal giudice di legittimità. Dopo una lunga ricostruzione del fatto, i giudici hanno confermato la condanna per la condotta di propaganda, strumentale, nella nuova ricostruzione giudiziale, alla promozione di idee fondate sulla superiorità intrinseca di alcune razze umane rispetto ad altre. In un primo momento, i giudici ritornano sul limite logico del pensiero-azione, che ha consentito loro di superare il contrasto con l'art. 21 della Costituzione[24]. La classificazione della diffusione di idee razziste quale azione materiale, posta in quanto tale al di fuori della sfera di influenza della disposizione costituzionale, ha indirizzato i successivi passaggi argomentativi della decisione, giustificando la riconcettualizzazione della fattispecie quale reato di pericolo presunto: a parere dei giudici «odiare significa manifestare un'avversione tale da desiderare […] un grave danno per la persona»; alla luce delle circostanze di fatto gli imputati «[…] hanno propagandato idee la cui realizzazione avrebbe significato la lesione di più diritti fondamentali delle persone appartenenti alle comunità zingare. Cacciare gli zingari […] significa negare il loro diritto alla residenza sul territorio nazionale; negare […] la possibilità per i bambini di accedere alla scuola, così negando il loro diritto all'istruzione; negare il diritto di muoversi sul territorio dello Stato, e quindi la libertà di circolazione»[25]. Con un evidente salto logico, i giudici hanno imputato alla condotta di propaganda di idee razziste lesioni che deriverebbero da azioni discriminatorie, individuando così un concetto di danno eziologicamente non riconducibile alla semplice condotta espressiva[26]. La condanna è stata, infine, con-

[24] «Nella condotta degli imputati […] si va ben oltre la mera manifestazione del pensiero (come tale tutelata dalla Costituzione) e si ravvisano tutti gli estremi della propaganda, cioè dell'intendimento di suscitare comportamenti e idee altrui». Cfr. C. App. Venezia 20/10/2008, in *Foro it.,* p. 413.

[25] *Ibidem*. Nonostante l'autonomia delle condotte previste dalla fattispecie, sembra che la Corte sovrapponga i diversi livelli di applicabilità della propaganda di idee razziste, istigazione a commettere atti di discriminazione, e la materiale commissione di atti discriminatori.

[26] La pena, determinata in due mesi di reclusione per ciascuno degli imputa-

fermata in sede di giudizio di legittimità. La Corte di Cassazione ha avvalorato i passaggi della decisione di appello, recependo gli snodi argomentativi della pronuncia di merito, accertandone la relativa congruenza «sul piano logico probatorio»[27]. Senza soffermarsi ulteriormente su altre questioni in punto di diritto (in particolare bene giuridico tutelato e struttura del reato), la Suprema Corte ha così chiuso la lunga vicenda processuale.

### *2.1. La funzionalizzazione "protezionistica" della libertà di espressione nei bilanciamenti "deferenti" dei giudici interni e nell'"effetto ghigliottina" della giurisprudenza di Strasburgo*

Il caso di Verona riprende, a vari livelli, argomentazioni che sono ormai tipiche della giurisprudenza di legittimità sul divieto di propaganda razzista. Si pensi, ad esempio, al costante rigetto della questione di legittimità avanzate dalle parti sull'art. 3 lett. a) l. n. 654/1975: ricorrente è l'affermazione sulla manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale, «giacché il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango». Nello specifico, il diritto libertà «incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost., che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente – nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività – la diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale»[28]. Da tale assunto,

---

ti, è stata poi confermata in sede di giudizio di legittimità. La Corte di Cassazione ha confermato i passaggi argomentativi della decisione di appello, accettando gli snodi argomentativi della pronuncia di merito, ribadendo la compatibilità «[…] sul piano logico probatorio, fra l'assoluzione dall'imputazione di incitamento […] e la condanna per il reato di propaganda […]» (Cass. pen., sez. IV, sent. n. 41819/2009).

[27] Cfr. Cass. pen., sez. IV sent. n. 41819/09.

[28] In tal senso, Cass. pen., sez. III, sent. n. 37581/2008. La pronuncia si pone in continuità con quanto stabilito da Cass. pen., sez. V., sent. n. 31655/2001, che ha escluso il contrasto dell'art. 3.3 l. n. 654/1975, che vieta l'organizzazione, e la promozione di associazione aventi tra i propri fini l'incitamento alla discrimi-

deriva l'inapplicabilità della scriminante dell'esercizio del diritto, che non può essere riconosciuta ove questo sia concretamente in contrasto «con i valori più alti, pure costituzionalizzati, quali la dignità umana»[29] e la conseguente, generalizzata legittimazione per gli enti esponenziali del gruppo etnico offeso a costituirsi parte civile[30].

Peraltro, analogamente a quanto accaduto nel caso veronese, a nulla rileva la diffusione di idee *lato sensu* razziste nell'ambito di un mandato elettorale o di un dibattito di interesse pubblico: anzi, proprio l'esercizio di un'attività politica, e la conseguente assunzione di responsabilità nei confronti della comunità territoriale, deve indurre «ad una maggiore prudenza». L'intervento di un consigliere comunale nella relativa seduta consiliare delinea, infatti, il pregiudizio discriminatorio e la particolare idoneità lesiva della condotta, «atteso il pulpito da cui […] [l'intervento] veniva […] [realizzato]»[31].

I giudici si servono di luoghi argomentativi che ricordano la prima giurisprudenza della Corte costituzionale (spesso deferente rispetto a fattispecie che tradivano l'impostazione autoritaria del passato regime), per giustificare l'esclusione dal discorso pubblico di espressioni contrarie ai valori della Costituzione repubblicana. Se lo scrutinio debole sui reati di opinione previsti nel codice penale ha consentito, almeno nei primi anni di vigenza della Carte repubblicana, la repressione di idee minoritarie o anticonformiste, la categorica applicazione della disciplina penale sul discorso razzista

nazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, o religiosi, con gli artt. 2, 3, 18, 21 Cost. In relazione all'art. 21 Cost, in particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che «l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta, quanto meno intesa come comportamento generale, e realizza un *quid pluris* rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali» (in senso analogo, cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 25184/2009).

[29] Cass. pen., sez. I, sent. n. 20508/2012.

[30] Cass. pen. sent. n. 20508/2012, cit., ma l'orientamento è risalente: cfr. Cass. pen., sent. n. 507/1985, cit., nonché Cass. sez. V, n. 65/1986, entrambe in *Giur. cost.,* rispettivamente pp. 75 e ss., 78 e ss.

[31] Cass. pen. sez. I, sent. n. 47894/2012, che respinge il ricorso avanzato da un consigliere comunale, assolto in primo grado, ma condannato in appello, che auspicava l'intervento dell'ente locale per sottrarre i nati da famiglie di etnia sinti, così da spezzare la «catena generazionale» che avrebbe dato continuità alla loro «sedicente cultura» e alle loro «discutibili tradizioni».

svolge una (discutibile) funzione promozionale dell'uguaglianza tra gruppi sociali. In questo processo ermeneutico, limiti logici e individuazione "topografica" del contro-interesse preludono ad un giudizio astratto di prevalenza della dignità e delle esigenze di riconoscimento della minoranza, a prescindere dalla dinamica del caso concreto.

Proprio l'assoluta svalutazione, a fini decisori, delle circostanze concrete non pare del tutto convincente: si è già osservato[32], come la scarsa attenzione alle proprietà rilevanti del caso sia tipica della dottrina dei limiti logici, funzionali alla tutela di beni giuridici fortemente idealizzati.

Non può non sottolinearsi, ancora una volta, come tale dottrina dogmatica si inserisca in un processo argomentativo di categorizzazione, che ha l'obiettivo di «sterilizzare il conflitto» rispetto ad bene giuridico assunto aprioristicamente a postulato intangibile, stabilendone «in astratto il suo perimetro "naturale" e il suo effettivo campo di applicazione»[33]. In effetti, «lo scopo […] è […] quello di affermare […] l'arretramento totale degli interessi in competizione» rispetto al supervalore assunto a parametro, «senza che sia […] ragionevolmente possibile ipotizzare, alla luce delle conoscenze teoriche ed empiriche disponibili, *nemmeno un caso* in grado di invertire la relazione di precedenza definitivamente prefissata in sede legislativa»[34].

Non è casuale che tali dinamiche argomentative condannino all'irrilevanza le concrete modalità espressive e, quindi, il grado di lesività della specifica condotta rispetto all'interesse protetto dalla norma penale. In queste pronunce, infatti, non vi è alcuna differenza, ai fini della punibilità, tra espressioni simboliche, magari attuate in un contesto capace di amplificare il contenuto comunicativo della condotta, e opinioni che, pur non condivisibili, si collocano

[32] Cfr. *supra,* cap. III.

[33] In tal senso A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene giuridico penalmente rilevante,* in *Dir. quest. pubbl.,* 2011, p. 914. Sullo "specificazionismo" come tecnica "involuta" di bilanciamento diffusamente G. PINO, *Conflitto e bilanciamento,* cit., pp. 240 e ss.

[34] A. TESAURO, cit. ult., p. 916 (corsivo nel testo).

nell'ambito di un'aspra dialettica politica[35]. La scarsa attenzione alle circostanze concrete non può essere ovviata, d'altro canto, neanche da problematiche distinzioni. Si pensi al *distinguishing*, accennato nella prima pronuncia della Suprema Corte sul caso "Tosi", ma ripresa anche da successive decisioni di legittimità[36], tra discriminazioni effettuate in ragione delle qualità del soggetto o per i concreti comportamenti messi in atto dagli appartenenti di una data comunità: secondo il Supremo Collegio, «[l]a discriminazione per l'altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l'altrui criminosità. In definitiva un soggetto può anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento ma non per la sua qualità di essere diverso». La regola di diritto, che pure richiama una distinzione dai confini applicativi tutt'altro che nitidi, è effetto della probabile preoccupazione, avvertita dai giudici, di imboccare quella «china scivolosa […] che conduce […] verso una progressiva erosione del pubblico dibattito su temi scottanti e conflittuali attraverso la criminalizzazione in blocco di intere linee di pensiero»[37]. Tale distinguo non è altro, allora, che uno stilema retorico che rinvia all'importanza delle circostanze del caso concreto: «[…] in una competizione politica particolarmente accesa […] non si può dal contesto di un discorso estrapolare una frase poco opportuna per attribuire all'autore idee razziste senza esaminare il contesto nel quale tale frase è stata pronunciata e senza la valutazione degli elementi indicati a discolpa dall'autore della frase. Nel caso in esame i prevenuti avevano precisato che la loro avversione non era diretta nei confronti dei sinti in quanto tali, ma solo nei confronti di quelli che rubavano ponendo in pericolo la sicurezza dei cittadini»[38].

[35] Così, ai fini della punibilità, è irrilevante che la condotta si esplichi in saluti romani realizzati all'esterno di uno stadio di calcio in un contesto di guerriglia urbana con le forze dell'ordine (su cui Cass. pen. sent. n. 25184/2009, cit.) o, viceversa, nell'ambito della seduta del consiglio comunale in un contesto di denuncia delle condizioni di vita dei minori (Cass. pen. sent. n. 4789/2012, cit.).

[36] Cfr. C. App. Venezia, dec. del 20/10/2008, cit., Cass. pen., sent. n. 4789/2012.

[37] Così C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista,* cit., p. 198.

[38] Così Cass. pen., sent. n. 13234/2008, cit.

In fondo, è la stessa attenzione giurisprudenziale al razzismo differenzialista, e la (conseguente) supervalutazione del bene giuridico della dignità umana a non convincere. Quanto al primo profilo, come è stato notato persino da uno dei suoi maggiori teorici, risulta «[…] problematico assegnare dei limiti alla categoria, limiti dai quali pure dipende […] il suo valore analitico: ogni fenomeno di discriminazione, ogni violenza simbolica sembra […] esservi ricompresa»[39]. Il giudizio di equivalenza tra la propaganda di idee razziste e la commissione di atti discriminatori, realizzata esplicitamente dalla seconda pronuncia della Corte territoriale nel caso Tosi, ma latente in tutta la vicenda processuale, è sintomo della difficoltà analitica di scindere, all'interno di un concetto di natura sociologica come quello del neo-razzismo, i relativi confini giuridici di applicazione. A monte di tale confusione argomentativa sta, ovviamente, la criticabile scelta legislativa di unificare, quanto a trattamento sanzionatorio, «tre momenti assai diversi tra loro, […] che si collocano su gradi diversi di prossimità rispetto al momento del compimento eventuale dell'azione criminosa»[40]. In tal senso, «[l]a scelta di collocare il punto di partenza della incriminazione a livello della mera manifestazione di pensiero, scollegandola completamente da qualsivoglia effetto sul piano dell'offesa e della lesione di un bene ordinamentale (che non sia il bene ideale della *fedeltà* ai valori democratici), si accompagna […] ad una irragionevole assenza di graduazione della risposta che l'ordinamento offre al comportamento umano»[41]. Il giudizio di equivalenza legislativa tra atti discriminatori, istigazione alla discriminazione e propaganda di idee razziste pone un'identica presunzione di pericolosità di condotte tra loro assai diverse, assimilando in un identico trattamento

[39] In tal senso E. BALIBAR, *La costruzione del razzismo,* in T. CASADEI, (a cura di), *Società multiculturali e questioni razziali,* in T. CASADEI, L. RE (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali,* vol. I, Reggio Emilia, 2007, p. 64.

[40] Così E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico*, cit., p. 234.

[41] E. STRADELLA, *La libertà di espressione, ibidem*. Da tale assunto, deriva la necessaria constatazione che l'attività di propaganda razzista sia «[…] costruita secondo la tipizzazione normativa dei reati di pericolo […]. Il ricorso allo schema del pericolo astratto appare quasi obbligatorio nelle disposizioni che, come queste, tipizzano fatti pericolosi per interessi sovraindividuali […]».

sanzionatorio comportamenti che realizzano un *dicere* e azioni che consistono, appunto, in un *facere*.[42]

L'assenza di un paradigma analitico diretto a trattare in modo uguale situazioni analoghe e in modo diverso casi distinti, comporta, anzitutto, un'intrinseca irragionevolezza dell'intervento legislativo perché parifica, nella risposta punitiva, condotte tra loro irriducibili. Anzi, ben può dirsi che il difetto di ragionevolezza *intra legem* rifletta l'eccedenza assiologica del bene giuridico che si vuole tutelare: senza tornare sulla tendenza degli attuali ordinamenti liberaldemocratici a considerare la dignità umana edulcorato sostituto dell'ordine pubblico ideale, non può non rilevarsi come questa sia un bene *omnibus*[43], normativamente polisenso e per questo capace di sovvertire il rapporto regola/eccezione che anima il riconoscimento di ciascun diritto costituzionale. In questo senso, il richiamo al "supremo bene" della dignità umana tradisce l'irrigidimento "protezionistico" dell'ordinamento, che si chiude rispetto ad espressioni considerate in disaccordo rispetto alla cornice del sistema.

Ad essere negata in radice è, quindi, la stessa possibilità di ponderazione tra la libertà di manifestazione e istanze con essa confliggenti: la dignità umana è, nelle argomentazioni dei giudici, un «asso pigliatutto»[44] che spariglia le carte del bilanciamento, traducendosi in un'applicazione assoluta e categorica della fattispecie penale. Sfuggente sul piano dei confini dogmatici, la dignità umana si traduce in un vero e proprio argomento *knock-down* che chiude la discussione in partenza, «sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo volto a ridurre, nei limiti del possibile, l'indeterminatezza del suo contenuto fluttuante e inafferrabile, soprattutto in rapporto all'esigenza di concedere legittimo spazio a eventuali contro – interessi antagonisti»[45]. In altri termini, l'alterazione del peso degli interessi in conflitto, dovuta al richiamo del

[42] Art. 3 lett. a), l. n. 654/1975.
[43] L'espressione è di A. TESAURO, *Spunti problematici,* cit., p. 885.
[44] Così C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista,* cit., p. 101.
[45] A. TESAURO, *Spunti problematici,* cit., p. 888.

principio di dignità[46], funge, sul piano argomentativo, da «*conversation stopper*», da «ragione escludente» «che risolve ogni questione e non tollera ulteriori discussioni»[47].

La dignità umana "trincera" la fattispecie incriminatrice, chiudendo la lista delle proprietà rilevanti in sede penale «attraverso una loro predeterminazione conclusiva e immutabile […]» ed escludendo, altresì, «la possibilità che il suo antecedente sia rimesso in discussione in sede di giudizio di bilanciamento»[48]. In questo senso, la fattispecie di propaganda razzista è affetta da irragionevolezza non solo per la sua incongruenza *intra legem,* ma anche perché, più in generale, definisce una regola di collisione (tra la dignità umana e la libertà di espressione) manifestamente sproporzionata.

L'aprioristica esclusione di alcune forme espressive in ragione del contenuto richiama, peraltro, l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, particolarmente oculata nell'escludere dallo "spazio convenzionale" pretese individuali che si appoggino a valori antitetici rispetto al patto fondativo della Convenzione (sorta quale risposta normativa di rango sovranazionale al dominio in Europa del nazi-fascismo[49]). Vero è che giudici di Strasburgo, in tema

---

[46] Come osserva W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana,* in *Ars interpretandi,* 2007, pp. 60, 62: «[c]hi arricchisce i suoi deboli argomenti appellandosi alla "dignità umana" e stabilizza con essa le sue malferme catene argomentative danneggia […] il discorso […] perché la sua argomentazione altera i pesi». In tal senso, la «diffusa tendenza giurisprudenziale» di utilizzare la dignità umana «uccide la discussione», perché esso «ha già parlato e sistemato tutto. Il risultato è un'argomentazione che non fa progressi in rapporto a un problema giuridico […]».

[47] A. TESAURO, *ibidem.* che riprende la distinzione già presente in J. RAZ, *Reasons for Action, Decisions and Norms,* in ID. (a cura di), *Practical Reasoning,* Oxford, 1978, pp. 128 e ss., tra «ragioni escludenti» e «ragioni contribuenti», le prime più simili alla logica del «tutto o niente», propria delle «regole», le seconde più consone all'«argomentare per principi».

[48] A. TESAURO, *Spunti problematici,* cit., p. 916.

[49] Anche grazie all'applicazione dell'art. 17 Cedu, che così recita: «[n]essuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni pi˘ ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione». Sui motivi ideali che hanno spinto gli Stati europei alla redazione della Convenzione cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti Nazionali e Corte Europea di Strasburgo,* Milano, 2012, pp. 1 e ss.

di libertà di espressione, hanno da sempre sottolineato la necessità di esaminare la questione «[…] in the light of the case as a whole»[50] e di offrire protezione non solo alle idee che incontrano il consenso della maggioranza, ma anche a quelle espressioni che «[…] offend, shock, or disturb the State or any sector of the population»[51]; in questo settore, il giudizio di convenzionalità si è sviluppato lungo una duplice attività interpretativa, consistente, per un verso, nella delimitazione oggettiva del diritto di libertà[52] e, per un altro, nel confronto tra la situazione soggettiva e uno dei *countervalues* enunciati nell'art. 10 Cedu[53]. Eppure, questa procedura

[50] ECtHR, *Handyside vs. United Kingdom* (1976), decisione originata dal ricorso promosso da un editore inglese contro il sequestro e la condanna pecuniaria subita per la diffusione di un libro di educazione sessuale.

[51] *Handyside*, cit. ult. § 49. Sulla giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 10 v. A. OETHEIMER, *Art. 10. Libertà di espressione,* in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 397 e ss., con particolare riguardo alla propaganda razzista, P. TANZARELLA, *L'*hate speech *nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo,* in *Le discriminazioni razziali ed etniche,* cit., spec. pp. 158 e ss., nonché, se si vuole, C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech *nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico,* cit., pp. 339 e ss.

[52] Delimitazione comunque molto ampia: come rileva anche G. E. VIGEVANI, *Libertà di espressione e discorso politico tra Corte europea dei diritti e Corte costituzionale,* in N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana,* Napoli, 2006, p. 463, la Corte Edu ha adottato una definizione «quasi onnicomprensiva» del concetto di libertà di espressione, capace di includere sotto l'ombrello dell'art. 10 Cedu anche la pubblicità commerciale.

[53] Cfr. art. 10.2 Cedu: «l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario». L'ipotesi secondo cui il giudizio di convenzionalità sull'art. 10 CEDU segua un *balancing process* assimilabile a tecniche decisorie proprie di altre esperienze costituzionali (e, segnatamente, nordamericane) trova non poco sostegno in dottrina: cfr., ad esempio, D. KEANE, *Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights,* in *Netherlands Quarterly of Human Rights,* Vol. 25, No. 4, 2007, ora anche in *14 KHRP Legal Review* (2008), p. 95, nonché H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?,* in

ermeneutica, strutturata secondo un giudizio essenzialmente triadico[54], è abbandonata in relazione a tutti i casi che coinvolgano la propria propaganda antisemita o il negazionismo dell'Olocausto: dopo alcune iniziali incertezze interpretative[55], e a partire da *B.H., .W. H.P. and G.K vs Austria*[56], infatti, l'allora Commissione ha inaugurato un orientamento (confermato anche nelle pronunce della Corte Edu successive all'entrata in vigore del Protocollo n. 11, nel 1998, che ha introdotto il ricorso individuale)[57] che, grazie al richiamo all'art. 17 Cedu, produce un effetto "ghigliottina" su quei *dicere* pericolosi per i diritti e per le libertà tutelate dalla Convenzione[58].

---

*Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, pp. 64-65. Ampie analogie vi sono anche con riguardo all'estensione contenutistica dell'art. 10 Cedu, capace di ricomprendere sia la pubblicità commerciale che forme di *simbolic speech*: sul punto G. VIGEVANI, *Libertà di espressione e discorso politico,* cit., pp. 463 e ss., nonché E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica*, cit., p. 123. Sul divieto di interventi preventivi sulla stampa, giustificato alla luce dell'effetto raggelante (*chilling effect*) che questi interventi possono produrre su forme espressive convenzionalmente rilevanti, cfr. A. OETHEIMER, *Art. 10,* cit., p. 400.

[54] Così E. STRADELLA, *La libertà di espressione,* cit., p. 115. Lo scrutinio richiede che le eventuali limitazioni: 1) siano previste dalla legge; 2) perseguano un fine legittimo; 3) si pongano in un rapporto di necessaria strumentalità rispetto all'esistenza di una società democratica.

[55] Così, ad esempio, in EComm.HR, *Glimmerveen and Hagenbeek vs. the Netherlands* (1979), sulla propaganda di politiche discriminatorie nei confronti di alcune minoranze etniche residenti in territorio olandese (turche e surinamesi), l'allora Commissione dei diritti dell'uomo ha ritenuto che le espressioni razziste genericamente intese non fossero riconducibili all'art. 10.1, ma all'art. 17 Cedu. Poco dopo, in ECommHR, *X. vs. Federal Republic of Germany* (1982), in relazione ad un ricorso contro la condanna per diffamazione a causa di *pamphlets* negazionisti, il giudizio viene condotto alla stregua dell'art. 10 Cedu e, in particolare alla luce dello specifico *test* enunciato in *Handyside.*

[56] Cfr. ECommHR *B. H., M. W., H. P. and G.K. vs. Austria* (1989).

[57] Cfr. ECommHR, *F.P. vs. Germany,* (1993); ECommHR, *Ochensberger vs. Austria* (1994); ECommHR, *Remer vs. Germany* (1995); ECommHR *Rebhandl vs. Austria* (1996), ECommHR *D.I. vs. Germany* (1996), ECommHR. *Nachtmann vs. Austria,* Application No. 36773/97 (1998); ECtHR, *Witzsch vs. Germany* (1999), ECtHR, *Schimanek vs. Austria* (2000).

[58] Sul punto cfr. H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The Abuse Clause and Freedom of Expression,* cit., p. 58, i quali distinguono due forme di applicazione dell'art. 17 Cedu: in una prima serie di casi la Corte Edu utilizzerebbe l'art. 17 per escludere categoricamente alcune forme espressive dalla tutela dell'art. 10, creando così un «effetto ghigliottina» (*guillottine effect*) chiaramente *content based*. In altre decisioni, viceversa, la fattispecie dell'abuso del diritto sarebbe applicata indi-

Il rinvio a tale disposizione comporta, infatti, l'interruzione della concreta analisi del caso e la sussunzione, *sic et simpliciter,* della situazione di fatto alla clausola convenzionale dell'abuso del diritto. Queste decisioni non sono prese «alla luce di tutte le circostanze del caso» ma in via delibativa, a seguito di una sommaria individuazione contenutistica dell'espressione in oggetto[59], e confermano un approccio fondato su due livelli (*two tiers approach*[60]) che legittima un diverso *standard* di giudizio a seconda del peculiare contenuto espressivo. Nonostante, quindi, una tecnica argomentativa fondata sull'applicazione logico-deduttiva dell'art. 17 Cedu, e quindi diametralmente opposta rispetto al bilanciamento sapienziale offerto dai giudici interni, l'esito è analogo, e coincide con l'automatica esclusione di alcune forme di "discorso d'odio" dal *domain* della libertà di espressione.

Questo orientamento è stato recentemente confermato in *Garaudy vs France*[61]: di fronte al ricorso presentato dal filosofo Roger Garaudy successivamente alla condanna emessa dalle autorità francesi in applicazione del delitto di negazionismo introdotto dalla

---

rettamente, come argomento *ad adiuvandum* rispetto alla *ratio decidendi,* comunque costituita dall'art. 10.2. In verità, nonostante non manchino nella giurisprudenza Cedu riferimenti incrociati agli artt. 10 e 17, non muta, come si vedrà, l'effetto, causato dall'applicazione della clausola di abuso del diritto, di escludere categoricamente e apoditticamente determinate forme espressive dalla tutela convenzionale.

[59] Così D. KEANE, *Attacking hate speech*, cit. pp. 108-109.

[60] In tal senso cfr. H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause,* cit. pp. 55 e ss. Tale ricostruzione metodologica riflette quanto già elaborato dalla dottrina statunitense (cfr. per tutti C. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech,* cit., pp. 124 e ss., nonché L. TRIBE, *American Constitutional Law,* New York, 2.ed, 1988, p. 833) che, sulla scorta della relativa giurisprudenza costituzionale, evolve la distinzione tra *high value* e *low value speech* in ipotesi di *definitional balancing* che, nell'enunciare particolari regole interpretative, conferiscono tutela privilegiata a determinate forme espressive.

[61] Cfr. ECtHR, *Garaudy vs. France* (2003), su cui v. A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 2243, E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria,* cit., pp. 42-44, nonché E. STRADELLA, *La libertà di espressione politica simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, cit., p. 126 (in particolare nt. 66). La decisione coinvolge l'opera, ispirata alle tesi del negazionista Faurisson, *Les mythes fondateurs de la politique israeliénne*, ove si sosteneva l'inesistenza delle camere a gas e il fraintendimento storico della "soluzione finale", da intendere come semplice tentativo di deportazione al di fuori dei confini tedeschi degli individui di origine ebraica.

cd. Legge *Gayssot*[62], i giudici di Strasburgo hanno riaffermato l'esclusione, dal gioco argomentativo dell'art 10 Cedu, del discorso negazionista. Contestare la verità di eventi storicamente certi, come l'Olocausto, equivale, a detta della Corte, a formulare un'accusa di falsificazione storica nei confronti delle stesse vittime del genocidio. Se così è, la negazione dei crimini contro l'umanità non è altro che una delle forme più pericolose di istigazione all'odio razziale, perché mira a rimettere in discussione i valori fondanti della lotta al razzismo e all'antisemitismo, fine programmatico della stessa Convenzione europea.

Non è un caso, allora che in alcune recenti decisioni la sfera di influenza dell'abuso del diritto sia stata estesa sino a ricomprendere non solo la propaganda antisemita[63], ma anche la propaganda islamofobica. In *Norwood* vs. *United Kingdom*[64], infatti, l'esposizione, da parte di un militante del *British National Party,* di un poster raffigurante le *Twin Towers* in fiamme e il simbolo del divieto d'accesso posto sulla Mezzaluna, è stato considerato un «veemente attacco contro un determinato gruppo religioso» e, in quanto tale, in contrasto contro i valori di «tolleranza, pace sociale, e non-discriminazione» enunciati dalla Convenzione[65].

I giudici di Strasburgo optano, così, per una funzionalizzazione forte della libertà di manifestazione del pensiero: le opinioni negazioniste non possono essere considerate una forma di esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero perché intrinseca-

[62] Cfr. art. 24 bis, introdotto dalla l. n. 615/1990 di modifica della legge del 31 luglio 1889 sulla libertà di stampa.

[63] Cfr. ECtHR, *Ivanov vs. Russia* (2007).

[64] Cfr. ECtHR, *Norwood vs. the United Kingdom* (2004).

[65] Pur senza accogliere il ricorso, il giudizio triadico sotteso dall'art. 10 Cedu è stato invece recentemente utilizzato in: ECtHR *Feret vs. Belgium* (2009), sorto a seguito del ricorso presentato da uno degli esponenti di punta del Fronte nazionale belga contro la condanna per istigazione all'odio razziale; ECtHR, *Leroy vs. France* (2008), avente ad oggetto un ricorso contro la condanna delle autorità francesi per una vignetta ironica sull'attacco alle *Twin Towers*; ECtHR *Vejdeland vs. Sweden* (2012), relativa a condotte di propaganda omofoba realizzata in istituto scolastico superiore. Viceversa, è stata offerta protezione convenzionale al messaggio razzista convogliato da un'intervista nell'ambito di un'inchiesta giornalistica (ECtHR, *Jersild vs. Denmark* [1994]) o, comunque, qualora si tratti di opinion espresse nell'ambito di un dibattito storiografico su fatti non acclarati con certezza (ECtHR, *Lehideux and Isorni vs. France* [1998]).

mente volte al conseguimento di fini contrari alla stessa *ratio* della libertà[66].

Attraverso l'imposizione di veri e propri limiti interni[67], la Corte Edu si mostra fedele alla proprie premesse storico-culturali. In effetti, se dietro la scelta relativa all'incriminazione dell'*hate speech* risiedono precise norme etico-sociali[68], non può negarsi come la stessa origine storica della Convenzione spieghi la particolare (in)sensibilità dei giudici di Strasburgo verso espressioni che manifestino risentimento e intolleranza[69].

Con un'ermeneutica finalizzata all'inveramento di una «moralità universale», ispiratrice di un «ordinamento ideale internazionale», da cui i singoli ordinamenti devono «trarre […] alimento»[70], il giudice di Strasburgo opera una sorta di omogeneizzazione dei beni giuridici tutelati dalle norme degli stati aderenti, e dunque, paradossalmente, un effetto potenzialmente contrario alla funzione sussidiaria della Corte Edu e, quindi, opposto alla dottrina del margine di apprezzamento che di tale funzione è corollario[71]. In questo modo, la Corte Edu posterga i singoli interessi che le tassative norme interne intendono tutelare (ad es. l'onore e la reputazione di singoli gruppi sociali, la sicurezza pubblica) a favore di un pluralismo "militante" che gode di una presunzione assoluta di prevalenza rispetto ai singoli diritti espressi nel trattato internazionale[72].

---

[66] Così ECtHR in *Garaudy vs. France*, cit. *supra*.

[67] Così si esprime, in relazione alla giurisprudenza Edu, A. AMBROSI, *Libertà di pensiero,* cit., p. 58.

[68] Cfr. E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit. p. 49, ma soprattutto R. C. POST, *Hate Speech,* cit., pp. 97 e ss.

[69] Cfr. I. HARE, *Extreme Speech under International and Regional Human Rights Standards,* in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, New York, 2009, p. 75. Sul punto cfr. anche H. CANNIES, D. VOORHOOF, *the Abuse Clause,* cit. pp. 56-57, che ripercorrono i lavori preparatori che hanno portato all'introduzione dell'art. 17 nel testo convenzionale.

[70] Così M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale,* cit., p. 526. Nello stesso senso, e in generale sulla giurisdizione della Corte Edu, cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo,* Milano, 2012, p. 3.

[71] Sul margine di apprezzamento come riflesso giurisprudenziale del ruolo istituzionalmente sussidiario della Corte Edu. cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi,* cit., pp. 112 e ss. e dottrina ivi citata, nonché, con specifico riguardo al "discorso d'odio", I. HARE, *Extreme Speech*, cit., p. 67.

[72] Cfr. sul punto le osservazioni di M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, cit., p. 526.

Il timore di una «colonizzazione» europea per via giudiziaria[73] delle singole culture e identità nazionali cede, così, il passo di fronte alla tutela dei valori che legittimano la *ratio* fondativa dell'ordinamento convenzionale.

Anche per questo, nonostante gli orientamenti Edu sulla propaganda razzista siano sovente richiamati dalla giurisprudenza interna, l'impatto, e il conseguente vincolo precettivo che questi pongono sull'ordinamento italiano, non sono da sovrastimare, traducendosi, al più, in un mero argomento *ad adiuvandum* per la soluzione dei casi di diritto interno.

Se è vero, infatti, che i giudici di Strasburgo hanno inteso i diritti convenzionali in modo «incrementale» o, addirittura, «progressista»[74], è pur vero che la funzione della Corte Edu è solo sussidiaria rispetto al *rights enforcement* delle istituzioni nazionali, dovendo assicurare, anzitutto, uno *standard* minimo di tutela che non può pregiudicare norme e prassi giurisprudenziali interne più favorevoli[75].

Inoltre, e più in generale, l'approccio casistico seguito dai giudici di Strasburgo rende molto difficile ridurre a coerenza «una giurisprudenza amplissima e in taluni casi contraddittoria»[76]; proprio la «flessibilità dei criteri interpretativi adottati» rischia di por-

---

[73] Si serve di questa espressione, seppure in relazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'unione europea M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea,* in ID. (a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee,* Bologna, 2007, pp. 57 e ss. È la stessa A. a notare come la Corte di Strasburgo sia «[…] in una posizione assai più favorevole a preservare le identità culturali dei numerosi ordinamenti che fanno parte del sistema della Convenzione». In tal senso, la dottrina del margine di apprezzamento consente «[…] al sistema Cedu di meglio destreggiarsi alla ricerca del difficile equilibrio tra universalità e pluralismo dei diritti fondamentali» (M. CARTABIA, cit. ult., p. 63).

[74] In questi termini cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi,* cit. p. 5, che scrive di un atteggiamento progressista della Corte con riguardo allo *standard* adottato nei confronti dei Paesi con una tradizione democratica meno consolidata.

[75] Cfr. art. 53 della Convenzione, secondo cui «[n]essuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi». Nello stesso senso v. A. AMBROSI, *Libertà di pensiero,* cit., pp. 537-538.

[76] G. E. VIGEVANI, *Libertà di espressione e discorso politico,* cit., 467.

re nel nulla qualsiasi «tentativo di compiuta razionalizzazione delle decisioni della Corte dei diritti»[77], riproducendo nel paradigma della libertà di espressione la difficoltà di «individuare e prevedere in maniera chiara univoca […] un dato che possa valere in […] generale, indipendentemente dal caso concreto»[78].

Peraltro, se è vero che i precedenti risolti dai giudici di Strasburgo possono, astrattamente, essere utilizzati per risolvere casi analoghi relativi ad altri ordinamenti, non bisogna confondere il sistema istituito dalla Convenzione con un «*ordinamento costituzionale dei diritti* che veda in posizione gerarchica la Corte europea»[79]. Il sistema convenzionale rimanda, infatti, ad una soggettività autonoma, distinta dagli Stati membri, che interseca l'autonomia statale solo nei casi che li riguardano (mantenendo comunque, anche in tali ipotesi, un'ampia discrezionalità in ordine alla scelta dei mezzi per adeguarsi agli obblighi fissati nella eventuale sentenza di condanna[80]).

### *2.2. La pretesa dimensione collettiva del diritto all'onore e la compressione "comunitaria" della libertà di espressione.*

Il richiamo giurisprudenziale alla dignità non ha soltanto una funzione retorico-persuasiva di giustificazione dell'intervento re-

[77] G. E. VIGEVANI, cit. ult., p. 474. La scarsa prevedibilità delle decisioni sembra ora confermata dalla recente decisione di inammissibilità ECtHR, *Rujak vs. Croatia*, (2012) ove, con un riferimento ad un caso di vilipendio dello Stato, la Corte ha espressamente affermato che vi sono categorie espressive che, per il loro contenuto, non meritano tutela convenzionale. Sino a questo caso, tuttavia, la Corte aveva riservato un trattamento deteriore solo alle opinioni negazioniste o antisemite, comunque riconducibili all'art. 17 della Convezione. In tal senso v. anche P. TANZARELLA, *Il limite logico alla manifestazione del pensiero secondo la Corte europea dei diritti,* sul *Forum di Quaderni costituzionali,* (www.forumcostituzionale.it).

[78] D. TEGA, *I diritti in crisi,* cit., p. 145.

[79] D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit. ult., p. 147.

[80] A partire da ECtHR, *Scozzari and Giunta vs. Italy* (2000), la Grande Camera ha per la prima volta stabilito che, oltre all'obbligo di versare al ricorrente una somma a titolo di equa soddisfazione (ai sensi dell'art. 41 della Convenzione), lo Stato condannato è tenuto a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali destinati a porre termine alla violazione constatata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze. Su tali aspetti, per tutti, D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., pp. 102 e ss.

pressivo: l'assenso alla costituzione di parte civile dei componenti dei gruppi discriminati o, addirittura, dei loro enti esponenziali, considerati veri e propri soggetti passivi del reato, dimostra come la dignità umana non sia intesa solo come meta-valore costituzionale, ma anche quale vera e propria situazione soggettiva, effetto riflesso di un diritto «ad essere accettati *come tali,* al pari di ogni altro cittadino o persona, nell'esplicazione di tutto quanto costituisce la loro quotidiana esistenza di persona»[81].

Il conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e dignità umana non è solo sinonimo della dialettica tra individuo e autorità, ma rimanda anche alla contrapposizione tra individuo e comunità e, quindi, tra le istanze libertarie e le esigenze di mutuo rispetto, culturalmente orientate, richieste dal *domain* comunitario.

Questa diversa ricostruzione del bene giuridico tutelato annovera, tra le sue logiche conseguenze, la traduzione della condotta di propaganda razzista in un'azione concretamente pericolosa o, addirittura, effettivamente lesiva dell'interesse tutelato[82].

La mutazione genetica del bene tutelato conduce, inevitabilmente, ad una sovrapposizione del diritto alla pari dignità sociale al concetto giuridicamente rilevante di onore, e alle difficoltà che storicamente la dottrina penalistica ha incontrato nella sua configurazione dogmatica. Abbandonate sia le teorie "fattuali" – che schiacciano il concetto giuridicamente rilevante di onore ora sulla realtà psichica interna, ora sull'esterna percezione sociale – sia le dottrine "normative" – che, identificando il bene tutelato nel valore universale della persona umana, rimandano ad eccessi di astrazione eticizzante[83] – è stata accolta, in coerenza con una nota e risalente

[81] In tal senso L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale,* cit., p. 135.

[82] L. PICOTTI, *ibidem*.

[83] Nella concezione fattuale, l'onore o la reputazione consistono in un dato apprezzabile fenomenicamente nella realtà psichica interiore o, in alternativa, nella realtà sociale esterna all'offeso: in questo contesto, sarebbero sprovvisti di tutela coloro che godono di una "immeritata" cattiva reputazione, oppure coloro che, emarginati dalla società, non hanno alcuna reputazione socialmente rilevante. Viceversa, la concezione normativa considera l'onore come bene "innato", eguale in tutti gli uomini, senza alcun riferimento al contesto di riferimento e alle diverse dimensioni sociali dello stesso. Sul punto cfr. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore,* cit., pp. 14 e ss., e 35 e ss., A. MANNA, *Beni della personalità e limiti*

dottrina costituzionalistica, un'interpretazione costituzionalmente orientata del bene tutelato, che vieta di esprimere giudizi di indegnità rivolti ad altri componenti della società[84]. L'aspirazione ad una pari dignità richiede, quindi, il riconoscimento dei rapporti e delle relazioni che consentano all'uomo di esprimere «la sua fondamentale esigenza sociale»[85]. In questa prospettiva, la dimensione costituzionalmente rilevante dell'onore non è che un aspetto del principio di autonomia individuale, completamento della natura relazionale dell'uomo: «quanto più spiccata è l'autonomia, quanto più è protetta nel suo esprimersi, tanto più libero è il "divenire" in forma sociale»[86]. Ne deriverebbe, quindi, un pregiudizio all'autonomia individuale tutte le volte in cui si realizzino comportamenti che negano il valore dell'autonomia del singolo, e che elidono, in ultima analisi, il *rapporto di riconoscimento* «che ha per contenuto la dignità […] dell'uomo»[87] nell'ambito della comunità socio-culturale di riferimento.

La teoria "mista" del diritto all'onore è perfettamente collimante con le argomentazioni utilizzate dalla prima pronuncia (in ordine temporale) dei giudici di legittimità che ha riconosciuto una dimensione collettiva al diritto all'onore: nel sussumere la condotta

---

*della protezione penale,* Padova, 1989, pp. 193 e ss., 203 e ss., P. SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1992 pp. 30 e ss., M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa,* Padova, 1995, pp. 23 e ss., A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto,* Torino, 2005, pp. 11 e ss.

[84] C. ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 167-168. E. MUSCO, *Bene giuridico,* cit., p. 143. Nella dottrina civilista in tal senso anche M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche,* in ID., (a cura di), *Persone e famiglia,* in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato,* vol. II, t. I, Torino, 1982, p. 136, che contrappone all'onore «borghese» il concetto costituzionale di «dignità». È tutt'altro che pacifico, in dottrina (costituzionalistica, penalistica, civilistica), che l'onore trovi nell'art. 3 Cost. il proprio fondamento costituzionale. Secondo P. BARILE, *Diritti dell'uomo,* cit., pp. 56-57, F. MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in *Arch. giur.,* 1968, pp. 50-51, V. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile,* Napoli, 1985, pp. 55 e ss., il concetto di pari dignità sociale espresso dall'art. 3 Cost avrebbe natura relazionale, attinente allo *status* del soggetto: piuttosto il diritto all'onore, precipitato del principio personalista, troverebbe fondamento nell'art. 2 Cost.

[85] E. MUSCO, cit. ult., p. 145.

[86] E. MUSCO, cit. ult., p. 145-146.

[87] E. MUSCO, cit. ult., p. 147.

di diffusione di idee razziste nella più grave fattispecie di diffamazione a mezzo stampa previsto dall'art. 13 l. n. 47/1948[88], la Suprema Corte non solo ha riaffermato la potenzialità espansiva dei diritti fondamentali nelle formazioni sociali, ma ha stabilito, contestualmente, l'autonomo rilievo giuridico che possono assumere le prerogative della singola collettività. Quest'ultima sarebbe caratterizzata da un «comune denominatore etnico-razziale», distinguibile dall'«indistinta generalità dei *cives*»; essa sarebbe, quindi, portatrice di un interesse qualificato «alla pari dignità sociale con gli altri cittadini, garantita dall'art. 3 Cost»[89]. Peraltro, «il comune interesse dei membri della [specifica] collettività» non è assorbente rispetto alla contestuale dimensione individuale, che rimane comunque suscettibile di autonoma considerazione, tanto da dover comunque ricevere una distinta tutela quale «parte integrante della intera collettività […] offesa»[90].

Eppure, proprio il richiamo all'onore e alla sua duplice dimensione individuale e collettiva richiede, allora, di ribaltare i termini della questione, richiedendo una nuova impostazione che collochi la propaganda razzista in una più ampia strategia giurisprudenziale di tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

È stato notato, infatti, come la teoria costituzionalmente orientata dell'onore abbia come proprio esito naturale una sua ridefinizione epistemica, alla luce dell'incidenza che «i diritti costituzionalmente rilevanti […] esercitano nel determinare i limiti di estensione dell'onore penalmente tutelabile»[91]. Tale osservazione, vale a maggior ragione, ove, in conformità con la prevalente giurisprudenza di legittimità, si pretenda di individuare tra i soggetti passivi del reato e, quindi, tra i titolari della situazione tutelata, persone collettive, portatrici di «qualcosa di più vasto e di diverso dall'onore dei singoli»[92]. In effetti, pur ipotizzando che possa pre-

[88] Cfr. Cass. pen., sent. n. 65/1986, cit.
[89] Cass pen., cit. ult., p. 84.
[90] Cass. pen., cit. ult., p. 85.
[91] In tal senso A. TESAURO, *La diffamazione,* cit., p. 24.
[92] In tal senso, E. FLORIAN, *Ingiuria e diffamazione: sistema dei delitti contro l'onore secondo il codice penale italiano,* Milano, 1939, p. 143, tra i primi autori ad ammettere la possibile titolarità collettiva dell'onore in capo agli enti dotati di

dicarsi un diritto all'onore alle persone giuridiche e agli enti di fatto[93], deve essere sottoposta a revisione critica l'autonoma emersione di un diritto alla pari dignità sociale penalmente rilevante con riferimento alle semplici collettività di persone (comunità etnico-religiose, famiglia, etc.). È stato sottolineato come questa estensione condurrebbe ad un'eccessiva rarefazione del bene giuridico: l'onore è, infatti, un bene «che inerisce all'uomo nel suo rapporto con altri uomini» e che, in quanto tale, richiede rapporti di riconoscimento inter-individuali che rimandano alla dimensione strettamente personale della lesione[94]. Se, allora, oggetto di tutela penalistica non può che essere l'onore individuale, ancorché socialmente situato, anche con riferimento alla propaganda di razzista si pone la questione – da tempo posta in relazione ai reati di ingiuria e di diffamazione – di evitare una radicale compressione della libertà di espressione, trovando un ragionevole equilibrio che ne salvaguardi il contenuto essenziale.

Come il reato di diffamazione, anche la fattispecie di propaganda razzista presenta, una «tipicità *on balance*», «nel senso che la figura criminosa in questione, lungi dall'essere ricostruita una volta per tutte in modo stabile e definitivo», magari attraverso la dubbia categoria dei limiti logici, o attraverso il richiamo a concetti giuridici indeterminati (quale, ad esempio, la dignità umana), assume una fisionomia variabile a seconda della concreta dinamica del caso concreto. In altri termini, invece di dare applicazione categorica alla fattispecie penale, tramite il ricorso a criteri – legisla-

---

personalità giuridica. *Contra,* tradizionalmente, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale,* vol. VII, Torino, 1918, pp. 306-308.

[93] Sul punto, pur criticamente, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore,* cit. p. 175. Possibilista invece P. SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione,* cit., p. 36.

[94] Alla luce di tali premesse, se appare coerente con la dimensione personalistica dell'onore la sanzione (o l'aggravamento di pena) per gli insulti diretti a una persona determinata in ragione della sua appartenenza culturale, dubbia appare la sanzione per la diffusione di opinioni genericamente offensive per una data comunità. Sul punto, diffusamente, anche *supra,* cap. II, § 4, nonché E. MUSCO, cit. ult., p 187, che respinge la tesi, avanzata da parte della dottrina tedesca, che attribuisce la titolarità del bene giuridica a quelle comunità che possiedono «somiglianza di struttura» con l'uomo, e che in quanto tali «perfezionano» e «completano» l'onore delle persone che vi fanno parte. Possibilista, invece, M. POLVANI, *La diffamazione,* cit., pp. 30-31.

tivamente precostituiti – di selettività penalistica, risulta necessario verificare la sussistenza, nel singolo caso considerato, di quelle «regole di preferenza condizionata» enunciate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità per dare prevalenza, nel conflitto con beni concorrenti, alla libertà di manifestazione del pensiero[95]. Poiché il delitto di propaganda razzista non solo interferisce con l'esercizio di una libertà costituzionale, ma richiama anche, nella descrizione del fatto tipico, elementi extranormativi strumentali alla tutela di un bene giuridico dagli astratti e rarefatti confini, esso dovrebbe trovare un'applicazione residuale. Il divieto varrebbe, in altri termini, come «preferenza momentaneamente congelata», applicabile solo ove non sussistano, alla luce delle concrete circostanze del caso, le «singole regole *generali* e *astratte* di compatibilità tra opposti interessi consolidate nella prassi applicativa sul terreno del diritto vivente»[96].

In questo modo, infatti, potrebbe evitarsi il pericolo di un'eccessiva compressione della libertà ad opera in primo luogo dal legislatore e, in seconda battuta, da deferenti bilanciamenti in funzione applicativa della norma incriminatrice. L'obiettivo, in ultima analisi, sarebbe quello di superare l'applicazione categorica della fattispecie penale, attraverso l'individuazione di direttive ermeneutiche di carattere precettivo che ne rafforzino la paratia garantista.

In tal senso, si dovrebbe ricorrere alla norma che sanziona la propaganda razzista solo qualora siano assolutamente insussistenti le regole definitorie che, diversamente combinate, assistono le scriminanti del diritto di cronaca, del diritto di critica politica o storiografica, della satira, del diritto di intervista[97], condizionando l'applicazione della norma penale ad un *surplus* argomentativo da parte dell'autorità procedente[98].

---

[95] I virgolettati sono di A. TESAURO, *La diffamazione,* cit. ult., p. 26.

[96] A. TESAURO, *ibidem*.

[97] Su cui *infra*, § 3.

[98] Da questo punto di vista, non è sufficiente sostenere apoditticamente che «non può essere dato ingresso ad un giudizio di liceità di una critica ovvero di un pensiero manifestato in dispregio alla dignità umana, diritto che preesiste alla Costituzione» (così Trib. Verona, cit., p. 214), o che «non possono essere utilmente invocate le scriminanti dell'esercizio di libertà costituzionali, quali il diritto alla libertà di pensiero e di ricerca storico-scientifica, cui ineriscono il limite di valori più alti, pure

### 2.3. *Per una riscrittura del divieto di "propaganda d'odio"*

Né l'attenzione al caso concreto, né il richiamo, in via preferenziale, a forme espressive qualificate riescono, tuttavia, ad eliminare del tutto i possibili effetti incostituzionali derivanti dall'applicazione del divieto di propaganda razzista. La tipicità debole della fattispecie prelude all'incriminazione di condotte che in concreto presentano una bassa lesività (*rectius*: una scarsa idoneità a mettere in pericolo il bene protetto), impedendo d'altro canto al giudice una prognosi concreta sulla pericolosità dell'azione in questione. Risulta necessario, quindi, il coinvolgimento del legislatore con un intevento più incisivo di quello apportato dalla legge n. 85/2006[99], che non solo elimini i reati che ancora oggi tradiscono una concezione ideale di ordine pubblico (si pensi, per ciò che concerne i delitti contro la personalità dello Stato, ai reati di vilipendio), ma semplifichi anche il quadro dei reati di opinione culturalmente orientati, abrogando le fattispecie in eccedenza[100] e arricchendo l'elemento oggettivo degli eventuali, restanti divieti con adeguate clausole di pericolo. Se è vero[101] che il bilanciamento definitorio consente di elidere l'"effetto raggelante" (*chilling effect*) della fattispecie rispetto a condotte che compongono il nucleo duro (*core*) della libertà di manifestazione del pensiero, l'aggiunta di una clausola di pericolo nel testo della disposizione consentirebbe l'accertamento giudiziale della pericolosità concreta rispetto all'evento oggetto di incitamento.

In assenza di una meditata riforma legislativa, potrebbe divenire inevitabile un intervento di supplenza della Corte costituzionale, previo superamento delle interpretazioni conformi della fattispecie

costituzionalizzati, quali la dignità umana» (così Cass. pen. sez. I, sent. n. 20508/2012, cit., nello stesso senso sent. n. 37581/2008). Sembra, invece, necessario invertire l'approccio, argomentando sull'insussistenze delle singole regole definitorie che preludono all'applicazione delle forme espressive qualificate.

[99] Oltre alla modesta modifica dell'art. 3 l. n. 654/1975 (*supra*, § 2).

[100] Come si è visto *supra,* § 4 cap. II, nel nostro ordinamento vi sono almeno quattro fattispecie che possono sanzionare il discorso razzista: l'apologia di fascismo realizzata tramite esaltazione di idee razziste prevista dalla legge "Scelba", l'apologia di genocidio disciplinata nella l. n. 962/1967, la propaganda razzista *stricto sensu* intesa e l'istigazione a commettere atti discriminatori di cui all'art. 3 l. n. 654/1975.

[101] Cfr. *supra,* cap. III.

offerte dai giudici; interpretazioni che celano, come si è visto, una ponderazione deferente rispetto all'intervento legislativo. La richiamata esigenza di tutelare la dignità umana insieme alla topica del "*quid pluris* espressivo" colloca, infatti, la repressione penale in uno spazio costituzionalmente neutro (o, addirittura, in uno spazio costituzionalmente proibito), consentendo di evitare la rimessione della questione di legittimità costituzionale.

Peraltro, sia detto incidentalmente, alla possibile rimessione non sembra ostare la copertura internazionale della disposizione incriminatrice né la copertura sovranazionale ed europea successiva all'emanazione della decisione quadro n. 2008/913 GAI, che impegna gli Stati membri dell'Unione ad adottare una normativa sanzionatoria non solo con riguardo all'istigazione all'odio razziale, ma anche in relazione alla apologia, negazione, o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio[102].

Quanto al primo profilo, emerge chiaramente un orientamento della Suprema Corte che arricchisce gli argomenti favorevoli ad un'interpretazione costituzionalmente conforme sulla base del necessario rispetto della legislazione agli obblighi internazionali di natura pattizia[103]. Il ragionamento è piuttosto chiaro: poiché l'art. 3, lett. a) l. n. 654/1975 è stato approvato in esecuzione dell'art. 4 della "Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale" (1966), che richiede agli Stati contrenti di incriminare ogni propaganda e ogni organizzazione che si ispiri a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un'etnia, o che comunque giustifichino o incoraggino ogni forma di odio e di discriminazione razziale, esso adempierebbe ad uno di quegli obblighi internazionali di cui l'art. 117.1 Cost. postula il ri-

[102] Cfr., in particolare, art. 1 lett. a), lett. c) (sulla negazione o minimizzazione di genocidi genericamente intesi), lett. d), sulla negazione o minimizzazione dell'Olocausto e dei crimini contro l'umanità commessi durante la II guerra mondiale). Sui rapporti tra la fattispecie incriminatrice e la normativa internazionale ed europea cfr. E. CASTORINA, *Manifestazione del pensiero e messaggi di "odio sociale" nel cyberspazio: una regolamentazione multilivello ancora incompiuta,* in A. CIANCIO (a cura di) *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione,* Torino, 2012, pp. 143 e ss., P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo,* cit., pp. 109 e ss.

[103] Cfr. Cass. pen. sez. III, n. 37581/2008, cit.

spetto. Anche a voler assimilare qualsiasi norma internazionale al peculiare trattamento riservato dall'ordinamento interno alla Cedu, "fonte interposta" tra la Costituzione e le altre norme aventi forza di legge[104], non va dimenticato come la Corte costituzionale abbia negato che le norme di diritto internazionale pattizio (e le conseguenti norme interne di esecuzione) acquistino «la forza delle norme costituzionali e siano perciò immuni dal controllo di legittimità […]»; la natura sub-costituzionale delle stesse, piuttosto, «fa sì che lo scrutinio di costituzionalità […] debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali»[105].

Parte della dottrina non ha mancato, inoltre, di rilevare come l'arretramento della soglia di punibilità realizzato dal divieto di propaganda di idee razziste presenti profili di incompatibilità, oltre che con l'art. 21 Cost., con la stessa decisione quadro n. 2008/913/ GAI che, non avendo effetti diretti, integrerebbe il parametro costituzionale del necessario rispetto degli obblighi comunitari imposti dall'art. 117.1 Cost.[106].

Poiché l'art. 1 lett. a) della decisione richiede, ai fini della punibilità un *quid pluris* della condotta (la norma fa riferimento all'«istigazione pubblica alla violenza o all'odio»), vi sarebbero ampi spazi che consentirebbero il sindacato della Corte costituzionale sulla mera "propaganda" per violazione dell'art. 117 Cost.[107]

In ogni caso, l'atto comunitario non è, di certo, un ostacolo alla possibile rimessione della questione di legittimità costituzionale. L'art. 1.2 della decisione quadro attribuisce un ampio margine di discrezionalità agli Stati, riconoscendo la possibilità di punire solo

[104] Cfr. C. Cost. sent. n. 7/2013, che ha esteso il peculiare trattamento riservato alla Cedu dalle sentt. nn. 348, 349/2007, 80/2011, anche ad altre norme di derivazione internazionale e pattizia (nel caso di specie, la *Convenzione sui diritti del fanciullo* firmata nel 1989 a New York).

[105] C. Cost. sent. n. 348/2007, nello stesso senso v. anche A. AMBROSI, *Libertà di pensiero,* cit., p. 537.

[106] Così E. CASTORINA, *Manifestazione del pensiero,* cit., p. 155

[107] In tal senso E. CASTORINA, *ibidem*. Tale profilo di illegittimità sembra comunque assorbito dalla violazione dell'art. 21 Cost. In effetti, se la distinzione logica tra ciò che è pura espressione e contenuto fattivo di azione è sempre difficile, tale difficoltà è accentuata quando, come nel caso di specie, anche la disposizione parametro contenuta nell'atto comunitario faccia riferimento ad elementi extranormativi (l'odio, appunto) dalla difficile gradazione empirica.

quei comportamenti «atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi»[108].

L'intervento della Corte costituzionale potrebbe quantomeno (in mancanza di una caducatoria *tout court*) estendere alla propaganda di idee razziste quanto già stabilito nella sent. n. 108/1974. In quella pronuncia la Corte stabilì che l'istigazione all'odio tra le classi sociali potesse essere sanzionata solo se perpetrata con modalità pericolose per la tranquillità pubblica, conferendo, così, maggiore concretezza alla fattispecie di pericolo presunto prevista dall'art. 415 c.p. In un'ipotesi di tal genere, la Corte potrebbe utilizzare l'argomento dissociativo in funzione garantista, per correggere un bilanciamento legislativo sovrainclusivo tramite l'introduzione di una "regola differenziatrice" basata sulla generalizzazione di proprietà rilevanti della norma viziata.

Una simile pronuncia delegherebbe all'opera del giudice ordinario, più vicino alla dinamica del caso, la valutazione in concreto della rispondenza degli elementi di fatto all'ipotesi di diritto. L'introduzione di una clausola di pericolo, infatti, consentirebbe la valutazione giudiziale sul «[…] tempo e luogo dell'espressione», sul suo «mezzo» di diffusione, nonché sul tipo di pubblico che assiste al messaggio[109]. La maggiore determinatezza della fattispecie condurrebbe, inoltre, ad una ridefinizione del bene giuridico tutelato. L'astratto ed eccessivamente pervasivo principio di dignità umana si avvicinerebbe al concetto di ordine pubblico materiale, sinonimo di uno "stato di pace" maggiormente verificabile per via empirica.

---

[108] Cfr. art. 1.2 dec. n. 2008/913GAI. Peraltro, a parere di parte della dottrina, poiché la decisione quadro subordina la punizione del negazionismo alla capacità istigatoria della condotta (negazionismo o minimizzazione idonei a istigare all'odio o alla violenza nei confronti di un gruppo o di un suo membro), non sarebbe necessario introdurre una nuova fattispecie di negazionismo: la condotta negazionista potrebbe già considerarsi una modalità esecutiva del reato di propaganda di idee razziste, o in alternativa, dell'istigazione a commettere atti di discriminazione razziale. In questo senso, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini,* cit., p. 265, P. LOBBA, *La lotta al razzismo,* cit., pp. 155-156.

[109] Così E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista,* cit., pp. 60-61, che insiste sulla necessità, *de jure condendo,* di «utilizzare […] lo schema del pericolo concreto, che permett[a] di valutare l'azione nel singolo contesto».

La limatura degli effetti più vistosamente incostituzionali, nonché la riconduzione della fattispecie ai delitti contro l'ordine pubblico, consentirebbe la riespansione della libertà costituzionale[110].

## 3. *La libertà di manifestazione del pensiero nel conflitto individuo-comunità: diritto di cronaca e interesse* del *pubblico*

Il dato che emerge dalla analisi casistica è coerente con la tendenza giurisprudenziale a considerare la generica propaganda razzista *al di fuori* della tutela apprestata dalla Costituzione. La comparazione recessiva della libertà di manifestazione del pensiero con altri beni costituzionalmente rilevanti, il richiamo alla normativa internazionale, il riferimento al *quid pluris,* di natura logica che integrerebbe l'*hate speech* a sfondo razziale, non sono altro che *topoi* argomentativi che individuano altrettante regole di esclusione di categorie espressive dall'alveo dell'art. 21 Cost. In queste ipotesi, il contenuto espressivo integra sempre e comunque l'elemento obiettivo del fatto tipico, risolvendosi in una rigida sussunzione del caso concreto alla fattispecie legislativa.

Al di fuori del discorso razzista, tuttavia, l'approccio dei giudici muta: l'individuazione di *standard* generali di risoluzione del conflitto, individuati a partire dall'astrazione delle proprietà rile-

[110] Non deve dimenticarsi come l'equilibrio tra libertà di manifestazione del pensiero e altri beni costituzionalmente rilevanti, tra cui il diritto all'onore – declinato nella dimensione comunitaria in relazione all'appartenenza ad un gruppo minoritario – sia già assicurato dai combinati disposti degli artt. 594 (ingiuria)/595 (diffamazione) c.p. e art. 3.1 l. n. 205/1993. La menzionata disposizione prevede una circostanza aggravante ad effetto speciale per i reati commessi «[…] per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità». Come rileva anche L. SCAFFARDI, *Oltre i confini,* cit., pp. 208 e ss., l'aggravante speciale sembra incontrare un'applicazione ondivaga: se non mancano casi in cui gli epiteti razzisti sono considerati ingiurie finalizzate alla discriminazione perché intrinsecamente volte al «disconoscimento dell'uguaglianza», e all'«affermazione di inferiorità […] altrui» (così Cass. pen., sez. V, n. 9381/2006, ma nello stesso senso Cass. pen. sez. V, n. 19378/2005), vi sono altre pronunce che ritengono integrata la finalità discriminatoria solo quando questa sia suscettibile di causare comportamenti discriminatori (così Cass. pen., sez. V, n. 44295/2005).

vanti del singolo caso oggetto del giudizio e la successiva definizione di particolari condizioni di prevalenza tendono a ristabilire un generale *favor* per la libertà. Questa tecnica di incisione ha riguardato, anzitutto, i delitti di ingiuria e diffamazione che, analogamente alla propaganda razzista, presentano strutturalmente una tipicità debole. Il riferimento, nella descrizione normativa del fatto, a beni difficilmente definibili quali l'onore, il decoro o la reputazione della persona offesa rinviano a una tipicità formale deficitaria sul piano della tassatività. Il difetto di determinatezza richiede, quindi, «regole di compatibilità» fissate dalle argomentazioni giudiziali, da cui necessariamente consegue la rideterminazione del profilo tipico del reato[111].

In fondo, questa è la direzione già tracciata dalla Corte costituzionale, quando ha esteso, in via interpretativa, la facoltà di eccepire la verità del fatto narrato al giornalista che avesse esercitato il proprio diritto di cronaca. A parere del Giudice delle leggi, infatti, le limitazioni alla prova della verità del fatto poste dall'art. 596 c.p. non trovano applicazione "allorché il colpevole stesso sia in grado di invocare l'esimente, prevista dall'art. 51 c.p., che esclude la punibilità in quanto il fatto imputato costituisca esercizio di un diritto"[112]. Proprio in continuità con tale *dictum* le Sezione Unite della Cassazione prima, e l'assai nota sentenza decalogo della Cassazione civile[113] poi, hanno dettato le condizioni di prevalenza del diritto di cronaca sul diritto all'onore.

---

[111] In questo senso A. TESAURO, *La diffamazione,* cit., p. 29. A parere dell'A., l'eventuale sussistenza della scriminante inciderebbe sulla tipicità del reato, tanto da determinarne l'insussistenza sul piano oggettivo (cfr. ID., cit. ult., pp. 60-61). Tale ricostruzione, che accoglie, in sede di teoria generale del reato, una concezione bipartita, sembra però essere smentita dalla giurisprudenza di legittimità, che continua a considerare le condizioni di applicazione della scriminante dell'art. 51 a fini della valutazione dell'antigiuridicità di un fatto già formato nei sui elementi costitutivi: cfr., con riguardo esplicito al diritto di cronaca, Cass. pen., sez. V, sent. n. 40408/2009. Secondo il Supremo collegio, «la 'verità' del fatto oggetto di contestazione del reato di diffamazione è non un sintomo della inidoneità della notizia a ledere l'altrui reputazione ma, semmai, un requisito della causa di giustificazione del diritto di cronaca».

[112] C. Cost., sent. n. 175/1971, cit., anche *supra,* cap. III.

[113] Cass. pen., Sez. Un., 20 giugno 1984, in *Giur. cost.,* 1985, pp. 2616 e ss., su cui G. FIANDACA, *Nuove tendenze repressive in tema di diffamazione a mezzo stampa?* In *Foro it.,* vol. II, 1984, c. 532. Cfr. anche Cass. civ., I sez., sent. n.

È, anzitutto, la verità sostanziale del fatto narrato che soddisfa l'applicazione della scriminante prevista dall'art. 51 c.p. La verità obiettiva non può essere rimpiazzata dalla verosimiglianza o veridicità, né può essere desunta da fonti "privilegiate", sulla base della constatazione che «le fonti propalatrici delle notizie – attribuendosi reciprocamente, credito – finirebbero per rinvenire in se stesse quell'attendibilità che […] non rappresenta […] criterio idoneo al loro uso»[114]. È possibile, tuttavia, invocare la verità putativa nel caso di errore di fatto sull'esistenza della causa di giustificazione, ai sensi del principio generale espresso dall'art. 59.4 c.p. Non può, infatti, disconoscersi «la incidenza della fallibilità della natura umana, una volta ammesso che il soggetto – malgrado il rispetto di ogni obbligo e l'assolvimento di ogni onere, dei quali l'ordinamento giuridico lo istituisce destinatario – possa avere una percezione difettosa ed erronea della realtà […]», determinandosi ad agire «sul presupposto di una realtà non corrispondente a quella effettiva»[115].

D'altro canto, il requisito della verità, almeno putativa, è specificato nella successiva pronuncia della Cassazione civile, che assimila alla notizia falsa la "mezza verità": la corrispondenza alla realtà dei fatti non è rispettata quando «pur essendo veri i fatti riferiti siano, dolosamente o anche colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutate completamente il significato»[116]. Non solo, la citata decisione del giudice di legittimità ordina e riconcettualizza le ulteriori condizioni necessarie al legittimo esercizio del diritto di cronaca, che coincidono con la continenza formale, intesa come "forma civile" dell'esposizione, e con

5259/1984, in *Giur. cost.,* 1985, pp. 2623 e ss., su cui la nota di F. MARZANO, *Professione giornalistica e responsabilità civile*, ivi, pp. 2624 e ss. Sulla sentenza "decalogo" v. anche S. FOIS, *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost*. (1985), ora in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti,* Milano, 2010, 529 e ss.

[114] Cass. pen., 20 giugno 1984, cit., p. 2622.

[115] Cass pen., cit. ult, p. 2621, ma sul punto la critica di G. FIANDACA, *Nuove tendenze repressive,* cit., c. 534, che all'indomani della decisione, rilevava come il riferimento alla diligenza professionale del giornalista paventasse il rischio di una trasformazione in delitto colposo del reato di diffamazione, in spregio della lettera dell'art. 59.4, che condiziona la punibilità colposa ad una esplicita previsione legislativa.

[116] Cass. civ., sent. n. 5259/1984, cit., p. 2636.

l'utilità sociale della notizia. La continenza formale rimanda alla «leale chiarezza» dell'esposizione, che vieta il «sottinteso sapiente», gli «accostamenti suggestionanti», toni sproporzionalmente scandalizzati o sdegnati, nonché «vere e proprie insinuazioni»[117]. Diversamente dalla continenza formale, l'utilità sociale non è oggetto, nella sentenza, di ulteriori approfondimenti argomentativi; nel prosieguo della giurisprudenza, sarà assimilata al pubblico interesse alla diffusione di idee e informazioni, *standard* ultimo di rilevanza costituzionale della forma espressiva oggetto del giudizio. L'utilità sociale non esprime altro che il criterio di "continenza materiale" della notizia divulgata, che tradisce il nesso di proporzionalità tra il tipo di notizia e «l'ambito del tema della pubblicazione»[118].

La sussistenza dell'interesse pubblico alla notizia è data da una serie di criteri sintomatici, attinenti, anzitutto, alla notorietà della persona offesa e al ruolo pubblico da essa rivestito, che possono anche contribuire a rendere meno stringente il requisito della verità della notizia; così, ad esempio, in tema di cronaca giudiziaria, che pure si colloca al crocevia di plurimi interessi di rango costituzionale, che includono, oltre al diritto alla reputazione, l'interesse al buon esito delle indagini e, più in generale, alla corretta amministrazione della giustizia[119], non ogni inesattezza «[…] conferisce

[117] Cass. civ., sent. n. 5529/1984, pp. 2637-2638.

[118] Cass. pen., sez. V, sent. n. 46295/2007, su cui anche V. PEZZELLA, *La diffamazione. Responsabilità penale e civile,* Torino, 2009, pp. 270 e ss.

[119] In tal senso cfr. A. PACE, F. PETRANGELI, *Cronaca e critica (diritto di),* in *Enc. dir.*, Agg., vol. V., 2002, pp. 328 e ss., G. E. VIGEVANI, *Informazione e giustizia,* in *Percorsi di diritto dell'informazione,* cit., pp. 99 e ss. In particolare, la disciplina codicistica pone un generale divieto di pubblicazione, ampliabile o riducibile dal p.m per esigenze investigative, in relazione agli atti di indagine compiuti dal p.m. o dalla p.g., sino al momento in cui l'imputato non ne abbia avuto conoscenza o, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari (art. 329 c.p.p.). Chiuse le indagini, permane la necessità di garantire la terzietà del giudice rispetto ad interferenze esterne: gli atti del fascicolo del dibattimento non possono essere pubblicati sino alla sentenza di primo grado, mentre gli atti del fascicolo del p.m. possono essere pubblicati solo a seguito della sentenza di appello, salva comunque la possibilità di pubblicare gli atti utilizzati per le contestazioni. La pubblicazione arbitraria di atti del procedimento penale, punita dall'art. 684 del c.p., è comunque oggetto di un'interpretazione restrittiva, attraverso una riduzione della sfera di applicazione della norma processuale che funge da presupposto. Secondo i giudici di legittimità, infatti, il segreto di cui all'art. 329 c.p.p. concerne, infatti, solo gli «atti di indagine» che trovino il loro «momento genetico», la

carattere diffamatorio all'articolo giornalistico», qualora la diffusione di resoconti imperfetti trovi comunque giustificazione alla luce degli «elevati incarichi istituzionali rivestiti» del soggetto offeso, e in relazione alla «gravità dei fatti ad esso imputati»[120].

A tal proposito, è emblematica la vicenda giurisprudenziale relativa al riconoscimento del «diritto di intervista», specie particolare della cronaca giornalistica, sino a qualche tempo fa non pacificamente riconosciuto in giurisprudenza. Secondo un orientamento, infatti, la responsabilità dell'intervistatore non poteva che essere valutata alla luce dei criteri elaborati per il diritto di cronaca. In particolare, il requisito della verità doveva essere inteso in senso «descrittivistico», quale «corrispondenza ontologica […] alla realtà oggettiva» delle dichiarazioni recepite, gravando sull'intervistatore un dovere di controllo sulla verità dei fatti richiamati, e di conse-

loro «strutturale ragion d'essere […] nell'azione diretta o nell'iniziativa del p.m. o della p.g.» (così Cass. pen., sez. I, sent. n. 13494/2011, che ha escluso dall'alveo dell'art. 329 c.p.p. un'informativa dell'Agenzia delle entrate comunicata alla Procura). Queste decisioni sembrano confermare la scarsa propensione dei giudici ordinari a bilanciare il diritto di cronaca con l'interesse al perseguimento della giustizia. Come affermato dalla Corte Edu in un suo noto precedente, in conflitti di tal genere la libertà di stampa può essere postergata solo alla luce di circostanze eccezionali che richiedono, comunque, una stretta interpretazione: cfr. *Sunday Times vs. the United Kingdom* (1979), 62 e ss., che ha censurato, con una stretta maggioranza (undici giudici contro nove) l'applicazione del *contempt of court,* pure ammesso tra le eccezioni di cui all'art. 10.2 della Convenzione, da parte di una Corte inglese. Il divieto di pubblicazione, che riguardava un articolo concernente la drammatica vicenda del talidomide, risultava sproporzionato sia con riguardo al tono equilibrato dell'inchiesta giornalistica, sia, più in generale, in relazione all'importante contributo alla discussione pubblica. Tali principi sono stati riaffermati in *Observer and Guardian vs. the United Kingdom* (1991), e *Sunday Times vs. the United Kingdom* (1991), entrambi aventi ad oggetto il divieto di pubblicazione di un memoriale di un *ex* agente segreto in cui si riferiva di attività illecite dei servizi segreti britannici. Per un'analitica ricostruzione dei casi cfr. M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia-"media" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.,* V, 2009, c. 209.

[120] Cfr. Cass. civ., sez. III, n. 23468/2010. In senso parzialmente difforme v. però Cass. pen., sez. V, sent. n. 3674/2010, sull'inchiesta giudiziaria di un articolista de l'Espresso che metteva in relazione presunti finanziamenti di origine mafiosa ricevuti da un noto *network* televisivo alle dichiarazioni rilasciate da un collaboratore di giustizia. In base a questa pronuncia, al giornalista sarebbe precluso anticipare in senso «colpevolista» l'esito del procedimento giudiziario «a fronte di indagini ufficiali né iniziate né concluse».

guenza, sulla continenza delle affermazioni rese[121]. Quest'approccio ha reso necessario un intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha riformulato le pre-condizioni di applicazione del diritto di intervista. Secondo questa decisione, la notizia è «costituita dal fatto in sé della dichiarazione del personaggio altamente qualificato», da cui deriva un «interesse del pubblico ad apprenderla del tutto indipendente dalla corrispondenza al vero del suo contenuto e dalla continenza del linguaggio adottato»[122]. Ne deriva, quindi, che il requisito della verità va inteso come necessaria rispondenza delle affermazioni riportate alle dichiarazioni effettivamente rese dall'intervistato. A voler argomentare diversamente, sarebbe portata «una grave limitazione alla libertà di stampa, atteso che le obbiettive difficoltà che costui potrebbe incontrare nel verificare la corrispondenza a verità di quanto dichiarato da un alto personaggio, magari su argomenti riservati, potrebbe indurlo, per prudenza, a rinunciare alla pubblicazione dell'intervista», realizzandosi, così «una forma di censura»[123].

L'assunto non comporta un'applicazione fissa e immutabile dell'interesse della collettività ad essere informata, ma una semplice regola di prevalenza condizionata. La libertà di manifestazione del pensiero va conciliata con la «scala di valore» della «notorietà del personaggio», che comporta una conseguente variazione del valore sociale delle dichiarazioni rese. L'interesse pubblico rappresenta necessariamente una clausola aperta, che conferisce una struttura «dinamica e flessibile» alla scriminante. Solo successivamente alla verifica dell'«effettivo grado di rilevanza pubblica dell'evento dichiarazione» andrà valutato il contesto «valutativo e descrittivo» (ove sono riportate le dichiarazioni altrui) e la plausibilità e la tempistica di tali dichiarazioni[124].

Il controllo sull'utilità sociale o sull'interesse alla notizia assume, dunque, un'importanza fondamentale che richiede, anzitut-

[121] Sul punto A. TESAURO, *La diffamazione,* cit. p. 48 e pp. 69 e ss., nonché A. PACE, F. PETRANGELI, *Cronaca,* cit., pp. 333 e ss, con particolare riferimento a Cass. pen., sez. V, sent. n. 7498/2000.

[122] Cass., Sez. Un., sent. n. 37140/2001.

[123] *Ibidem.*

[124] *Ibidem.*

to, un nesso tra l'informazione diffusa e la qualifica soggettiva della persona offesa. Eppure, quest'operazione, se assolutizzata, preluderebbe all'accoglimento di una nozione empirico-descrittiva di pubblico interesse, restringendo la protezione costituzionale solo alle informazioni relative a soggetti empiricamente percepiti come personaggi pubblici o, comunque, a fatti già di pubblico dominio.

È, al contrario, la stessa teoria del discorso pubblico che impone di accogliere una nozione prescrittiva di interesse pubblico. A rilevare, affinché scatti la protezione costituzionale, è la sussistenza di un interesse sostanziale alla conoscibilità di determinati fatti, necessari alla formazione consapevole dell'opinione pubblica.

In relazione al giornalismo di inchiesta, per esempio, «espressione più alta e nobile dell'attività di informazione», deve esservi «una meno rigorosa e comunque diversa applicazione» del requisito di attendibilità della fonte. In quest'ambito, il giornalista è tenuto a rispettare esclusivamente i «criteri etici e deontologici» che ispirano la sua attività[125]. A parere dei giudici di legittimità, infatti, l'attività di informazione è «chiaramente prevalente» rispetto «ai diritti personali della reputazione e della riservatezza», «"eccezioni" rispetto al generale principio della tutela dell'informazione»; proprio la libertà di informazione è, quindi, condizione di legittimità per l'esercizio della sovranità popolare, «vale a dire che intanto il popolo può ritenersi costituzionalmente "sovrano" […] in quanto venga, al fine di un compiuto e incondizionato formarsi dell'opinione pubblica, senza limitazioni e restrizioni di alcun genere, pienamente informato di tutti i fatti, eventi e accadimenti valutabili come di interesse pubblico»[126].

La cronaca gode di uno statuto privilegiato perché contribuisce a soddisfare le funzioni normative del discorso pubblico, che definisce la comune identità politica dei destinatari delle informazioni.

[125] Così Cass. civ., sez. III, n. 16236/2010, in relazione a uno *scoop* sulla malasanità, con commento critico di G. E. VIGEVANI, *Meno rigorosa nel giornalismo d'inchiesta la verifica sull'attendibilità delle fonti* in *Guida al diritto,* 41/2010, pp. 44 e ss., che sottolinea comunque la vaghezza del richiamo ai principi deontologici, foriero di possibili, future, incertezze applicative.

[126] Cass. civ., cit. ult. Sulla maggiore flessibilità del criterio della verità nel giornalismo di inchiesta cfr. anche Cass. pen., sez. I, sent. n. 47897/2012.

Accumunati dalla conoscenza delle notizie, questi non sono più meri spettatori della realtà ma diventano *il* pubblico, entità autonoma e indipendente che interagisce criticamente sulla base delle informazioni diffuse. Non è la pubblicità (e con essa, la politicità) del messaggio diffuso a rendere la cronaca meritevole di protezione, è l'atto stesso di diffusione delle informazioni, insieme alla possibilità che la notizia possa essere oggetto di una discussione critica nella sfera pubblica, a giustificare la predisposizione di regole definitorie che favoriscono la prevalenza del diritto di cronaca. In un contesto comunicativo dominato dal principio di discorso, le notizie su fatti di cronaca devono essere diffuse perché contribuiscono a fornire un'identità collettiva condivisa che consente un'ampia partecipazione individuale alla vita della *polis*, superando la frammentazione discorsiva espressa da beni che riflettono la semplice appartenenza culturale dell'individuo alla comunità di riferimento. L'orientamento, che sembra peraltro recessivo nella giurisprudenza attuale, di chi metteva in guardia dalla confusione dell'utilità sociale con la mera curiosità «voyeuristica» «indott[a] da pessima stampa, […] frutto di perversione»[127] cede di fronte alla forza attrattiva del discorso pubblico, che porta progressivamente a coincidenza l'interesse pubblico con l'interesse *del* pubblico a conoscere la notizia. Certo, affinché il diritto di cronaca sia prevalente rispetto ad altri contro-interessi, è necessario il rispetto di alcuni contro-limiti, tra i quali l'attualità della notizia, da intendersi come «proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza dell'informazione», valutata alla luce delle circostanze del caso concreto. Le modalità, e la stessa possibilità di conservazione delle notizie devono essere parametrate in relazione alla persistenza di un interesse della collettività alla conoscenza dei fatti oggetto dell'informazione[128].

[127] Impostazione che rifiutava la coincidenza tra «interesse pubblico» e «interesse del pubblico». Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo,* cit., p. 237, ma nello stesso senso A. PACE, F. PETRANGELI, *Cronaca e critica,* cit., p. 310.

[128] Cfr. Cass. civ., sez. III, n. 5525/2012 (su cui v. T. E. FROSINI, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, in *Dir. inf. inform.*, 2012, pp. 911 e ss.), che ha riconosciuto il diritto all'oblio («proiezione sociale dell'identità personale»), con contestuale obbligo di aggiornamento e, eventualmente, di rimozione, a carico del cd. "sito sorgente" dei contenuti informativi non più attuali riguardanti soggetti terzi. Sul punto cfr. anche ECtHR, *Wegrzynowski and Smolczewski v. Poland*

In generale, questa è stata la via maestra percorsa dalla giurisprudenza di altri ordinamenti che, sulla scorta di consolidate definizioni dottrinali, ha definito peculiari categorie espressive cui offrire una protezione rafforzata ogni qual volta queste vertano «direttamente o indirettamente» su questioni di interesse pubblico, o che comunque contribuiscano alla reciproca comprensione politica tra cittadini[129].

Negli Stati Uniti d'America, per esempio, proprio con riguardo alla *defamation law*, la Corte Suprema ha individuato le condizioni di prevalenza della libertà di espressione su contrari interessi individuali, attraverso l'enunciazione di regole definitorie che riflettono stabilmente l'ordine materiale degli interessi in conflitto. La necessità di un pubblico dibattito «[…] uninhibited, robust, and wide open», «[…] essential to enlightened opinion and right conduct on the part of the citizens of a democracy»[130] giustifica l'errore sulla veridicità dei fatti e le dichiarazioni diffamatorie relative al comportamento del pubblico ufficiale, che godono comunque della protezione costituzionale, considerate anche le difficoltà di provare nel corso di un processo la verità di tutte le circostanze affermate. L'individuazione degli interessi precede l'enunciazione della regola, desunta dalla garanzia costituzionale: il pubblico ufficiale non può essere risarcito per le altrui dichiarazioni diffamatorie a meno che non provi che le affermazioni siano state rese con «actual malice», e cioè con consapevolezza della falsità dei fatti attribuiti o con un imprudente disprezzo della loro veridicità[131].

(2013), che ha sottolineato come la contestualizzazione e l'aggiornamento di notizie relative a personaggi pubblici sia sufficiente a rispettare il diritto alla riservatezza di questi ultimi.

[129] Cfr. le posizioni di A. MEIKLEJOHN, in *Political Freedom*, cit., p. 87.

[130] *New York Times v. Sullivan,* 376 U.S. 254, pp. 270-271 (1964).

[131] *New York Times,* cit. ult., pp. 279-280. La regola enunciata è stata poi riplasmata con riguardo alle peculiarità dei singoli contesti. Così, in *Curtis Publishing Co. v. Butts,* 388 US 138 (1967), nel caso in cui il diffamato sia una semplice *public figure* che non rivesta pubbliche funzioni, è onere dell'attore provare che vi sia stata una condotta «altamente irragionevole» che si discosti dalla diligenza media del *responsible publishers* (p. 155). D'altro canto, la copertura del Primo Emendamento si estende sino a ricomprendere la pubblicazione satirica relativa a un personaggio al centro del dibattito (*Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 US 46). Così, il carattere oltraggioso del linguaggio iperbolico non è sufficiente per il riconoscimento di danni esistenziali (*emotional distress*) al destinatario della sati-

### *3.1. La "forza gravitazionale" del discorso pubblico: il diritto di critica politica e il diritto di satira*

Queste considerazioni trovano conferma – almeno in parte – nella mutazione genetica cui sono andate incontro, progressivamente, le regole definitorie enunciate dai giudici ordinari a proposito del diritto di cronaca. I criteri formalizzati di giudizio elaborati dalla giurisprudenza sul diritto di cronaca non sono, infatti, assolutamente irrivedibili e, dunque, del tutto indifferenti al contesto spazio-temporale in cui si colloca il caso e ai principi del discorso pubblico che questo coinvolge. Il bilanciamento definitorio rimanda pur sempre ad un'opera di ponderazione che rifiuta un rapporto rigido di separazione rispetto alla singola *quaestio facti,* secondo un procedimento tipico della logica del tutto o niente che caratterizza la razionalità sussuntiva. Permane, nella verifica giudiziale dei presupposti di applicazione dell'art. 51 c.p., la flessibilità tipica del *balancing process,* che consente, a partire dalle tre condizioni pensate per il diritto di cronaca, gemmazioni normative che esprimono regole di prevalenza della libertà di manifestazione del pensiero condizionate al contesto. A seconda del grado di coinvolgimento dei principi del discorso pubblico richiamati dal caso, infatti, «verità, pertinenza e continenza sono […] suscettibili di subire trasformazioni qualitative» attraverso revisioni dissociative capaci di riqualificare normativamente (e, dunque, semanticamente) le categorie espressive di volta in volta considerate[132].

La giurisprudenza ordinaria ha, così, compiuto «autonomi sottobilanciamenti definitori», designando «specifiche leggi di collisione differenziate per campo di materia e ricavate per astrazione dalle caratteristiche universalizzabili esibite dal caso concreto»[133].

---

ra, perché le espressioni usate non sono «ragionevolmente credibili» e non contengono alcun giudizio di fatto (non risultando, quindi, applicabile lo *standard* di *New York Times v. Sullivan*, che richiede invece la dolosa consapevolezza di affermare un fatto falso, cfr. *Husler,* cit. pp. 50 e ss.).

[132] In questo senso si esprime A. TESAURO, *La diffamazione,* cit., p. 46.

[133] In tal senso A. TESAURO, *La diffamazione,* cit. ult., pp. 46-47, che arriva a qualificare i singoli diritti «operanti sul terreno della diffamazione» come semplici «metafore concettuali, mere abbreviazioni utilizzate per alludere alle diverse regole di prevalenza consolidate nella prassi».

In questo contesto si inserisce la sempre più rilevante distinzione tra diritto di cronaca e diritto di critica: dalla generica constatazione della differenza intercorrente tra la «narrazione dei fatti […] sulla base di un mero criterio di successione temporale»[134] e l'espressione di un «dissenso razionale e motivato rispetto alle idee e ai comportamenti altrui»[135] deriva, infatti, una «maggiore elasticità»[136] dei requisiti del diritto di critica.

In tema di critica scientifica, ad esempio, a svolgere un ruolo cruciale è la «contestuale motivazione critica», che non può mai sfociare in termini «assiomatici» e «assoluti»[137], e che si traduce, nella critica storica, in un controllo sul metodo, inteso come «scientificità e correttezza delle fonti documentali»[138]. Requisito della verità non è più la corrispondenza descrittiva tra i fatti esposti e la realtà oggetto dell'analisi, che avrebbe quale esito obbligato un'innaturale coincidenza tra verità storica e verità legale, quanto l'indagine sulla sussistenza di un approccio metodologicamente corretto[139].

In relazione alla critica politica, invece, il requisito della verità sostanziale si atteggia diversamente a seconda che la critica muova

---

[134] Così si apre la classica voce di P. NUVOLONE, *Cronaca, (libertà di),* cit., p. 421.

[135] In tal senso A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale,* Milano, 2006, p. 243.

[136] Cass. pen. sez. V. sent. n. 45014/2012: «i limiti sostanziali del diritto di critica e di quello di cronaca non sono coincidenti ma risultano invece differenziati, essendo i primi più elevati dei secondi».

[137] In tal senso cfr. Cass. civ., sez. I, sent. n. 4109/1993.

[138] Così A. PACE, F. PETRANGELI, *Cronaca e critica*, cit., p. 306, cit., p. 334.

[139] Sulle differenze epistemiche che intercorrono tra la verità legale e la verità giudiziaria cfr. A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione,* cit., pp. 257, nonché L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 24 e ss. Se nella ricerca storiografica si ha di mira la ricostruzione di eventi remoti attraverso l'individuazione di fonti preesistenti di natura – soprattutto – documentale, l'accertamento giudiziale è tanto attendibile quanto più assume, *nel processo*, nuove prove di natura essenzialmente dichiarativa. Diversamente dalle altre attività di conoscenza, l'attività giurisdizionale deve rispondere ad un postulato di *validità* specifico, secondo regole autoritativamente fissate dall'ordinamento a tutela di valori potenzialmente antinomici rispetto all'accertamento della verità (si pensi, ad esempio, alle condizioni di ammissione e al regime di inutilizzabilità delle prove, alla disciplina della nullità degli atti, etc.).

da premesse fattuali ovvero sia del tutto slegata da accadimenti reali. Nella prima ipotesi, l'assoluto disconoscimento dei fatti esclude la liceità degli approcci valutativi: «nessuna interpretazione soggettiva», infatti «[…], può ritenersi rapportabile al lecito esercizio del diritto di critica, quando tragga le sue premesse da una prospettazione dei fatti opposta alla verità»[140]. Nella seconda ipotesi, qualora alla base della valutazione individuale non vi siano fatti oggettivi, invece, non è più richiesto il rispetto della verità, e l'accertamento sulla protezione costituzionale dell'opinione espressa si esaurisce nell'analisi del grado di aggressività avuta nei confronti del destinatario[141]. L'analisi della giurisprudenza sugli *argumenta ad hominem,* cioè di quelle aggressioni verbali intese «a screditare l'avversario mediante la evocazione di una sua presunta indegnità od inadeguatezza personale», anziché criticarne i programmi e le azioni[142], dimostra la flessibilità del requisito della continenza, che deve essere valutata alla luce della posizione del soggetto offeso e del particolare contesto spazio-temporale in cui sono inserite le eventuali espressioni ingiuriose[143].

Ad un primo, tradizionale, orientamento di natura restrittiva, si è progressivamente affiancata una tendenza più largheggiante, che ha ammesso nel discorso pubblico anche espressioni che, astrattamente considerate, integrerebbero un mero insulto[144].

L'epiteto, rivolto durante la campagna elettorale da parte di un sindaco uscente ai candidati nella lista avversaria, di «bugiardi […] incapaci di aprire bocca senza dire menzogne» integra un «abuso

[140] In tal senso Cass. pen. sez. V, 19288/2012.

[141] Cfr. Cass., n. 45014/2012, cit. In questo senso, risultano complanari gli opposti orientamenti di E. MUSCO, *Stampa (diritto penale),* in *Enc. dir.,* vol. XLIII, p. 647, che ritiene il riferimento a dati della realtà presupposto per il legittimo esercizio del diritto di critica, e di M. POLVANI, *La diffamazione,* cit., p. 182, secondo il quale andrebbe riconsiderata «la diffusa e tralaticia affermazione dell'identità dei limiti, in primo luogo per quanto attiene al requisito della verità. Questo […] mal si attaglia all'espressione di un'opinione, che non è idonea ad essere accertata come vera o falsa, ma, al più, fondata o infondata, persuasiva o non persuasiva».

[142] In questo senso Cass. pen., sez. V., sent. n. 38448/2001.

[143] Così Cass. pen., sez. V. sent. n. 45014/2012.

[144] Per i due orientamenti cfr. anche V. PEZZELLA, *La diffamazione, op. cit.*, pp. 503 e ss.

del diritto» per la «gratuità» dell'aggressione, non pertinente «ai temi apparentemente in discussione». A parere dei giudici di legittimità «[c]hi adopera questo tipo di argomenti, infatti, non può invocare il diritto di critica in nome della democrazia, perché tende a degradare il dibattito politico da un confronto di idee e di progetti a uno scontro tra pregiudizi alimentati dalle contumelie, sottraendo ai cittadini ogni possibilità di effettiva partecipazione politica»[145].

A questo orientamento, che schiaccia il discorso pubblico su ciò che il sentimento medio della comunità ritiene offensivo o oltraggioso, si oppone una nutrita schiera di pronunce che rovesciano l'approccio e considerano il discorso pubblico un'arena neutrale naturalmente orientata ad ospitare accesi confronti dialettici.

Si è affermato che «l'utilizzo di un linguaggio più disinvolto, più aggressivo», pur «censurabile sul piano del costume», deve essere ammesso tutte le volte in cui la libertà di manifestazione del pensiero sia strumento di partecipazione politica al pubblico dibattito[146]; vi è, quindi, uno iato tra l'opinione espressa «in materia politica ed amministrativa», ove è necessario il «ricorso ad espressioni suggestive "ad effetto"» e quanto invece pronunciato in altri contesti, ove «non potrebbe ritenersi rispettato il predetto limite di continenza»[147].

In quest'ambito, è necessario individuare un principio giuridico, frutto di un «opportuno bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione personale con l'interesse generale a che non siano introdotte limitazioni alla manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita»[148].

---

[145] Cass. pen., sent. n. 38448/2001, cit. In senso analogo cfr. anche Cass. pen., sez. V, sent. n. 32577/2007, che ha confermato la condanna per diffamazione del responsabile del partito di opposizione di una comunità cittadina per aver diffuso un volantino diffuso intestato "Le mani sulla città", nel quale veniva offesa la reputazione del sindaco, definito «gaglioffo azzeccagarbugli».

[146] Cass. pen. sez. V, sent. n. 34432/2007.

[147] I virgolettati sono di Cass. pen., sez. V, sent. n. 20067/2002, che ha assolto un consigliere comunale per essersi riferito all'allora sindaco di Vercelli, durate una seduta comunale, con la frase «questa è un'infamità, compiuta da chi non ha né onore né senso di responsabilità» (con riferimento al mancato rispetto degli impegni assunti dalla giunta in sede di approvazione del bilancio). In senso analogo cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 38747/2008.

[148] Così Cass. pen., sent. n. 45014/2012, cit. che, con riferimento all'insulto

Anche in queste ipotesi, l'istanza normativa sottesa da una giurisprudenza essenzialmente libertaria, è l'interesse alla libera diffusione delle opinioni, a maggior ragione quando siano coinvolte persone che occupano «posizioni di tutto rilievo nella vita pubblica». Anche il semplice insulto può, quindi, divenire espressione di un diritto di libertà se rivolto ai detentori del pubblico potere che abbiano realizzato comportamenti ritenuti contrari «ai valori primari dello Stato di diritto»[149]. La copertura costituzionale deriva dal rilievo dei comportamenti pubblici sottoposti a censura, che amplifica il fatto di cronaca e, quindi, consente una rinnovata valutazione della pubblica opinione sull'operato del personaggio politico[150].

---

(«becero») rivolto ad un avversario politico durante un congresso di partito in merito alla discussione della ripartizione di incarichi regionali. In questa particolare situazione la Corte ha rivelato come l'espressione ingiuriosa si traducesse «in una censura, assai colorita, ad un metodo di amministrazione» che «trascendeva l'ambito individuale o la sfera personale delle persone offese, per porsi come critica ad un intero sistema di gestione».

[149] Cass. pen., sez. V, sent. n. 19509/2006, sul caso di un noto contestatore che, nelle aule del Tribunale di Milano urlava all'indirizzo dell'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi: «[f]atti processare, buffone. Rispetta la legge, rispetta la democrazia o farai la fine di Ceausescu e di don Rodrigo».

[150] I giudici di legittimità si inseriscono, così, nel solco già tracciato dalla giurisprudenza della Corte Edu. Il giudice di convenzionalità, infatti, non solo ha ammesso una più ampia tutela della critica all'operato dell'uomo politico, che deve dimostrare «un grado più ampio di tolleranza» (*a greater degree of tolerance*) in ragione dell'incarico pubblico ricoperto dell'offeso (cfr., in particolare, ECtHR, *Lingens vs. Austria* [1986], *Oberschlick vs. Austria* [2], [1997]), ma ha anche affermato l'eccezionalità del trattamento detentivo, da riservare solo ad ipotesi straordinarie (come, ad esempio, nei casi di istigazione all'odio: in tal senso v. l'*obiter dictum* di *Kydonis c. Grèce* (2009), § 35, con nota di C. Melzi d'Eril, G. E. Vigevani, *La Corte europea dei diritti e la libertà di espressione: il caso Kydonis,* in *Quad. cost*., 2009, 954 e ss.). Eppure, non va dimenticato come nella casistica della Corte Edu le espressioni offensive si inseriscono, tendenzialmente, in articoli o reportage giornalistici che non solo offrono ragionevoli giustificazioni per i toni usati, ma tradiscono anche la tradizionale immagine della stampa come "contropotere" e "cane da guardia" (*watchdog*) dei poteri pubblici; viceversa, nell'ultimo caso affrontato dalla Cassazione, il beneficio al dibattito pubblico è indiretto e trova comunque origine nella manifestazione di dissenso del *quisque de populo*. L'orientamento della Cassazione sembra ora trovare eco in una recente pronuncia della Corte Edu, *Eon c. France* (2013), che ha sanzionato le autorità francesi per aver condannato un militante socialista per aver accolto l'allora Presidente della Repubblica Nicolas Sarkozy con un piccolo cartello che riportava le parole usate («casse toi, pauvre con!») qualche tempo prima dallo stesso Presidente nei confronti di un contestatore.

Tuttavia, tale osservazione, che vale quando la persona offesa ricopra una rilevante funzione pubblica, non può essere richiamata in tutti gli altri casi in cui a mancare è la cassa di risonanza offerta dal rilievo dei personaggi coinvolti. Nelle ipotesi viste *supra,* infatti, l'istanza normativa che guida una giurisprudenza particolarmente libertaria non è dato dall'interesse *del pubblico* ad essere informato e, quindi, dalla necessità di assicurare il libero scambio di informazioni, quanto dalla necessaria partecipazione alla vita della *res pubblica*, che crea uno spazio – aperto e neutrale – di comune condivisione che, a sua volta, sterilizza il mutuo senso di rispetto imposto dal rapporto comunitario di riconoscimento.

L'apertura del discorso pubblico può, tuttavia, subire alcune deroghe, dovute alla diversità del ruolo pubblico ricoperto dall'offeso. Così, qualora il personaggio oggetto della critica sia un magistrato, la continenza riacquista una certa rigidità: fatta salva la distinzione tra la critica sul provvedimento giudiziario e la critica sulla persona che lo ha emesso[151], esula sempre e comunque dalla scriminante di cui all'art. 51 c.p. «l'accusa di asservimento della funzione giudiziaria ad interessi personali, partitici, politici, ideologici»[152]. In queste ipotesi, il magistrato richiede una tutela particolare, a fronte dell'altrui aggressione, perché è ritenuto soggetto debole del rapporto comunicativo a causa del «dovere di riservatezza», imposto dalla particolare natura della funzione svolta, che gli impedisce di «[…] di reagire agli attacchi loro rivolti»[153].

[151] Non mancano tuttavia pronunce che negano l'irrilevanza della distinzione: cfr. ad es. Cass. pen., sez. V., sent. n. 2066/2009, che considera specioso il «distinguo […] fra il provvedimento e il magistrato che lo ha emanato, laddove l'uno è indeclinabile manifestazione dell'altro, sicché non di scissione o riverbero è a parlare fra le due pretese entità, bensì di piena identificazione». Sul punto, criticamente, G. INSOLERA, in C. DE MAGLIE, G. INSOLERA, L. PISTORELLI, *Il diritto di critica giudiziaria e i suoi limiti,* in *Criminalia,* 2009, pp. 362 e ss.

[152] Cass. pen., sez. fer., sent. n. 29453/2006.

[153] Cass. pen., sez. V, sent. n. 25138/2007, ma nello stesso senso anche Cass. pen., sez. V., sent. n. 5877/2009. Più di recente cfr. anche Cass. pen., sez. V, sent. n. 41249/2012, che ha portato alla condanna del direttore de *Il Giornale* per diffamazione aggravata in concorso con il delitto colposo di omesso controllo *ex* art. 57 c.p.

Tale orientamento riprende la giurisprudenza della Corte Edu che, a partire dal caso *Barfod vs Denmark*[154], con argomentazioni che saranno compiutamente sviluppate solo in *Praeger and Obeschlick vs Austria*[155], ha riconosciuto come, in uno Stato di diritto, la giurisdizione necessiti di un adeguato livello di fiducia da parte della pubblica opinione. Non sono quindi ammesse critiche volte a mettere in dubbio l'integrità di chi esercita la funzione giurisdizionale[156], sempre che la critica non sia fondata su un'asserzione di fatto suscettibile di essere provata[157]. Le accuse di faziosità o partigianeria, che per altre figure pubbliche non riuscirebbero ad inte-

[154] Cfr. ECtHR, *Barfod. vs. Denmark* (1989), spec. §§ 34 e ss., con cui la Corte ha escluso che accuse di parzialità rivolte ad alcuni giudici "laici" potessero inserirsi nel dibattito politico sulla legittimità della tassazione dei lavoratori di nazionalità danese su basi americane aventi sede in Groenlandia. Sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di critica giudiziaria cfr. S. ALOISIO, *La libertà di espressione ed il potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale,* cit., pp. 441 ss.

[155] Cfr. ECtHR, *Praeger and Obeschlick vs. Austria* (1994), spec. §§ 34 e ss., in relazione ad una critica pubblicata da un giornale austrico sulla particolar durezza del sistema giudiziario austriaco e, in particolare, sulla asserita incapacità dei giudici di una Corte penale viennese a svolgere funzioni giudiziarie.

[156] A maggior ragione quando tale critica venga diffusa tramite i *mass media* da coloro che, come gli avvocati, sono veri e propri «intermediaries between the public and the courts». In tal senso cfr. ECtHR, *Schöpfer vs. Switzerland* (1998) § 29, su cui M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia -"media"* cit. cc. 209 e ss., ECtHR *Amihalachioaie vs. Moldavia* (2004), §§ 35, 36. Viceversa, qualora le frasi offensive siano state pronunciate nel corso del giudizio, in adempimento del dovere professionale di difesa, scatta la tutela convenzionale offerta dall'art. 10 (sempre che le opinioni espresse non consistano in un mero insulto, così ECtHR, *Nikula vs. Finland* [2002], §§ 51, 52).

[157] La distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore è stata formulata dalla Corte di Strasburgo quale *obiter dictum* in *De Haes and Gijsels vs. Belgium* (1997), § 42, ma ha assunto particolare rilievo nella vicenda Perna c. Italia, in relazione all'articolo diffamatorio dell'articolista de *Il Giornale* nei confronti dell'allora procuratore capo di Palermo Caselli, articolo ove non solo si accennava ad un presunto «giuramento di obbedienza» del magistrato al Partito comunista italiano, ma si sosteneva anche la sua partecipazione ad un piano per assumere il controllo delle procure. Mentre in origine la II sezione della Corte (*Perna vs. Italy* [2001]) accertava la violazione dell'art. 10 Cedu per la prima parte dell'articolo, ritenuto fondato su "solide basi di fatto", la Grande camera respingeva il ricorso nella sua interezza. A parere dei giudici, infatti, tutte le affermazioni contenute nell'articolo miravano a installare il dubbio nella pubblica opinione della scorrettezza dell'operato del magistrato senza che vi fosse alcuna prova della veridicità di quanto sostenuto (*Perna vs. Italy* [2003], § 43.). In senso affine, cfr. anche *Sgarbi c. Italie* (2008).

grare gli estremi dell'offesa, sono da ritenere chiaramente diffamatorie se riferite a chi è sottoposto ad un obbligo di imparzialità[158]. Proprio perché la *public confidence* assurge a parametro di valutazione delle opinioni espresse, qualora il magistrato scenda nell'agone politico o realizzi condotte contrarie al dovere di imparzialità, il suo diritto alla reputazione si restringe a fronte della riespansione della libertà di manifestazione del pensiero[159].

Questi orientamenti, ripresi anche dalla giurisprudenza italiana, tradiscono una pre-comprensione egualitaria del discorso pubblico: la garanzia della sua massima apertura deve essere derogata tutte le volte in cui il soggetto offeso ricopra una posizione ritenuta svantaggiata. Come nel discorso razzista, anche in questi casi l'impossibilità di confrontarsi ad armi pari nel pubblico dibattito legittima l'intervento della sanzione penale, che assume una funzione riparatrice rispetto a un'offesa ritenuta non riparabile dalla semplice opportunità di partecipazione al discorso pubblico.

Qualora non vi sia una disparità tra condizioni personali tale da giustificare l'applicazione di fattispecie penali, il discorso pubblico si riespande, come nel caso della satira, ove il rilievo sociale dell'espressione elide la condizione di veridicità e attenua il requisito della continenza. La sensibilità egualitaria dei giudici porta, in queste ipotesi, ad attribuire al discorso pubblico una vera e propria funzione di riequilibrio sociale. Il diritto di satira, infatti, che trova il proprio fondamento costituzionale non solo nell'art. 21, ma anche negli artt. 9 e 3 Cost., per i valori artistici e culturali che esso implica, ha una fondamentale «funzione di moderazione dei poten-

[158] G. E. VIGEVANI, *Per la Corte di Strasburgo magistrati e politici pari non sono*, in *Quad. cost.,* 2003, p. 662.

[159] Cfr., in particolare, la sentenza di condanna ECtHR, *Hrico vs. Slovakia* (2004), spec. §§ 45 e ss., pronunciata in riferimento ad accuse di parzialità ricevute da un giudice per essere stato, in passato, candidato nelle liste elettorali di un partito conservatore. Peraltro, la scelta di fondare tali decisioni sull'onore e la reputazione dei magistrati offesi, piuttosto che sulla necessità di garantire l'autorità e l'imparzialità dell'autorità giudiziaria, pur prevista in funzione di limite dall'art. 10.2 Cedu, conferma il rifiuto di una nozione sacrale della funzione giudiziaria, come sottolineato anche da G. E. VIGEVANI, *Per la Corte di Strasburgo,* cit. ult., p. 661. Tale concezione impedisce «qualsiasi manifestazione di dissenso», a scapito di una generale ammissibilità delle critiche poste «a garanzia […] del controllo dell'opinione pubblica sull'operato dei giudici».

ti, di smitizzazione e di umanizzazione dei famosi e di umiliazione dei protervi», che specifica le generiche finalità partecipative delle situazioni soggettive appena richiamate. Piuttosto, la satira svolge «una funzione […] di controllo sociale […] verso il potere politico ed economico», usando «contro gli aspetti più arroganti del potere e della notorietà l'arma incruenta del sorriso»[160]. Ne deriva, quindi, un nesso di coerenza causale tra la qualità pubblica del personaggio e il contenuto dell'espressione[161].

Più che un limite interno al diritto[162] il nesso di causalità rappresenta la condizione di liceità che consente di valutare il contributo alla riflessione pubblica sui *mores* e sui costumi sociali della comunità, che non si arresta al semplice rilievo della notorietà del personaggio preso di mira[163]. Esso non può non ricomprendere lo

[160] Così i *leading cases* in materia, Pret. Roma, 16 Febbraio 1989, Pret. Roma 4 Marzo 1989, con nota di G. CORASANITI, *Libertà di sorriso,* in *Dir. inf. inform.*, 1989, rispettivamente pp. 521 e ss, 528 e ss., 536 e ss. Proprio a partire dalla funzione della satira è stato ipotizzato un suo fondamento costituzionale alternativo rispetto agli artt. 9, 21 e 33 Cost: si è evidenziato «[i]l rischio […] di riconoscere cittadinanza […] solo alla satira 'colta' ed erudita; nella difficoltà di stabilire se ad una certa forma espressiva della satira competa o meno la qualità di arte, sarà inevitabile la tentazione di riconoscerla con certezza soltanto [alle forme espressive] che risultano poste in essere da soggetti che professionalmente si collocano in un contesto artistico-culturale». Viceversa, la sua funzione di controllo sociale richiede una ampia estensione soggettiva; in tal senso, essa troverebbe fondamento costituzionale nell'art. 3 Cost., per lo meno in tutti quei casi ove questa si presenti idonea a ridimensionare e ad eliminare, attraverso «l'arma dell'ironia», gli ostacoli allo sviluppo della persona umana (così M. MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira,* in *Dir. inf. inform.,* 1992, pp. 308 e ss.). Su tale prospettiva v. però criticamente L. BALESTRA, *La satira come forma di manifestazione del pensiero. Fondamento e limiti,* Milano, 1998, pp. 15-16, che tuttavia concorda nel concepire la satira come «strumento di partecipazione» alla vita sociale del Paese.

[161] Pret. Roma, 16 febbraio 1989, cit., p. 524.

[162] Come ritiene la dottrina maggioritaria: cfr. L. BALESTRA, *La satira,* cit. pp. 104 e ss., M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Il diritto di satira,* in *Percorsi di diritto dell'informazione,* cit., pp. 75 e ss. A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione,* cit., pp. 273 e ss., L. GESLAO, *Il diritto di satira,* in *Informazione, Potere, Libertà*, cit., pp. 235 e ss.

[163] In questo senso sembra andare la più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. civ., sez. III, n. 23314/2007, Cass, civ., sez. III, sent. n. 28411/2008, ove si sottolinea la necessità che il giudizio satirico sia «strumentalmente collegato alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o dal comportamento preso di mira».

«specifico comportamento posto all'attenzione del pubblico, anche se assunto da personaggio non noto»[164] e, più in generale, qualsiasi comportamento che abbia rilevanza per la collettività e che possa confermare quel circuito di intesa tra chi esercita il diritto di satira e l'uditorio cui è rivolta l'espressione satirica.

Se la funzionalità delle espressioni adoperate rispetto allo «scopo di denuncia sociale perseguito»[165] alleggerisce, nella satira, il requisito della verità dei fatti, e, quindi, qualsiasi finalità informativa che ne postuli una sorta di razionalità espressiva, permane il requisito della continenza, che rappresenta, insieme al nesso di casualità appena citato, l'ulteriore condizione di liceità dell'espressione satirica[166]. L'interesse dell'opinione pubblica a conoscere una «determinata interpretazione del fatto»[167] deve essere ponderato con gli altrui diritti della personalità, con la conseguenza che devono considerarsi illecite le «attribuzioni di condotte illecite o moralmente disonorevoli, gli accostamenti volgari o ripugnanti, la deformazione dell'immagine in modo da suscitare disprezzo o dileggio», gli attacchi all'immagine pubblica del personaggio, che trasmodino «in un insulto gratuito alla persona»[168].

L'interesse alla diffusione del pensiero, richiamato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, rimanda ad una clausola aperta che consente di canalizzare, nelle diverse regole di rilevanza condizionata, il valore discorsivo incorporato dal caso concreto. Perde, dunque, di rilievo la critica che vede, nell'accento giurispru-

---

[164] Sulla fragilità del requisito della notorietà, vero *punctum dolens* delle ordinanze sopra citate, cfr. L. BALESTRA, *La satira,* pp. 105-106, A. BEVERE, A. CERRI, cit. ult., pp. 275-276.

[165] Cass. civ., sent. n. 23314/2007, cit.

[166] Su cui, di fatto, finisce per schiacciarsi il *discrimen* tra liceità e illiceità della satira. Così L. BALESTRA, cit., p. 108.

[167] Proprio perché la satira non ha finalità informative, non avendo ad oggetto l'esposizione di meri fatti. In tal senso Cass. civ., sent. n. 23314/2007, cit. ult.

[168] Cass. civ. cit. ult. Come osserva L. BALESTRA, *La satira,* cit., pp. 109-110, possono essere individuati, poi, tutta una serie di «elementi presuntivi» che rappresentano ulteriori sotto-regole definitorie lasciate all'apprezzamento dei giudici di merito: tra queste, possono essere annoverate la frequenza con cui il personaggio oggetto di della satira viene preso di mira, anche in relazione alla sua rilevanza sociale; la ricerca esasperata dell'effetto satirico, a sua volta desumibile dalla mancanza di un effetto comico propriamente dirompente del messaggio; l'esistenza di motivi di inimicizia personale tra i protagonisti della vicenda, e così via.

denziale sull'utilità sociale, il rischio di una funzionalizzazione della libertà di manifestazione del pensiero, che implicherebbe «una qualche forma di doverosità dell'esercizio del diritto»[169]. È vero, invece, il contrario: proprio l'interesse pubblico alla apertura del discorso pubblico consente la prevalenza della libertà di manifestazione del pensiero su interessi contrari.

Non vi è chi non veda, nella mutevole combinazione giurisprudenziale delle condizioni di prevalenza della libertà di espressione (anche nell'ambito di una singola situazione soggettiva, basti pensare al particolare statuto del giornalismo di inchiesta nell'ambito del diritto di cronaca, v. *supra*), una «varietà di interpretazioni», una «serie di aggiustamenti, talvolta ideologici e talaltra contingenti» che impedirebbero «una ricostruzione coerente del sistema», impossibilità dovuta, all'«eccessiva discrezionalità […] attribuita ai giudici»[170]. La critica coincide con la tesi di chi, sul piano teorico-generale, ha rilevato come questi criteri di bilanciamento siano da collocare in un orizzonte relativista, ove a rilevare sarebbe, in fondo, la scelta soggettiva e imponderabile del giudice[171].

Nonostante non manchino oscillazioni giurisprudenziali che producono pronunce contraddittorie «a pochi mesi l'una dall'altra» senza che siano intercorsi «analoghi mutamenti nel costume sociale o nelle abitudini politiche»[172], non può essere contestata, nei casi considerati, l'esistenza di un orientamento giurisdizionale che risolve i conflitti tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto della personalità secondo una logica ispirata dall'interesse alla libera partecipazione al discorso pubblico. L'esigenza di mantenere uno spazio discorsivo indifferente al tenore contenutistico delle espressioni è, quindi, un argomento precettivo che esercita una forza gravitazionale sui casi che coinvolgono la libertà di manifesta-

[169] In questo senso S. FOIS, *Il c.d. decalogo,* cit., pp. 537- 538.

[170] A. PACE, F. PETRANGELI, *Cronaca e critica (diritto di)*, cit., p. 306, ma analogamente anche V. PEZZELLA, *La diffamazione,* cit., che sottolinea le «conseguenze disastrose in termini di certezza del diritto» della giurisprudenza sul diritto di critica.

[171] A. TESAURO, *La diffamazione,* cit., p. 77.

[172] Cfr. V. PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. ult., p. 493.

zione del pensiero, definendone la presunzione di prevalenza rispetto a situazioni soggettive ad essa contrarie[173].

## 4. *La dialettica individuo-autorità nel* medium *comunicativo: lo scrutinio stretto sulla disciplina dei fori pubblici tradizionali*

L'apporto della giurisprudenza alla costruzione del discorso pubblico non si limita agli aspetti strettamente contenutistici ma coinvolge anche l'aspetto strumentale. La considerazione vale, ad esempio, in relazione al contributo dei giudici amministrativi nel controllo sulla gestione dei canali di diffusione del pensiero. Lo scrutinio giudiziale non avviene solo nel classico contesto del sindacato di legittimità dell'azione amministrativa, ove regna la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, ma anche nelle materie di giurisdizione esclusiva nelle quali il rilievo dogmatico della situazione soggettiva perde di significato a fronte delle esigenze di certezza ed effettività di tutela dell'individuo, che prescindono dagli «esercizi di enigmistica giuridica», «di tradizione tutta italiana» recepiti nella distinzione di cui all'art. 103.1 Cost.[174].

Di fronte all'assunto di origine giurisprudenziale che ha sancito l'indegradabilità dei diritti fondamentali e, quindi, l'inconoscibilità da parte del giudice amministrativo di tali situazioni soggettive[175], la giurisprudenza amministrativa da tempo include nei suoi

[173] Il discorso pubblico crea, quindi, le premesse per risolvere casi sulla base di argomenti di principio, che esercitano, in quanto tali, una naturale forza vincolante sui casi successivi. Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio,* cit., pp. 168 e ss.

[174] Così A. BARBERA, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Corte costituzionale e Parlamento,* cit., p. 721, ma sulla debolezza teorico-generale della dicotomia v. anche R. GUASTINI, *"Un soggetto, un diritto, un giudice",* cit., pp. 45-46, che sottolinea come l'interesse legittimo risulti estraneo a categorizzazioni di matrice teorico-generale (pretesa, libertà, potere, immunità) tipiche delle situazioni soggettive «piene». Per una lettura dell'art. 103 Cost., che implicitamente ammette la «naturale commistione tra interesse pubblico e diritto soggettivo» nella materie riservate alla giurisdizione esclusiva cfr. D. PICCIONE, *Libertà costituzionale e giudice amministrativo,* cit., pp. 19 e ss. Tale assunto deve essere declinato in coerenza con le sentt. della C. cost. nn. 204, 281/2004, che hanno comunque confermato l'eccezionalità della giurisdizione esclusiva, configurabile solo là ove sussistano *in nuce* poteri autoritativi della p.a.

[175] Cfr. Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.,* 1980, I, 1, 464 e

giudizi richiami ai diritti di libertà che, attraverso le maglie larghe dei classici vizi dell'azione amministrativa, assurgono a parametro della legittimità dell'atto oggetto del giudizio[176].

In alcuni, rari casi, il processo ermeneutico riguarda l'aspetto sostanziale/contenutistico del diritto di libertà. È stato, così, annullato il provvedimento di espulsione dal territorio statale per motivi di ordine pubblico, emanato dal Ministro dell'Interno ai sensi dell'art. 13.1 d.lgs. 286/98, e fondato, in punto di fatto, sulle dichiarazioni del destinatario della misura, perché incidente su «semplici manifestazioni di pensiero». Secondo il giudice amministrativo, il conflitto tra le «facoltà tutelate direttamente dalla Costituzione e dalle norme di diritto internazionale da questa recepite» e «[…] la necessità di tutelare il bene fondamentale rappresentato dalla conservazione delle basi del sistema […]» deve essere risolto sulla base di un giudizio sull'offensività concreta della condotta contestata: le libertà costituzionali «possono esser compresse "amministrativamente" soltanto ove il loro esercizio si sia rivelato (o si riveli) idoneo – ad esempio, per il "carisma" del soggetto agente […] o comunque, per l'impatto che le "parole d'ordine" lanciate da questi abbiano avuto, o stiano avendo, su di una pluralità di soggetti facilmente suggestionabili – a porre concretamente in pericolo l'ordine costituito» [177]. In altri termini, dopo aver ammesso la possibilità di bilanciare il diritto di libertà con altri beni costituzionalmente rilevanti, il giudice ha ritenuto prevalente, nel caso concreto, l'interesse del soggetto privato ad esprimere il proprio pensiero rispetto alla necessità di proteggere la sicurezza interna dello Stato[178]. La libertà di manifestazione del pensiero entra nel

---

ss., pronunciata in sede di regolamento di giurisdizione, che ha riservato alla giurisdizione ordinaria del diritto alla salute *ex* artt. 32 Cost, *sub specie* di diritto all'ambiente salubre. Sul punto cfr. comunque *supra,* cap. I.

[176] Sulla diversa funzione argomentativa che i principi costituzionali possono svolgere nella motivazione dei giudici amministrativi, con particolare riguardo al giudizio sui regolamenti amministrativi (intesi in senso lato) cfr. M. MASSA, *Eccesso di potere e incostituzionalità dei regolamenti. Appunti di lettura della giurisprudenza,* in *Giudici amministrativi e diritti costituzionali,* cit., pp. 351 e ss.

[177] Così TAR Lazio, sez. I *ter,* sent. n. 15336/2004, che ha annullato il provvedimento di espulsione dell'*Imam* di Carmagnola da parte dell'allora Ministro Pisanu.

[178] In questo modo, i giudici amministrativi rifiutano una nozione di ordine

giudizio di legittimità nell'indagine sul difetto di istruttoria, figura sintomatica dell'eccesso di potere, sino a porre un obbligo di astensione immediatamente precettivo gravante sull'amministrazione.

Attraverso un sindacato di legittimità che lambisce il merito della controversia, il giudice coglie il rilievo costituzionale del caso concreto, che viene "giustiziato" alla luce del principio di neutralità del discorso pubblico[179], derogabile solo nel caso di comprovate circostanze di fatto che evidenzino interessi alternativi comunque rilevanti per l'ordinamento. Nella dialettica tra individuo e autorità, la ponderazione giudiziale tra principii concorrenti (ragioni di primo grado[180]) non è libera, ma deve essere risolta attraverso leggi di collisione (specifiche «ragioni perentorie»[181], quali, ad esempio e per restare al caso di specie, l'idoneità concreta della condotta a mettere in pericolo la pace materiale) che orientino l'esito del conflitto a favore della libera manifestazione del pensiero.

Tali considerazioni valgono, a maggior ragione, per quei canali «privilegiati» di partecipazione alla creazione della sfera pubblica riconducibili a ulteriori fattispecie costituzionali. Così è, ad esempio, per la libertà di corteo, specie del più generale diritto di riunirsi, e «forma "atipica" di manifestazione del pensiero» che incarna, «in una società che lascia così poco spazio agli individui e pone in primo piano le masse, l'alternativa a espressioni individualistiche di pensiero o a fenomeni atomistici di parteci-

pubblico quale pretesa astratta e assoluta all'integrità di un dato sistema normativo (ordine pubblico in senso ideale), per accogliere un'accezione concreta ed empiricamente verificabile di sicurezza.

[179] Sembra allora cogliere nel segno l'approccio di alcuni autori di orientamento "neo-costituzionalista" (M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Ilícitos atípicos* [2000], trad. it. *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere,* Bologna, 2004, pp. 107 e ss.), che individuano nello "sviamento di potere" una tecnica di controllo della discrezionalità amministrativa attraverso cui «constatare fatti» alla luce dei «principi generali del diritto». Peraltro, anche chi ritiene che il vizio di eccesso di potere rimandi sempre alla violazione di una regola o di un «complesso di regole», formato dalle norme che «governano l'esercizio del potere amministrativo» si mostra possibilista ad includere nello sviamento di potere «la violazione di un principio costituzionale» (così G. CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi,* in *Eur. dir. priv.,* 2006, rispettivamente pp. 1090, 1093).

[180] M. ATIENZA, J. R. MANERO, cit. ult., p. 116.

[181] M. ATIENZA, J. R. MANERO, *ibidem*.

pazione»[182]. Non è un caso, allora, che in altri ordinamenti che non conoscono una rigida delimitazione dogmatica delle situazioni soggettive, la libertà di riunione sia considerata *species* del più ampio *genus* del diritto di diffondere il proprio pensiero, strumento normativo che consente la valutazione – alla luce dei principi del discorso pubblico – le discipline sugli spazi sociali di aggregazione[183].

In questa prospettiva, incontrano evidenti vizi di illegittimità le ordinanze in deroga alla legge adottate dal sindaco, ai sensi della l. n. 225/1992, in qualità di Commissario delegato dal Presidente del Consiglio per l'attuazione degli interventi volti a fronteggiare l'emergenza del traffico e della mobilità nel territorio comunale[184]. Provvedimenti che individuano, preventivamente e in via generale e astratta, i tempi e i luoghi ove svolgere riunioni «statiche» o manifestazioni «dinamiche» (cortei) non possono che integrare la «violazione e la falsa applicazione» dei «principi generali dell'ordinamento», *sub specie* degli artt. 17 e 21 Cost.; da tali infrazioni deriva, a cascata, la «carenza di potere» dell'atto impugnato rispetto «alle finalità per le quali lo stato di emergenza è stato dichiarato», oltre che, in generale, la

[182] Così A. BARBERA, *Principi costituzionali e libertà di corteo,* in AA., VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito,* vol. IV, Padova, 1974, p. 2727, nonché p. 2742. «[L]a stessa funzione svolta, in ordine alla dinamica dello stato democratico, dalle riunioni in senso stretto […] [è] svolta, oggi, dai cortei. Se la piazza non svolge più una funzione nella struttura urbanistica, il corteo permette di diffondere opinioni e convincimenti alle masse disperse e atomizzate». È il significato *politico* del corteo che consente di richiamare la disciplina più garantista della libertà di riunione, piuttosto che nell'ambito della libertà di circolazione, un diritto che invece spetta «al singolo in quanto tale» (ancora BARBERA, cit. ult., p. 2743), e che non postula, quindi, un suo necessario esercizio collettivo. Nel senso di considerare il corteo quale forma particolare di riunione, pur da una prospettiva testualista, essenzialmente legata all'ampia formulazione semantica del termine "riunione", A. PACE, *Art. 17*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana,* cit., pp. 153-155, nonché R. BORRELLO, *Riunione, (diritto di),* in *Enc. dir.,* vol. XL, Milano, 1989, p. 1413.

[183] Il pensiero corre, naturalmente, agli Stati Uniti, ove pure nell'ambito di tecniche di scrutinio non perfettamente coincidenti, libertà di riunione e libertà di espressione si confondono tra loro sino a venire indistintamente ricomprese sotto l'"ombrello" del Primo Emendamento.

[184] TAR Lazio, sez. I, sent. n. 1432/2012, in *Giur. cost.,* 2012, con note di C. PETTINARI, *Sulla possibilità di vietare riunioni con atti generali e astratti,* pp. 623 e ss., L. DIOTALLEVI, *Libertà (di corteo) e potere (di ordinanza) in una sentenza del T.A.R. Lazio,* pp. 1529 e ss.

violazione della competenza a vietare la singola riunione che il combinato disposto degli artt. 17. Cost. e 18 TULPS attribuisce al questore, vertice dell'autorità di pubblica sicurezza.

Alla luce di tali considerazioni, il divieto preventivo sovverte il rapporto di supremazia della persona sull'autorità prefigurato dall'art. 17 Cost., che non solo pone a carico degli organizzatori un mero obbligo di preavviso, ma sottintende l'eccezionalità dell'eventuale divieto, opponibile solo per «comprovati motivi di sicurezza pubblica». A parere del TAR, infatti, «la libertà di riunione costituisce un diritto della persona avente portata ed efficacia fondamentali», da limitare solo «per tutelare valori aventi pari rango costituzionale, laddove se ne presenti concretamente ed effettivamente l'esigenza, da valutare caso per caso»; «una regola dettata in via generale e astratta che incide drasticamente sulla libertà di riunione garantita dall'art. 17 Cost. è evidentemente […] violativa di tale norma costituzionale, in quanto tende a sostituire al regime costituzionale di tendenziale libertà un regime amministrativo in cui alla valutazione da compiere "a valle", circa la eventuale sussistenza di comprovati motivi che giustificano il divieto, subentra una valutazione compiuta "a monte" di incompatibilità tout court di determinate modalità di svolgimento delle riunioni in luogo pubblico»[185].

L'illegittimità del divieto generale posto dal vertice dell'ente locale è tratta non solo dalla violazione della «riserva costituzionale di provvedimento concreto», vera e propria *regola* posta dalla Costituzione[186], ma anche dall'eccessiva compressione del principio di

[185] TAR Lazio, sent. n. 1432/2012, cit. ult., p. 622.

[186] Così, correttamente, C. PETTINARI, *Sulla possibilità di vietare riunioni,* cit., p. 626. In questo senso, la regola posta dalla Costituzione sembra precostituire un *test* di giudizio simile che, in altri ordinamenti, è stato definito dalle Corti: si pensi allo scrutinio adottato negli Stati Uniti sulle misure volte a regolare il tempo, il luogo, e le modalità di esercizio delle libertà riconducibili al Primo Emendamento (*time, place and manner regulations*). A partire da *Clark v. Community for Creative Non-Violence,* 468 U.S. 288, p. 293 (1984), la Corte affina lo scrutinio da adottare nel caso di discipline *content neutral*, da ritenersi sempre legittime qualora: a) non siano connesse al contenuto dell'espressione («justified without reference»); b) siano strettamente proporzionate all'interesse che si vuole perseguire («narrowly tailored to serve a significant governmental interest»); c) lascino

libertà: l'imposizione di una norma indefettibile di divieto, infatti, elide qualsiasi possibilità di controllo "particolarista" realizzabile *ex post* da parte della stessa giurisdizione amministrativa in relazione alle concrete modalità (spaziali e temporali) di svolgimento della riunione pubblica[187].

La compressione dei canali di partecipazione, attraverso atti generali che peccano di tassatività e determinatezza, legittima uno scrutinio stretto sull'esercizio della funzione amministrativa. In tale contesto, le libertà costituzionali assumono una dimensione argomentativa necessariamente ibrida: per un verso, sono norme senza fattispecie tipica, graduabili alla luce delle circostanze concrete, secondo la consistenza dei principi, che aiutano il giudice amministrativo a oltrepassare le forche caudine della degradazione e della conseguente tutela dimidiata; d'altro canto, esse esprimono una consistenza normativa che richiede una funzionalizzazione dell'attività amministrativa alla *ratio* anti-autoritaria del principio

aperti altri canali per la comunicazione delle informazioni («open, ample and alternative channels for communication of the information»).

[187] Come, peraltro, sembra richiedere lo stesso art. 17 Cost, là ove richiede che il divieto della pubblica autorità possa essere opposto solo in caso di «comprovati motivi» di sicurezza e incolumità pubblica. Non mancano, poi, pronunce che ristabiliscono l'integrità della libertà costituzionale pur arrestandosi davanti al *tabù* dell'inconoscibilità, da parte della giurisdizione amministrativa, di diritti soggettivi perfetti. Cfr. sul punto TAR Lombardia, sez. II, sede di Brescia, sent. n. 19/2010, che ha annullato l'ordinanza del sindaco che richiedeva un preavviso, per le riunioni con finalità religiose, di almeno trenta giorni, imponendo altresì di tenere le stesse in lingua italiana. L'ordinanza viene dichiarata illegittima per lesione dell'ordine di competenze stabilita dalla direttiva 26 gennaio 2009 del Ministro dell'Interno che, in qualità di superiore gerarchico del sindaco, individua nel Prefetto l'unico soggetto legittimato a disciplinare la libertà di riunione nei luoghi pubblici. Peraltro, nonostante i dubbi di legittimità della direttiva per il divieto, in essa contenuto, di adunarsi presso luoghi «simbolici» in giorni e orari predeterminati (cfr. sul punto S. TROILO, *La libertà di riunione al tempo della direttiva Maroni,* sul *Forum di Quaderni costituzionali* [www.forumcostituzionale.it], nonché C. CAMPOSILVAN, *La recente disciplina ministeriale delle manifestazioni pubbliche nelle aree sensibili dei centri urbani*, in T.F. GIUPPONI (a cura di), *Politiche della sicurezza e autonomie locali,* Bologna, 2010, pp. 105 e ss.), il carattere eccezionale dell'atto amministrativo sprigiona, a parere dei giudici, effetti garantisti: «stante il carattere eccezionale di queste disposizioni, esse non possono che essere interpretate restrittivamente, così dovendosi concludere per l'esclusiva competenza del Prefetto (pur nella necessaria intesa con i Sindaci) ad assumere provvedimenti di regolamentazione delle manifestazioni in luogo pubblico».

discorsivo, tale da legittimare il penetrante scrutinio sull'intervento della pubblica autorità.

### *4.1. Lo scrutinio debole sulla disciplina amministrativa del foro radiotelevisivo: i limiti modali alla libera regolazione del potere privato*

Il controllo del giudice sull'attività dei pubblici poteri sulla gestione del foro radiotelevisivo sembra, invece, svilupparsi lungo itinerari argomentativi parzialmente diversi, che preludono a differenti esiti di giudizio.

In tale contesto istituzionale ove spiccano le complesse valutazioni tecniche, effettuate dal potere neutrale dell'Autorità Garante, il giudice amministrativo si esprime attraverso un sindacato di preminenza degli interessi in gioco, secondo una logica che fa emergere la «superiore o inferiore "rilevanza" di un principio di radice costituzionale nella regiudicanda»[188]. Lo scrutinio sulle valutazioni dell'autorità indipendente si traduce in un controllo debole, condotto alla luce dei principi normativi di regolazione del discorso pubblico. Non è un caso, allora, che in queste ipotesi, il controllo giurisdizionale sia «parzialmente slegato dalla logica tradizionale del vizio del provvedimento: le categorie dell'eccesso del potere, della violazione di legge, dell'incompetenza non si appalesano del tutto dominanti» perché il giudice amministrativo «attinge direttamente alle disposizioni costituzionali per […] operare puntuali bilanciamenti», spesso deferenti rispetto al «fine ultimo perseguito dall'autorità dipendente che dispone, regola, e talvolta sanziona»[189]. In molti di questi casi, l'«identità prevalentemente tecnica» e l'«estraneità delle autorità al circuito dell'indirizzo politico» diventano indici favorevoli «a contenere il sindacato entro la soglia dello scrutinio di ragionevolezza e di tipo non sostituivo»[190]. A partire

[188] Così si esprime D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo,* cit., p. 182.

[189] D. PICCIONE, cit. ult., pp. 162-163.

[190] Così F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione",* Milano, 2005, p. 65. Anche nell'ambito del giudizio amministrativo rimane, poi, da chiarire cosa si intenda per ragionevolezza. Accanto a letture che intendono la ragionevolezza come meta-principio ermeneu-

dalla l. n. 249/1997, infatti, che attribuisce all'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni il compito di attuare lo sviluppo in senso pluralista del settore televisivo, la giurisdizione esclusiva si pone al centro «di un processo circolare di sviluppo del diritto di informare che alimenta […] l'interesse generale dell'informazione. E i due versanti, attivo e passivo, trovano nel giudice amministrativo, chiamato a tutelare il pluralismo, l'organo giurisdizionale di chiusura»[191].

Emblematico, a tal riguardo, è la vicenda relativa al diritto di trasmettere brevi estratti di cronaca relativi ad eventi di grande interesse pubblico: originariamente previsto dalla Direttiva 2007/65/CE, poi confluita nella Direttiva 2010/13 UE, che ha imposto agli Stati membri (art. 15) di realizzare le condizioni per consentire «brevi estratti di cronaca» su eventi di grande interesse pubblico trasmessi in esclusiva, tale pretesa si traduce in un diritto di accedere a eventi di pubblico rilievo a favore delle emittenti non titolari dei diritti di trasmissione a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie[192].

---

tico, che non solo consente «la migliore attuazione possibile dei diritti dei diritti e delle libertà costituzionali», ma conferisce anche «ordine» e «stabilità» al sistema (così F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo,* p. 44), vi è chi ne sottolinea la dimensione analitico-giurisprudenziale. In questo senso, la ragionevolezza non sarebbe altro che un ulteriore vizio, di origine giurisprudenziale, dell'azione amministrativa (così G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo,* in *Ars Interpretandi,* 2002, pp. 448 e ss.).

[191] D. PICCIONE, *Libertà costituzionali,* cit., pp. 185-186.

[192] La previsione è stata trasposta nell'ordinamento interno dal d.lgs. n. 44/2010, che ha inserito un art. 32-*quater* nel d.lgs. n. 177/2005, che a sua volta ha rinviato ad un regolamento dell'AGCom il compito di individuare «le modalità attraverso le quali ogni emittente televisiva, anche analogica, possa realizzare brevi estratti di cronaca di eventi di grande interesse pubblico trasmessi in esclusiva da una emittente televisiva». La disciplina si affianca a quanto già previsto dall'art. 3 bis della Direttiva n. 89/552 CE (aggiunto dall'art. 1.4 dir. 97/36 CE, ora recepito nell'art. 14 Dir. 2010/13 UE), che aveva già previsto la semplice *facoltà* per ciascuno stato membro di assumere tutte le iniziative volte «ad assicurare che le emittenti televisive soggetti alla sua giurisdizione non trasmettano in esclusiva eventi che esso considera di particolare rilevanza per la società, in modo da privare una parte importante del pubblico dello Stato membro della possibilità di seguire i suddetti eventi in diretta o in differita su canali liberamente accessibili». L'atto europeo ha richiamato una particolare categoria di «eventi di particolare rilevanza per la società», da inserire in un'apposita lista da comunicare alla Commissione europea, che non possono essere oggetto di esclusiva e che, in quan-

Di fronte all'impugnazione del regolamento AGCom (del. n. 667/10 CONS), da parte di un'impresa televisiva titolare dell'esclusiva, che lamentava la falsa applicazione della direttiva, ritenuta applicabile ai soli rapporti transfrontalieri e non anche ai rapporti tra emittenti stabilite nel medesimo territorio statale, i giudici non si sono limitati ad una mera esegesi letterale della direttiva. Oltre al dato testuale, che pure prevede «in maniera generalizzata un diritto di tutte le emittenti, stabilite nell'Unione, di accesso e di diffusione nella forma dei brevi estratti […] a prescindere dal fatto che l'emittente titolare dell'esclusiva sieda nel territorio di uno Stato diverso o dello stesso Stato dell'emittente richiedente»[193], è necessario considerare «[…] l'elemento sostanziale delle finalità perseguite dalla disposizione europea». Il fine della norma in esame va, infatti, «ricostruita in relazione all'obbiettivo di garanzia della libertà di informazione e di adeguata salvaguardia degli interessi dei telespettatori dell'Unione ad una informazione agevole ed effettiva […]»: in questo contesto, l'obbligo per i titolari del diritto di esclusiva di consentire l'accesso e la divulgazione nella forma dei brevi estratti di cronaca non è altro che il riflesso di un «diritto primario all'informazione», sinonimo di «un'informazione aperta, liberamente accessibile e generalizzata»[194].

Il diritto all'informazione, quale sinonimo dell'interesse ad essere informato, richiama la *vis* fondativa del discorso pubblico, che giustifica la trasmissione di brevi estratti di cronaca in nome dell'effettiva partecipazione dei telespettatori al dibattito pubblico e della libertà di informazione in condizione di eguaglianza. Il con-

to tali, possono essere trasmessi in chiaro (cfr., per la lista di eventi, AGCom, all. B. del. 131/12/CONS). In questo senso, vi sono ora due categorie di eventi cui si riferiscono distinte discipline normative: da una parte la categoria più specifica degli eventi di particolare rilevanza per la società, che devono essere trasmessi in chiaro, dall'altro il più ampio gruppo di eventi di grande interesse pubblico, su cui sono ammessi «brevi estratti di cronaca» (elencati dall'art. 1 all. A del. n. 667/10 CONS). Sul punto cfr. G. GARDINI, *Diritti di esclusiva su eventi di grande interesse pubblico, brevi estratti di cronaca e diritto di essere informati: un equilibrio ancora instabile,* in *Giur. cost.,* 2012, pp. 602 e ss. nonché C. PINELLI, *I brevi estratti di cronaca,* in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al "Decreto Romani",* Rimini, 2010, pp. 51 e ss.

[193] TAR Lazio, sez. II, sent. n. 7844/2011, in *Giur. cost.,* 2012, p. 598.

[194] TAR Lazio, sent. n. 7844/2011, p. 599.

flitto tra il diritto di iniziativa economica e la libertà di informazione deve essere risolto a favore della seconda tutte le volte in cui sia necessario contrastare il *digital divide* «che discrimina quanti, privi dell'accesso ai media, diventano oggetto di sperequazioni relativamente alla loro partecipazione alla sfera pubblica, alle loro opportunità professionali e alle loro possibilità di apprendimento»[195].

Nonostante l'esito del conflitto arrida alla libertà di informazione, la durata massima degli estratti, stabilita nel regolamento dell'Autorità, viene comunque sanzionata per l'eccessiva compressione dei beni postergati e per l'irragionevole discrasia tra quanto stabilito dalla fonte regolamentare e dalla direttiva: «l'introduzione di disposizioni più rigorose, ulteriormente limitative del diritto di iniziativa economica e dei diritti di esclusiva, rispetto a quelle previste dal legislatore europeo, sia pure nell'ambito dell'attività di armonizzazione normativa e di adattamento della norma europea all'ordinamento interno, non possono che avere a loro volta una fonte normativa primaria e trovare fondamento nella legge di delega»[196].

Le tecniche decisorie sul governo del foro radiotelevisivo richiamano istanze partecipative e autonomistiche, specificando, così, i *dicta* della Corte costituzionale in tema di pluralismo dei mezzi di diffusione e dalle norme di principio enucleate dalla disciplina legislativa di settore. Il potere amministrativo di regolazione si allarga, trovando diretta legittimazione nel paradigma di apertura del discorso pubblico, che giustifica, ad esempio, l'adozione di atti amministrativi volti ad assimilare, nel *forum* radiotelevisivo, l'attività

[195] Così C. PINELLI, *I brevi estratti di cronaca,* cit., p. 56, ma nello stesso senso G. GARDINI, *Diritti di esclusiva,* cit., p. 611: «[l]a conoscenza, l'integrazione sociale, il senso di appartenenza comunitaria, l'identità di un popolo e di una nazione sono i beni alla cui protezione si indirizza la disciplina sull'accesso ai grandi eventi […]».

[196] Nonostante l'art. 15.6 dir. 13/2010 UE abbia espressamente lasciato la definizione del limite massimo di durata alla discrezionalità attuativa degli Stati membri, i giudici amministrativi rinvengono nell'orientamento espresso dal *considerato* n. 55 («[t]ali brevi estratti potrebbero essere utilizzati per trasmissioni all'interno dell'UE attraverso qualsiasi canale, inclusi i canali tematici sportivi, e non dovrebbero superare i novanta secondi») una valenza direttamente precettiva, ed annullano l'art. 3.5 del regolamento AGCom che ammetteva una durata massima dei brevi estratti di cronaca pari a tre minuti. Sul punto, criticamente, G. GARDINI, cit. ult., pp. 609-610.

di informazione e la propaganda politica a prescindere dalla sincronia con la competizione elettorale[197]. Nell'ambito di un inevitabile processo di «politicizzazione» dell'informazione[198], che non è più mera «trasmissione di notizie in un contesto narrativo-argomentativo»[199], anche l'attività informativa dell'emittente privata deve essere ispirata al pluralismo, all'obiettività, alla completezza e all'imparzialità dell'informazione, e all'apertura «alle diverse opinioni, tendenze politiche, sociali, culturali e religiose»[200].

Orientata ai principi del discorso pubblico, la gestione dell'autorità amministrativa anticipa persino il legislatore[201], e orienta le successive tecniche decisorie dei giudici. Così, non è illegittima[202] la delibera dell'AGCom che ha esteso, nel periodo non elettorale, gli obblighi di imparzialità e parità di trattamento tipici delle comunicazioni politiche a tutte le trasmissioni di carattere informativo, e alle trasmissioni di intrattenimento che abbiano deciso di o-

[197] Cfr., rispettivamente, del. n. 90/03 CSP e del. n. 91/03 CSP, che mettono sotto pressione l'impianto disegnato dalla l. n. 28/2000, che consente l'intervento regolativo sui «programmi di informazione» solo in periodo elettorale (*supra,* cap. III, nonché, diffusamente, *infra*). Su tali delibere cfr. R. BORRELLO, *Interrogativi sulla disciplina della* par condicio *nel nuovo assetto del sistema radiotelevisivo italiano,* in M. MANETTI (a cura di), *Europa e informazione,* Napoli, 2004, p. 134, che scrive di uno «squarcio epocale» nel settore dell'attività informativa privata.

[198] L'espressione di «informazione politica» ritorna nella del. n. 90/03 CSP.

[199] C. Cost., sent. n. 155/2002.

[200] Così, del. n. 90/01, che riprende l'enunciazione di principio contenuta nell'art. 1.1 l. n. 223/1990.

[201] Nel senso della progressiva equiparazione tra comunicazioni avente ad oggetto «opinioni e valutazioni politiche» e programmi di informazione, cfr. art. 7 d.lgs. n. 177/2005, che riconosce nell'attività di informazione svolta dal mezzo radiotelevisivo un «servizio di interesse generale», che non solo deve presentare una versione «veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni», ma deve anche garantire «l'accesso di tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione e di propaganda elettorale e politica in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità […]». L'imposizione di tali obblighi legittima l'intervento dell'Autorità, chiamata a stabilire «ulteriori regole per le emittenti per rendere effettiva l'osservanza» di tali principi nei programmi di informazione e di propaganda. Sul punto v. però A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati,* cit., p. 482, che scarta la possibilità che la norma abbia esteso la parità di trattamento dei soggetti politici nel periodo non elettorale; piuttosto la disposizione avrebbe disciplinato un «accesso in senso soggettivo», direttamente tutelabile davanti all'AgCom prima, e ai giudici amministrativi poi.

[202] TAR Lazio, sez. III, sent. n. 5038/2006.

spitare esponenti politici nell'ambito di un apposito «spazio informativo»[203]. Allo stesso modo, non sono illegittimi i vincoli (ancora più penetranti) imposti nel periodo pre-elettorale[204], (consistenti nel divieto di «interventi […] in diretta, non preannunciati all'inizio della trasmissione», e nell'obbligo di predisporre un accesso generalizzato che offra una pari opportunità partecipativa con contestuale dovere di riequilibrio in caso di una sua alterazione[205]), e la conseguente sanzione pecuniaria emessa nei confronti dell'emittente televisiva che ha ospitato, con finalità «elogiativa», uno dei principali protagonisti della competizione elettorale[206].

A parere dei giudici amministrativi, infatti, la libertà di iniziativa economica e la linea editoriale dell'impresa editoriale devono essere necessariamente postergate rispetto al «pluralismo interno, inteso come obbligo di dare voce al maggior numero possibile di opinioni e "correnti di pensiero" presenti nella società». Gli obblighi «inerenti a profili organizzativi ed imprenditoriali, che non incidono sulla libertà di manifestazione del pensiero» (cd. limiti modali), «[…] sono posti a presidio di un interesse *altior* nella gerarchia dei valori in gioco, quale è, appunto, quello dell'informazione e formazione consapevole della volontà del cittadino – utente».

In particolare, avuto riguardo del «contesto storico della vita del Paese», non è irragionevole estendere i principi in materia di comunicazione politica e parità di accesso anche alle trasmissioni di intrattenimento, che rappresentano «il momento, potremmo dire, ordinario della attività radiotelevisiva». Il potere conformativo

---

[203] Cfr. delibera n. 22/06/CSP (artt. 2.1, 2.2), secondo cui «[t]utte le trasmissioni di informazione, compresi i telegiornali, le rubriche e le trasmissioni di approfondimento devono rispettare i principi di completezza e correttezza dell'informazione, obiettività, equità, lealtà, imparzialità, pluralità dei punti di vista e parità di trattamento. Nei programmi di informazione e di approfondimento, l'equilibrio delle presenze deve essere assicurato durante il ciclo della trasmissione, dando, ove possibile, preventiva notizia degli interventi programmati».

[204] Lasso temporale che va dal «trentesimo giorno precedente la data prevista per la convocazione dei comizi elettorali fino a quest'ultima». Cfr. art. art. 2.5 del. n. 22/06/CSP.

[205] La restaurazione dell'equilibrio deve avvenire «in una trasmissione omogenea, ove possibile della stessa serie e nella stessa fascia oraria, immediatamente successiva e, comunque, prima della convocazione dei comizi elettorali» (art. 2.3).

[206] AGCom, del. n. 30/06/CSP, adottata in virtù dell'art. 1.31 l. n. 249/1997.

dell'amministrazione, che pure dovrebbe tradursi in un mero limite "modale", lambisce i confini della funzionalizzazione della libertà di impresa, sino a coincidere «con la prospettiva di necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica, e con lo speciale "statuto" del diritto all'informazione in campo politico […]»[207]. Il particolare contesto fattuale legittima, peraltro, l'adozione della sanzione pecuniaria, nonostante l'annuncio dell'emittente, coerente con la lettera della delibera, di invitare a partecipare al programma il leader dello schieramento politico avverso in funzione riequilibratrice. Una «trasmissione monografica» dedicata al principale *competitor* politico, non sarebbe di per sé idonea a «"riparare" una modalità di conduzione della trasmissione, nonché di partecipazione, e di selezione del pubblico, ed, ancora prima, di confezionamento ed impostazione del programma, ritenute in violazione dei principi di pluralismo, obiettività, completezza, lealtà ed imparzialità dell'informazione». Il discostamento dall'obbligo di *par condicio,* infatti, non sta nel «fatto, […] della presenza di apprezzamenti per il personaggio politico ospitato, quanto piuttosto nella complessiva impostazione e svolgimento della trasmissione»; in effetti, «la non continenza della critica», «la totale chiusura della trasmissione a voci di tenore opposto», indici dello sviamento rispetto «all'obiettivo della formazione di una consapevole opinione personale dello spettatore» giustificano l'*extrema ratio* del potere sanzionatorio[208].

L'interesse della collettività ad essere informati, *sub specie* dell'interesse a formarsi un'opinione consapevole, giustifica, nei *dicta* dei giudici amministrativi, la generale potestà regolativa attribuita all'Autorità garante dall'art. 7.3 d.lgs. n. 177/2005 e l'integrazione, per via regolamentare, della disciplina prevista dalla l. n. 28/2000 che limita il potere di regolazione ai programmi di

[207] TAR Lazio, sent. n. 5038/2006, cit. I giudici offrono, così, un'interpretazione lata del «principio di concessione», già enunciato nella sentenza della Corte costituzionale n. 112/2003 e ripresa dalla sent. n. 155/2002, secondo cui l'affidamento a soggetti privati di rilevanti utilità pubbliche (le frequenze) giustifica «limiti più rigorosi nei confronti delle imprese operanti nel settore al fine di apprestare un'adeguata protezione ai valori primari connessi alla manifestazione del pensiero attraverso il mezzo televisivo».

[208] TAR Lazio, cit. ult.

informazione al solo periodo elettorale[209]. Anche il periodo immediatamente precedente alla competizione elettorale, infatti, è cruciale per la formazione di un consapevole esercizio del diritto di voto: la necessità di preservare il processo di integrazione democratica legittima non solo l'estensione, per via amministrativa, del lasso temporale considerato rilevante per la formazione della pubblica opinione, ma prelude ad un mutamento qualitativo degli obblighi a carico dell'attività di impresa radiotelevisiva[210].

La prevalenza dell'interesse ad essere informato sulla libertà editoriale dell'emittente non è, tuttavia, fisso ed immanente, ma è suscettibile di essere ripensato alla luce delle circostanze del caso. Se l'interesse ad una corretta formazione dell'opinione pubblica ha sufficiente peso per giustificare, come si è visto, una pervasiva disciplina dei programmi di informazione e di intrattenimento nel periodo pre-elettorale, antecedente alla competizione politica nazionale, non altrettanto può dirsi per un'analoga regolazione dell'Agcom (sulla falsariga di un provvedimento analogo emesso dalla Commissione di vigilanza con riferimento alla pubblica concessionaria) operante nel periodo elettorale contestuale alle competizioni politiche regionali[211], e che estendeva ai programmi di in-

[209] Art. 5 l. n. 28/2000, che demanda all'AgCom (per le imprese private) e alla Commissione parlamentare di vigilanza (per la pubblica concessionaria), il compito di definire nel solo periodo elettorale (non oltre il quinto giorno successivo all'indizione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto), i criteri specifici ai quali debbono conformarsi la concessionaria pubblica e le emittenti radiotelevisive private nei programmi di informazione, al fine di garantire la parità di trattamento, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione. Descrive il rapporto tra del. n. 22/06 CSP e l. n. 28/2000 nei termini di una reciproca integrazione TAR Lazio, sez. III, sent. n. 6832/2006, che in relazione a una vicenda analoga, ha individuato nell'art. 2.1 l. n. 28/2000 (secondo cui «le emittenti radiotelevisive devono assicurare a tutti i soggetti politici con imparzialità ed equità l'accesso all'informazione e alla comunicazione politica») un obbligo generalizzato di imparzialità a carico dei programmi di informazione, indipendentemente dal contesto temporale di riferimento.

[210] Sul punto, criticamente, A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati,* cit., pp. 477 e ss., che sottolinea la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 7.1 T.U. Radiotelevisione, là ove, nel concepire l'attività radiotelevisiva come un «servizio di interesse generale» rischierebbe di funzionalizzare sia la libera iniziativa economica che la libertà di informazione dell'emittente.

[211] Cfr., rispettivamente, Commissione di vigilanza, "Regolamento recante le disposizioni di attuazione in materia di comunicazione politica, messaggi autogestiti

formazione (e con l'eccezione dei notiziari), gli stringenti vincoli previsti per i programmi contenenti opinioni e valutazioni politiche (cd. comunicazione politica)[212].

In ogni caso, al di là delle oscillazioni del caso concreto, sembra comunque che il sindacato amministrativo dell'autorità indipendente nel settore radiotelevisivo si orienti verso un sindacato debole, di ragionevolezza "esterna", rispetto alla scelta della amministrazione di estendere quegli "obblighi modali" che, a parere di alcuni, porterebbero a una «criptofunzionalizzazione» dell'attività radiotelevisiva[213]. Eppure, il concetto stesso di funzionalizzazione richiede un intervento pubblico di natura distorsiva rispetto ai valori personalistici del diritto di libertà, che non sembra ricorrere nella semplice regolazione eteronoma di quegli aspetti organizzativi che, lungi dal riguardare l'intera attività radiotelevisiva, mirano

e informazione della concessionaria pubblica nonché tribune elettorali per le elezioni regionali, comunali e provinciali fissate per i giorni 28-29 marzo 2010", e Agcom, Del. 25/10 CSP, in particolare art. 6.5. A sostegno dell'illegittimità del regolamento della Commissione di vigilanza e della delibera dell'AGCom cfr. G. DE MINICO, *Silenzio elettorale e costituzione,* in *Dir. Soc.,* 2010, pp. 221 e ss. Di diverso avviso invece C. FUSARO, *Il cd. silenzio elettorale. Una polemica, a ben vedere, pretestuosa*, sul *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), che offre un'interpretazione conforme alla legge degli atti contestati. Permane, peraltro, l'asimmetria formale tra gli atti delle Autorità indipendenti e le delibere dell'organismo parlamentare, quest'ultime ritenute insindacabili sin da Cass., Sez. Un., sent. n. 7072/1983 che, in relazione alle decisioni sull'accesso al servizio pubblico radiotelevisivo, ha riconosciuto nella Commissione un «[…] organo costituzionale e politico" titolare di una "[…] funzione essenziale di indirizzo politico» del servizio informativo pubblico.

[212] Cfr. Cfr. TAR Lazio, sez. III, ordd. nn. 1179/2010 e 1180/2010, pronunciate a seguito dei ricorsi promossi da Sky Italia e La 7 gruppo Telecom. A seguito delle ordinanze sospensive, l'Autorità Garante ha assunto in autotutela una nuova delibera (Del. 31-2010 CSP) che ha radicalmente modificato il precedente atto, sino ad eliminare espressamente l'equiparazione tra i messaggi di comunicazione politica e i programmi di informazione (cfr. art. 1 lett. c). Sul punto cfr. TAR Lazio, sez. III, sent. n.11187/2010, confermata da Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1943/2011, che hanno dichiarato improcedibili, nel merito, il ricorso di una delle emittenti per sopravvenuto difetto di interesse a seguito dell'intervento dell'autorità.

[213] Così R. BORRELLO, *Interrogativi sulla disciplina della* par condicio, cit., p. 134, ma nello stesso senso A. Pace, *Libertà di informare e diritto ad essere informati,* cit., pp. 477 e ss., che critica l'impianto dell'art. 7 d.lgs. n. 177/2005, là ove assimila l'attività informativa compiuta dalle imprese radiotelevisive private al servizio di informazione della pubblica concessionaria.

a disciplinare l'informazione nel contesto gestionale della singola tecnostruttura radiotelevisiva. In altri termini, è la particolare attività informativa svolta dall'emittente che chiama in gioco i principi del discorso pubblico, che impongono l'apertura più ampia possibile del *medium* comunicativo a prescindere dalla particolare natura (pubblica o privata) del foro ove si svolge la relazione comunicativa. L'estensione degli obblighi, previsti per la comunicazione politica, ai programmi di informazione – o addirittura – ai programmi di intrattenimento che ospitino, al loro interno, apposite finestre informative non è altro che una conseguenza dell'implicita equiparazione tra il potere pubblico che agisce autoritariamente per disciplinare l'esercizio della libertà di riunione nei fori tradizionali (piazze, strade, cittadine etc.), e il potere privato che agisce, verticalmente e unidirezionalmente, su *media* che entrano, all'occorrenza nel *domain* del discorso pubblico. Come nel primo caso non sono ammesse regolazioni che impediscono, in via generale e astratta, lo svolgimento di cortei e manifestazioni pubbliche, così nella seconda ipotesi non è ammessa un'autonoma disciplina privata che occluda gli spazi per la più ampia circolazione di idee e di opinioni.

L'attuazione dei principi del discorso pubblico si concilia con un controllo giurisdizionale che risente della posizione istituzionale del giudice amministrativo, stretto tra la scelta del legislatore di delegare, in determinati settori, ad organi tecnici il compito di produrre discipline «flessibili e […] altamente specialistiche», e l'ampio margine di azione che la discrezionalità tecnica riconosce all'amministrazione. In questi ambiti, la composizione degli interessi realizzata dal provvedimento amministrativo viene valutata alla luce degli principi e dei valori costituzionali in gioco senza, tuttavia, che la valutazione della scelta amministrativa ponga il giudice «con troppa forza nel circuito […] delle competenze e delle responsabilità»[214].

[214] F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato,* cit., p. 19.

### *4.2. La restrizione dei canali di accesso al discorso pubblico: il "caso Europa 7" tra libertà di trasmissione e potere conformativo-gestionale del pubblico potere*

Lo scrutinio giurisdizionale non riguarda esclusivamente la regolazione interna del foro radiotelevisivo, ma ricomprende anche il sindacato sull'attuazione amministrativa del pluralismo esterno e, quindi, sulla possibilità di partecipare al discorso pubblico. Mentre con riferimento alla *par condicio* il foro radiotelevisivo rileva quale ambito organizzativo di natura oggettiva entro cui realizzare l'apertura discorsiva, nel differente contesto del pluralismo esterno, da intendersi come necessaria presenza di una pluralità di soggetti sul mercato radiotelevisivo, l'attività radiotelevisiva si soggettivizza, nel senso che emerge come pretesa soggettiva alla libera trasmissione.

Emblematica è, a tal riguardo, la vicenda che ha avuto protagonista il *Centro Europa 7,* titolare di un provvedimento concessorio abilitante alle trasmissioni cui l'amministrazione non ha mai dato seguito con la concreta assegnazione delle frequenze radiotelevisive[215].

[215] La l. n. 249/1997 ha riformulato, per la prima volta dopo la dichiarazione di incostituzionalità della l. n. 223/1993, i limiti antitrust della telediffusione in via analogica, vietando ad uno stesso soggetto di essere titolare di concessioni per una quota superiore al 20% delle reti individuate dal Piano nazionale delle frequenze e, per un altro, ha autorizzato *ex lege*, in via transitoria, la continuazione delle trasmissioni delle reti eccedenti in attesa della fissazione, da parte dell'AGCom del termine perentorio per il passaggio delle stesse sul satellite. A seguito di tali prescrizioni legislative, l'AGCom ha adottato un regolamento contenente i requisiti per assegnare le concessioni a seguito della gara da indire presso il Ministero delle Comunicazioni. Il D.M. 29 luglio 1999, sulla base della graduatoria approvata dalla commissione di gara, ha riconosciuto al Centro Europa 7 la concessione nazionale a trasmettere in via analogica senza tuttavia assegnare concretamente le relative frequenze, rimandando l'attribuzione ad un momento successivo alla definizione del programma di adeguamento degli impianti realizzato dal Ministro delle comunicazione di concerto con l'AGCom. Sul caso Europa 7 cfr. S. CALZOLAIO, *Il sistema dell'informazione tra Unione europea e legislazione interna,* sul *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), M. CUNIBERTI, *Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3/2012.

Di fronte alla richiesta, da parte dell'emittente, di integrazione dell'atto concessorio, necessario all'inizio alle trasmissioni televisive, il Ministero delle Comunicazioni ha ribadito, con una nota, la volontà di soddisfare la legittima pretesa dell'emittente solo a seguito dell'adozione del programma tecnico di adeguamento delle frequenze.

La comunicazione ministeriale segna l'inizio di una lunga vicenda processuale, che trae origine da due distinti ricorsi presentati dal Centro Europa 7, aventi ad oggetto, rispettivamente, la richiesta di annullamento della nota ministeriale, e l'ottenimento in via coattiva delle frequenze mancanti con contestuale richiesta di risarcimento danni[216]. Con riferimento alla prima domanda giudiziale, i giudici amministrativi, in primo grado, hanno annullato il provvedimento dilatorio, obbligando l'amministrazione ad adottare i comportamenti necessari a consentire la produzione degli effetti tipici della concessione o, in alternativa, a negare l'assegnazione delle frequenze tramite la revoca dell'atto concessorio[217]. In appello, il Consiglio di Stato ha ribadito come i principi di governo del discorso pubblico rendano necessaria la compressione della discrezionalità amministrativa: vero e proprio «atto a formazione progressiva», la concessione «imponeva all'amministrazione di svolgere ulteriore attività amministrativa per soddisfare la pretesa di Europa 7»[218]. La particolare morfologia del provvedimento è, infatti, strumentale alla realizzazione della situazione soggettiva della ricorrente, a sua volta interesse riflesso rispetto al principio del pluralismo esterno a suo tempo enunciato dalla Corte costituzionale[219].

---

[216] Ric. n. 4230/2000 e ric. n. 12583/2003.

[217] Cfr. TAR Lazio, sez. II, sent. n. 9325/2004.

[218] Cfr. Cons. St. sez. VI, sent. n. 2624/2008.

[219] Il Cons. di Stato, nell'individuare l'obbligo di integrazione a carico della p.a., segue la direzione tracciata dalla giurisprudenza costituzionale che configura la concessione all'utilizzo del bene pubblico "etere" quale *tertium genus* rispetto alla concessione (provvedimento costitutivo di natura discrezionale) e all'autorizzazione (provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto soggettivo). Tale provvedimento, per sua natura complesso, consta di un elemento autoritativo che realizza il presupposto per «[…] l'esercizio da parte dei privati della libertà di manifestazione del pensiero con il mezzo radiotelevisivo» e un elemento abilitativo che consente di esercitare un'attività costituzionalmente rilevante e, in quanto tale, preesistente in capo al privato (cfr. C. Cost. sent. n.

L'attuazione del principio pluralista non si spinge sino all'attribuzione, per via giudiziale, delle frequenze contese. Il mancato perfezionamento dell'atto concessorio degrada la situazione soggettiva da diritto soggettivo pieno a interesse legittimo di natura pretensiva, comportando l'inammissibilità del secondo ricorso. A parere dei giudici amministrativi, a fronte della mancata attribuzione di un bene della vita da parte dell'amministrazione (nel caso di specie, le frequenze), la corretta modalità di agire a tutela della propria posizione sarebbe stata «quella di chiedere, ed in caso diffidare, l'amministrazione all'adozione degli atti necessari a far conseguire il bene e poi agire contro l'eventuale inerzia o il provvedimento negativo adottato». Nel bilanciamento tra la «posizione del privato diretta ad ottenere l'attribuzione di frequenze», e il «potere pubblicistico della p.a. di governo dell'etere», è quest'ultimo a prevalere, riespandendo la discrezionalità della amministrazione[220].

L'impossibilità di soddisfare la richiesta dell'emittente si deve anche alle «circostanze di diritto» nel frattempo sopravvenute, e cioè alla proroga dell'autorizzazione, stabilita dalla legge in via transitoria, a continuare le trasmissioni delle reti eccedenti in deroga a limiti *anti-trust*[221], favorevoli ai soggetti già operanti sul mercato[222]. Proprio tale

112/1993, che sembra estendere le considerazioni a suo tempo compiute in relazione alla tecnica di diffusione su scala locale nelle sentt. nn. 226/1974, 202/1976). Lo stesso legislatore, con il progressivo ampliarsi delle quote di mercato disponibili, dovuto all'evoluzione tecnologica, ha definitivamente trasformato il potere concessorio in un potere sostanzialmente autorizzatorio (cfr. artt. 15 e 16 d.lgs. n. 177/2005 – T.U. della radiotelevisione) nei confronti sia degli operatori di rete sia dei fornitori di contenuto che trasmettano su frequenze terrestri in tecnica digitale.

[220] Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 2622/2008, che conferma quanto stabilito, in primo grado da TAR Lazio, sez. II, sent. n. 9315/2004. Secondo i giudici di Palazzo Spada, l'art. 35.1 del d.lgs. n. 80/1998 (ora ripreso dall'art. 30.2. c.p.a.) non può essere assimilato ad una azione di adempimento diretta ad ottenere la condanna del debitore o, soprattutto una forma di esecuzione in forma specifica che imponga all'amministrazione un obbligo di consegna del relativo bene all'avente diritto.

[221] Cfr. l. n. 352/2003, poi conv. in l. n. 43/2004, a sua volta confluita nella legge di sistema n. 112/2004 – cd. legge "Gasparri" –, colonna portante dell'attuale T.U. sulla Radiotelevisione – d.lgs. n. 177/2005. La legge n. 122/2004 ha riformulato il limite anti-trust su due livelli: un livello generale, pari al 20% dei ricavi del S.I.C. (Sistema integrato delle telecomunicazioni, come definito dall'art. 43.10 d.lgs. n. 177/2005, che ricomprende attività funzionalmente collegate

proroga porta all'accertamento, da parte della Corte di giustizia[223], del contrasto con la libera prestazione dei servizi (art. 49 TCE, ora art. 56 TFUE) e con il «quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica e per le risorse e i servizi correlati» (cd. NQNC) [224].

---

all'impresa editoriale), ed un livello specifico per il sistema radiotelevisivo, pari al 20% dei programmi irradiati (art. 43.8). L'art. 23 l. 112/2004 stabiliva, poi, una generale autorizzazione («generale assentimento») che consentiva alle reti eccedenti di continuare a trasmettere e, inoltre, un limite anti-trust temporaneamente calcolato su un insieme «promiscuo» di reti operanti in tecnica analogica (come disponeva la legge n. 249/1997) e di programmi diffusi in tecnica digitale (cfr. ora art. 43.8 T.U. n. 177/2005), purché trasmessi simultaneamente in entrambe le tecniche (cd. *simulcast*).

[222] Sul punto v. il parere n. 309/2004 (spec. §§ 264-268) della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (cd. Commessione di Venezia), organo tecnico-consultivo del Consiglio d'Europa, che ha rilevato l'inadeguatezza del limite *anti-trust* nel settore radiotelevisivo, suggerendo di affiancare, alla soglia dei programma irradiati, un indicatore relativo alla quota di *audience* effettivamente raggiunta dagli operatori. Analogamente, a parere della Commissione, il S.I.C. costituirebbe un parametro troppo ampio, consentendo agli operatori di detenere quote rilevanti nei singoli settori di mercato pur restando al di sotto della soglia generale del 20%. La Commissione ha, così, suggerito di ricalcolare i limiti in relazione al singolo "mercato rilevante" di volta in volta considerato.

[223] Cfr. CGCE, sent. 31 gennaio 2008, C-380/05, adita in via pregiudiziale da Cons. St., sez. IV, ord. n. 3846/2005.

[224] La normativa fa riferimento alla Direttiva 2002/21/CE, istitutiva di un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (cd. direttiva "quadro"), alla Direttiva n. 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva "autorizzazioni"), alla Direttiva n. 2002/77/CE, concernente la concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva "concorrenza"). In particolare, integrano le premesse maggiori della decisione della Corte l'art. 9, n. 1 della direttiva "quadro", là ove richiede agli Stati membri una gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica; l'art. 5 n. 1 della direttiva "autorizzazioni" che, particolarmente conferente al caso di specie, vieta agli Stati membri di subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti d'uso individuali, che devono invece essere previsti sin dall'inizio nell'autorizzazione generale all'utilizzo delle frequenze, a loro volta assegnate sulla base di criteri «obiettivi, proporzionati, trasparenti e non discriminatori» (dir. "concorrenza", art. 4 n.1). In via generale poi, coerentemente con tale previsione, l'art. 4 n.1 della dir. "concorrenza" vieta agli Stati membri di concedere diritti esclusivi o speciali di uso delle frequenze. Queste regole generali sono poi integrate dalle norme speciali che disciplinano i casi eccezionali che rendono necessaria la concessione di limitati diritti individuali sulle frequenze: in tali casi (art. 7 n. 3 dir. "autorizzazioni") gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione sulla base di criteri di selezione «obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori».

Adita in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato nel corso del procedimento sull'assegnazione coatta delle frequenze e sul contestuale risarcimento del danno nel frattempo patito[225], la Corte di giustizia ha accertato il contrasto tra le disposizioni comunitarie e una normativa nazionale che per anni ha consentito che un operatore televisivo, pur titolare di una concessione, si trovasse «nell'impossibilità di trasmettere». Nell'ambito di una disciplina comunitaria orientata al rispetto dei criteri di obiettività, trasparenza e proporzionalità, l'autorizzazione *ex lege* a favore di alcune imprese prive di un titolo concessorio rilasciato a seguito di un'adeguata procedura di gara contrasta con la normativa sovranazionale: la disciplina transitoria nel frattempo approvata «non si limita ad attribuire agli operatori esistenti un diritto prioritario ad ottenere le frequenze, ma riserva loro tale diritto in esclusiva, senza limiti di tempo alla situazione di privilegio così creata e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale»[226]. La normativa interna osta, prima ancora che con l'assetto pluralista dei *media*, con i principi di libera concorrenza nel mercato radiotelevisivo, che integrano uno *standard* minimo che precede (sino, eventualmente, ad assorbire) le valutazioni intorno alla realizzazione, nell'ordinamento interno, di un sistema mediatico orientato ai principi del pluralismo[227].

[225] Cons. Stato, sez. VI, ord. n. 3846/05.

[226] CGCE, sent. 31 gennaio 2008, par n. 115.

[227] La Corte di Giustizia ha ritenuto assorbita nell'accertamento sulla violazione della libera prestazione dei servizi radiotelevisivi l'asserita lesione del pluralismo dei *media*, desunto dal Consiglio di Stato dall'art. 10 Cedu e, quindi, incorporato dall'art. 6 TUE quale principio generale dell'Unione Europea. Trova così conferma l'idea che l'assetto concorrenziale del sistema mediatico sia una delle condizioni per la realizzazione del principio pluralista che, tuttavia, non coincide con la semplice esigenza di un accesso al mercato radiotelevisivo a condizioni non discriminatorie. Il pluralismo dei mezzi radiotelevisivi, come insegna da tempo anche la giurisprudenza costituzionale sul pluralismo "interno", richiede, infatti, azioni positive che garantiscano un effettivo pluralismo dei contenuti. L'assunto sembra essere condiviso anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che nella sent. 13 dicembre 2007, C-250/06, ha riconosciuto, in via di principio, la legittimità comunitaria degli obblighi di trasmissione di programmi di rilevante interesse pubblico (*must carry rules*), imposti dalla legislazione belga a emittenti via cavo.

La pronuncia del giudice comunitario ha consentito ai giudici amministrativi di pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento danni, riconoscendo al *Centro Europa 7* una somma di denaro sia a titolo di lucro cessante che di danno emergente.

La *deminutio* della situazione soggettiva, che ha ormai abbandonato, dogmaticamente, i confini sicuri del diritto soggettivo per le lande incerte dell'interesse pretensivo, si riverbera, tuttavia, sulla determinazione del danno, quantificato solo a partire dal trascorso termine di legittimità costituzionale del periodo transitorio, già stabilito, in via pretoria, dalla Corte costituzionale[228]. L'entità risarcitoria tiene in conto la condotta del ricorrente, che ha contribuito a realizzare l'evento dannoso: a parere dei giudici, infatti, l'emittente «non poteva ignorare […] i caratteri specifici della situazione di fatto nella quale maturò il bando, le condizioni cui fu sottoposta la concessione e le vicende successive che a vario titolo impedirono l'assegnazione delle frequenze»[229].

Come si evince dall'impianto decisorio del caso, l'apertura del discorso pubblico e il libero accesso al mercato radiotelevisivo risultano bilanciate con le circostanze di "diritto" che hanno ostacolato l'inveramento in senso pluralista del un sistema mediatico; proprio le difficoltà di accedere al foro radiotelevisivo divengono, allora, causa di condanna davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel frattempo adita dall'emittente radiotelevisiva[230].

---

[228] C. Cost. sent. n. 466/2002, *supra,* cap. III.

[229] Cfr. Cons. Stato, sent. n. 242/2009. Rispetto al danno quantificato dalla ricorrente di oltre due miliardi di euro, i giudici riconoscono un danno di poco superiore al milione di euro. L'evidente ridimensionamento trova fondamento con riguardo non solo al preteso atteggiamento colposo della ricorrente, ma anche in relazione all'errato criterio di calcolo del mancato profitto, che il Consiglio di Stato ha ritenuto basato su eventi improbabili e difficilmente pronosticabili. Per una critica alla quantificazione del danno cfr. G. MASTRANTONIO, *Tanto tuonò che piovve all'insù. Il sistema radiotelevisivo italiano e il caso Europa 7*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, pp. 570 e ss.

[230] ECtHR, *Centro Europa 7 s.r.l. and Di Stefano v. Italy* (2012), su cui v. M. CUNIBERTI, *Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione* cit. Nonostante siano quattro i profili oggetto dell'esame della Corte Edu (violazione della libertà di espressione, discriminazione nel godimento di diritti garantiti dalla Convenzione, violazione del giusto processo e del diritto di proprietà), la decisione si concentra sull'art. 10 Cedu, ritenendo le altre questioni assor-

A parere dei giudici di Strasburgo, infatti, il pluralismo è condizione della democrazia, da soddisfare attraverso la garanzia di un accesso effettivo al mercato qualora l'evoluzione tecnologica consenta la coesistenza di una pluralità di emittenti[231]. Come da tempo sottolineato da una serie di Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sullo Stato grava un onere di intervento ogni qual volta la disciplina sulla concorrenza e sull'accesso al settore radiotelevisivo non siano sufficienti a soddisfare le "diversità culturali" che giustificano la più ampia diffusione di idee e opinioni[232].

Nonostante l'ultima parte dell'art. 10.1 Cedu autorizzi un ampio margine di apprezzamento delle autorità statali nella concessione delle licenze radiotelevisive[233], consentendo valutazioni legate non solo ai particolari aspetti tecnici del mezzo, ma anche alla natura e agli obiettivi dell'emittente[234], l'interferenza della pubblica autorità sui diritti di trasmissione dei soggetti terzi deve comunque

bite o infondate (con riferimento all'art. 6.1, per assenza di *errores in iudicando* commessi dai giudici interni).

[231] ECtHR, *Informationsverein Lentia and others v. Austria* (1993), § 39, di condanna delle autorità austriache per il rifiuto, emesso sulla base della legge istitutiva del monopolio pubblico radiotelevisivo, di concedere una licenza radiotelevisiva ad un operatore privato.

[232] Cfr. Raccomandazione *CM/Rec(2007)2, I. Measures promoting structural pluralism of the media*, § 1.2. Nello stesso senso anche Raccomandazione *R(94)13*, per la promozione della trasparenza dei media; Raccomandazione *R(99)1*, sul pluralismo dei media; Raccomandazione *Rec(2003)9*, sulle misure volte a promuovere il contributo democratico e sociale della radiodiffusione digitale.

[233] Art. 10.1 Cedu: «[…] Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive».

[234] Così *Informationsverein Lentia*, cit., § 32. La concessione della licenza radiotelevisiva può essere subordinata, poi, alla verifica del particolare impatto delle trasmissioni (in relazione all'estensione dell'uditorio: nazionale, regionale, locale), del rispetto dei diritti e degli interessi di chi assiste alle trasmissioni, nonché degli obblighi di diritto internazionali gravanti sul singolo stato. In questo senso, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha specificato quanto già sostenuto in ECtHR, *Groppera radio AG and others vs. Switzerland* (1990), §§ 57 e ss., che ha enunciato la non contraddittorietà tra la "terza frase" dell'art. 10.1 Cedu e il riconoscimento della libertà di espressione, richiedendo un'interpretazione dell'art. 10 nel suo insieme, tenuto conto dell'oggetto e della sua specificità teleologica (§ 61).

rispettare i requisiti di legalità e proporzionalità previsti dall'art. 10.2 Cedu[235].

A parere della Corte Edu, la società democratica non si costruisce solo attraverso la garanzia di un obbligo di astensione rispetto a misure sanzionatorie, limitative delle possibilità di partecipazione individuale alla sfera pubblica, ma anche tramite un intervento positivo, a carico degli Stati, che garantisca una tendenziale apertura del mercato radiotelevisivo (e che assicuri, contestualmente, la pluralità di opinioni e contenuti espressivi anche all'interno dell'emittente radiotelevisiva[236]).

In particolare, il pluralismo esterno richiede un assetto istituzionale dei mezzi di comunicazione di massa che promuova il diritto degli *incomers* a entrare nel settore radiotelevisivo. Ad un assetto monopolistico o duopolistico del mercato corrisponde un pervasivo obbligo statale di garantire «un'appropriata cornice legislativa e amministrativa a tutela di un pluralismo effettivo»[237].

La verifica dell'interferenza sulla libertà di espressione dell'emittente televisiva prelude ad un controllo sulle modalità di gestione statale della sfera pubblica.

Con riferimento al caso Europa 7, la mancata adozione del piano nazionale delle frequenze, e il suo rinvio *sine die*, con contestuale autorizzazione legislativa alla trasmissione per i canali eccedenti il limite *anti-trust*, frustrano il diritto del privato alla certezza dei rapporti giuridici e, contestualmente, la positiva realizzazione di un sistema effettivamente concorrenziale. L'arbitrarietà dell'interferenza statale sulle prerogative soggettive si desume dall'imprevedibilità della disciplina normativa, che non soddisfa la condizione procedurale richiesta dal *test* triadico che

---

[235] *Informationsverein Lentia*, cit. ult., § 34.

[236] Esigenza, quest'ultima, avvertita soprattutto nell'ambito del servizio pubblico radiotelevisivo: cfr., ad esempio, ECtHR, *Manole and others vs. Moldova* (2009), che ha condannato le autorità moldave per l'ingerenza sulla linea editoriale della televisione di stato attraverso, *inter alia*, misure disciplinari nei confronti di giornalisti sgraditi al partito di governo. Secondo i giudici di Strasburgo, (§ 101), il servizio pubblico radiotelevisivo deve offrire «a forum for public discussion in which as broad a spectrum as possible of views and opinions can be expressed».

[237] *Centro Europa 7 s.r.l. and Di Stefano v. Italy,* cit., § 134.

caratterizza lo scrutinio convenzionale sulla libertà di espressione. In base a una concezione sostanziale di legalità, infatti, non può dirsi «prevista dalla legge» la limitazione delineata in termini così vaghi da delimitare con sufficiente chiarezza lo «scopo» e la «durata» del regime transitorio[238]. I giudici di Straburgo applicano al caso principi già affermati in quell'orientamento giurisprudenziale che tanto ha insistito sulla necessaria trasparenza decisionale del procedimento concessorio: secondo una giurisprudenza consolidata, proprio in quest'ambito il requisito di "legalità" della misura statale deve essere interpretato in senso particolarmente stringente, così da consentire al soggetto privato la «ragionevole» previsione delle conseguenze normative discendenti dai propri atti[239].

Accertata la violazione, la Corte contribuisce a riquantificare il danno subito dalla ricorrente, in un ammontare comunque inferiore alla somma richiesta[240]. Il risarcimento danno patrimoniale deciso dal Consiglio di Stato con riferimento esclusivo al periodo intercorrente tra il 2004 e il 2009[241] non è stato ritenuto sufficiente e si è riconosciuto anche il diritto al danno morale, per il prolungato

[238] *Centro Europa 7,* cit. ult., § 152. Peraltro, già nel 2004, con la Risoluzione n. 1387, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa stigmatizzava la permanente transitorietà del duopolio RAI-Mediaset in violazione dei limiti antitrust, a danno di potenziali *incomers*. In particolare, anticipando il parere n. 309/2004 della Commissione di Venezia, cit. *supra* (nt. 231), l'Assemblea auspicava che il Parlamento italiano non solo ridefinisse le soglie antitrust con riferimento alla posizione occupata dagli operatori nello specifico "mercato rilevante", ma adottasse anche misure immediate per la rottura del duopolio televisivo.

[239] Così, è sintomo di un procedimento arbitrario il rifiuto concessorio sprovvisto di motivazione (ECtHR, *Glas Nadejda EOOD et Elenkov c. Bulgarie* [2007], *Meltex LTD and Mesrop Movsesyan vs. Armenia* [2009]). Sul punto cfr. A. Oetheimer, *art. 10*, cit., p. 402.

[240] Quanto al danno emergente, infatti, risulta impossibile, a parere dei giudici di Strasburgo, selezionare, tra gli investimenti realizzati, le somme realmente impiegate per l'entrata nel settore radiotelevisivo; in relazione al mancato guadagno, invece, non sarebbe possibile apprezzare con sufficiente precisione tutti i fattori da cui sarebbe dipeso il successo dell'attività. Così *Centro Europa 7,* cit., §§ 218, 219.

[241] Alla fine del 2008, il Ministero ha adottato il nuovo piano nazionale delle frequenze, che ha individuato, a favore della ricorrente, alcune frequenze da ottenersi attraverso la ricanalizzazione (e dunque l'allargamento) della banda, capaci tuttavia di coprire solo il 50% del territorio nazionale.

stato di incertezza cui sono andati incontro i suoi affari e per aver patito un sentimento di «impotenza e frustrazione»[242].

La monetizzazione, a fini risarcitori, del mancato ingresso nel mercato delle voci televisive, non riesce fino in fondo ad arginare le esternalità negative che ricadono sul discorso pubblico a seguito dell'esclusione di un soggetto pure in possesso dei requisiti tecnici necessari per entrare legittimamente nel foro radiotelevisivo[243]. Al contrario di quanto avviene in relazione all'attività informativa *nel* mezzo radiotelevisivo, la libertà di trasmissione viene, almeno in parte, lasciata all'attività conformativa della legge e dell'amministrazione, ammettendo un'ampia discrezionalità nella gestione del discorso pubblico.

### *4.3. Il nuovo foro della stampa on-line. Regole definitorie e sfere di liceità*

Si è visto come, nel conflitto tra individuo e comunità, tra libertà di manifestazione del pensiero e altri interessi individuali, le puntuali regole definitorie enunciate dai giudici abbiano sviluppato le potenzialità espansive del discorso pubblico, neutralizzando, almeno in parte, le pretese comunitarie che mirano a sterilizzare la natura conflittuale del principio di discorso.

Particolari regole definitorie si rendono necessarie anche con riferimento alla disciplina di quei nuovi mezzi di comunicazione che, lungi dall'istituire autonome situazioni soggettive di rilievo co-

[242] *Centro Europa 7*, cit., § 221.

[243] Peraltro, la sent. n. 2264/2008 del Cons. Stato, con cui è stata definitivamente annullata la nota ministeriale (dilatoria), ha richiesto all'amministrazione di adottare tutte le misure necessarie a dare applicazione alla sentenza della Corte di Giustizia e, quindi, ad attivarsi per consentire l'inizio delle trasmissioni. A fronte dell'ulteriore inerzia del Ministero, Europa 7 ha adito nuovamente i giudici amministrativi, per richiedere l'esecuzione del giudicato in sede di ottemperanza. Nonostante il Ministero avesse individuato, a favore della ricorrente, alcune frequenze da ottenersi attraverso la ricanalizzazione (e dunque l'allargamento) della banda di trasmissione, l'ulteriore procrastinarsi della data ultima per l'inizio delle trasmissioni, nonché la scarsa potenza del segnale (capace, come detto, di coprire solo il 50% del territorio nazionale) non hanno consentito l'ingresso del ricorrente nel foro televisivo. Sul punto v. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 243/2009, che ha comunque rigettato la domanda di ottemperanza del giudicato della sent. n. 2624/2008 per l'intervenuta assegnazione delle frequenze.

stituzionale[244], possono amplificare la diffusione del pensiero e con, essa, la partecipazione individuale al discorso pubblico. In questo contesto si colloca la giurisprudenza ordinaria sulle forme di comunicazione in rete e, in particolare, sulla problematica assimilazione del mezzo telematico al tradizionale concetto di stampa, che costituisce, all'uno, oggetto di uno specifico diritto di libertà e mezzo (di conseguenza, privilegiato) di diffusione del pensiero.

Questa giurisprudenza conferma come il bilanciamento definitorio non operi solo attraverso la creazione di categorie giuridiche soggettive qualificate: l'implementazione del discorso pubblico, infatti, può trovare beneficio anche da precise regole di esclusione che impediscano l'assimilazione delle nuove forme di diffusione del pensiero *on-line* alla normativa, spesso di rango ordinario, prevista per la stampa (con riferimento, in particolare, agli obblighi di registrazione e di indicazione del direttore responsabile, del dovere di controllo gravante su quest'ultimo).

Il superamento del vaglio di legittimità costituzionale di tale disciplina (in alcune sue parti[245]) ha avallato l'idea di una sua sostanziale coerenza con l'art. 21 Cost. e, in particolare, con la necessità di prevenire e reprimere abusi commessi tramite stampa: gli aggravi procedurali e il relativo apparato sanzionatorio discendono, infatti, dal principio di responsabilità «che, in una democrazia autentica, altro non è che il risvolto e la conferma stessa dell'esistenza della corrispondente libertà»[246].

L'evoluzione tecnologica e l'avvento di Internet, ampliando le possibilità di diffusione di opinioni e informazioni, hanno instillato il dubbio che gli oneri e le sanzioni a suo tempo pensate per la stampa non siano tanto il riflesso di un esercizio responsabile del corrispondente diritto di libertà, quanto, nell'odierna società dell'informazione, un rinnovato paradigma della dialettica tra individuo e autorità nell'ambito di un rinnovato spazio di partecipazione individuale[247].

---

[244] Cfr. *supra,* cap. II.

[245] Sulla giurisprudenza costituzionale relativa a tali aspetti cfr. *supra,* cap. III.

[246] Così P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali,* in *Giur. cost.,* 2010, p. 5241.

[247] Secondo l'assunto, già fatto proprio dalla Corte Suprema deli Stati Uniti in *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties*

Forse anche per queste ragioni il legislatore non è intervenuto sulla questione, evitando un'esplicita assimilazione normativa della stampa *on-line* alla stampa tradizionale.

Nell'ambito di una sostanziale anomia legislativa[248], la Corte di Cassazione, nel riformare alcune pronunce provenienti dalle corti di merito, ha evidenziato le proprietà rilevanti dei nuovi *media* e ha definito, altresì, le particolari regole di trattamento delle notizie e dei commenti diffusi in via telematica.

La giurisprudenza di merito ha, in un primo momento, sulla scia di un *obiter dictum* del Tribunale di Aosta[249], ritenuto applicabile l'obbligo di registrazione, e il conseguente reato di stampa clandestina, a quei *blog* che operassero *de facto* come un giornale *on-line*[250].

---

*Union et al*. 521 US 844 (1997), che ha dichiarato illegittimo il divieto, penalmente sanzionato, di trasmissione *on-line* di messaggi osceni o indecenti. In tale decisione, la Corte ha sottolineato la peculiarità del *cyberspace,* nuovo mezzo di comunicazione irriducibile ai vecchi strumenti (radiotelevisivi, in particolare) di diffusione del pensiero: le caratteristiche della rete, infatti, «constitute a unique medium – known to its users as "cyberspace" – located in no particular geographical location but available to anyone, anywhere in the world, with access to the Internet» (*Reno*, cit. ult., p. 851).

[248] In un primo momento, il legislatore è intervenuto con la l. n. 62/2001, che ha introdotto, all'art. 1.1, la nozione di prodotto editoriale, coincidente con qualsiasi «prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico […]». L'art. 1.3 ha poi esteso anche a quest'ultimo le disposizioni della legge sulla stampa, con particolare riguardo alle indicazioni obbligatorie richieste dall'art. 2 l. n. 47/1948 e agli obblighi di registrazione *ex* art. 5 l. n. 47/1948. L'art. 7.3 del d.lgs. n. 70/2003 ha specificato che la registrazione è obbligatoria solo per le attività per le quali i prestatori del servizio che intendano avvalersi delle provvidenze *ex* l. n. 62/2000. Sull'evoluzione normativa cfr. anche P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali,* cit., pp. 5239 e ss, ID., *La stampa telematica nell'ordinamento italiano*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011, M. CUNIBERTI, *Disciplina della stampa e dell'attività giornalistica e informazione in rete,* in *Nuove tecnologie e libertà delle comunicazioni,* cit., pp. 207 e ss., A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet,* cit. pp. 163 e ss.

[249] Trib. Aosta, sent. 1° giugno 2006, in *Giur. merito,* 2007, p. 1066, che, nel corso di un procedimento per diffamazione, incidentalmente affermava che «colui che gestisce il blog altro non è che il direttore responsabile dello stesso, pur se non viene formalmente utilizzata tale forma semantica per indicare la figura del gestore e proprietario di un sito Internet, su cui altri soggetti possano inserire interventi».

[250] Cfr. Trib. Modica, sent. 8 maggio 2008, in *Dir. inf. inform.,* 2008, pp. 815 e ss.

Gli assunti di fondo di quest'orientamento, che ha ritenuto inapplicabile il divieto di analogia in *malam partem,* sono stati confermati nel giudizio di merito sull'accertamento della responsabilità colposa per omesso controllo del direttore responsabile ai sensi dell'art. 57 c.p.: anche i periodici *on-line* sarebbero a pieno titolo «prodotti editoriali», con contestuale obbligo di indicazione dei relativi editori e direttori editoriali nel singolo sito *web*[251].

La strategia di inclusione della stampa on-line alla stampa tradizionale si è però arrestata di fronte al rifiuto "assimilazionista", opposto dai giudici di legittimità, che hanno ritenuto inconferente il richiamo del "prodotto editoriale", rilevante solo ai fini della facoltà di usufruire delle provvidenze pubbliche. Secondo la Suprema Corte, i mezzi di diffusione *on-line* mancano dei requisiti che l'art. 1 l. n. 47/1948 richiede per soddisfare il concetto giuridicamente rilevante di "stampa". Tale disposizione richiede, infatti, «due condizioni che certamente il nuovo *medium* non realizza: a) che vi sia una riproduzione tipografica (*prius*), b) che il prodotto di tale attività (quella tipografica) sia destinato alla pubblicazione e quindi debba essere effettivamente distribuito tra il pubblico (*posterius*)». La telematica presenta un carattere eterogeno rispetto agli altri *media,* in quanto «differenti sono le modalità tecniche di trasmissione del messaggio a seconda del mezzo utilizzato: consegna materiale dello stampato e sua lettura da parte del destinatario, in un caso (stampa), irradiazione nell'etere e percezione da parte di chi si sintonizza, nell'altro (radio e TV), infine, trasmissione telematica tramite un ISP (internet server provider), con utilizzo di rete telefonica nel caso di internet»[252].

---

[251] Cfr. Trib. Firenze, sent. 13 febbraio 2009, con nota di C. MELZI D'ERIL, G. E. VIGEVANI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet,* in *Dir. inf. inform.,* 2010, pp. 91 e ss.

[252] Cass. pen., sez. V, sent. n. 35511/2010, su cui C. MELZI D'ERIL, Roma locuta: *la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica* on line, in *Dir. inf. inform.,* 2010, pp. 899 e ss. In coerenza con tale orientamento cfr. C. Cost., ord. n. 337/2011, con nota critica di A. PACE, *La Consulta dimentica la precettività delle norme costituzionali,* in *Giur. cost.,* 2011, pp. 4617 e ss., che ha escluso la possibilità di estendere in via pretoria la responsabilità civile prevista per l'editore del quotidiano stampato, ex art. 11 della legge n. 47/1948, all'editore del quotidiano on-line.

L'astrazione delle proprietà rilevanti della stampa *on-line* ha consentito, così, la formulazione di una regola di esclusione favorita dal vigente divieto di analogia in *malam partem*. A sua volta, l'impossibilità di assimilare la posizione del responsabile di *blog, forum*, quotidiani *on-line* al direttore del quotidiano *ex* art. 57 c.p., impedisce di configurare il reato di stampa clandestina: «l'estensione dell'obbligo di registrazione per il giornale on line […] anche in riferimento alla norma di cui alla l. n. 47 del 1948, art. 5, con conseguente applicabilità (in caso di omessa registrazione) della sanzione penale di cui all'art. 16 citata legge sulla stampa, costituisce interpretazione analogica in *malam partem* non consentita ai sensi dell'art. 25 Cost., comma 2 e art. 14 disp. gen.»[253].

Il particolare contributo della rete alla apertura del discorso pubblico non si traduce in un'automatica inclusione dei nuovi media nelle disposizioni sulla libertà di stampa. I giudici hanno, infatti, escluso che i commenti apparsi in calce ad una pagina *web* di un forum *on-line* costituissero "stampa" sequestrabile solo al ricorrere dei presupposti (particolarmente garantisti) previsti dalla disposizione costituzionale. Il *forum on-line* è «una semplice area di discussione, dove qualsiasi utente o gli utenti registrati sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile a tutti gli altri soggetti autorizzati ad accedere al forum»; in quanto tale, esso richiede un approccio flessibile che presuppone un inquadramento giuridico dei nuovi mezzi alla luce delle «caratteristiche specifiche di ognuno di essi»[254].

Dietro alla formulazione delle regola di esclusione dei nuovi media rispetto alle garanzie costituzionali o alle restrizioni legisla-

[253] Cass. pen., sez. III, sent. n. 23230/2012, che ha definitivamente chiarito come la normativa di cui alla l. 7 marzo 2001, n. 62 (inerente alla disciplina sull'editoria e sui prodotti editoriale), ribadita dall'art. 7.3 del d.lgs. n. 70/2003, abbia introdotto la registrazione obbligatoria dei giornali *on-line* al solo fine di usufruire delle provvidenze economiche previste per l'editoria. Peraltro, l'art. 3 bis della legge n. 103/2012, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 63/2012, ha ora espressamente stabilito l'esonero dall'obbligo di registrazione per tutti i *blog* e i giornali *on-line* che non intendano accedere a finanziamenti pubblici a condizione che il ricavo derivante dall'attività della testata non superi i 100.000 euro annuali, di fatto restringendo la sfera di liceità avallata dalla Corte di Cassazione.

[254] Cass. pen., sez. III, sent. n. 10535/2008.

tive previste per la stampa, si cela, chiaramente, una precomprensione valutativa: il richiamo dell'art. 14 prel. c.c. sottende un orientamento che tradisce un generale *favor libertatis* che non solo genera un ampliamento della sfera personale di liceità ma individua, contestualmente, un foro libero da regolazioni eteronome.

I giudici non hanno creato una nuova "libertà di comunicazione", autonoma pretesa di rilievo costituzionale dagli incerti confini, né hanno esteso, *sic et simpliciter*, il contenuto previsto dagli artt. 21.2 e 21.3 per la libertà di stampa. Essi hanno definito, invece, i confini di un nuovo foro, costituzionalmente rilevante e libero da restrizioni penalistiche, che rafforza le interazioni comunicative del discorso pubblico [255].

## 5. *Semi-neutralità del discorso pubblico e tentativi giudiziari di riequilibrio in senso egualitario*

L'indagine casistica consente di trarre alcune conclusioni di più ampio respiro sul *modus argomentandi* delle Corti e, più in generale, sul ruolo svolto dai giudici nella intelaiatura del discorso pubblico.

Si è visto come l'applicazione del divieto di propaganda razzista escluda, dal processo ermeneutico di *adjudication* della libertà, la ponderazione delle circostanze concrete. A parere dei giudici, infatti, la diffusione di idee discriminatorie si pone in contrasto con i valori di eguale considerazione e rispetto, entrambi riferibili al quadro assiologico della Costituzione repubblicana. Non è un caso,

[255] Non mancano, poi decisioni che tradiscono una sorta di *favor* per il discorso pubblico: cfr. Trib. Padova, ord. 1° ottobre 2009, che ha ritenuto applicabile alla stampa *on-line* le garanzie di cui all'art. 21.3, revocando il sequestro di alcuni filmati relativi ad un'indagine di frode sportiva caricati su siti di una importante testata nazionale: «quando la pubblicazione di informazioni sia strutturalmente ed ontologicamente assimilabile a quella realizzata mediante l'uso della carta o di mezzi meccanici fisico-chimici, […] si deve escludere che essa non possa beneficiare della tutela prevista per la libertà di stampa per il solo fatto di avvenire con tecnologie diverse da quelle in precedenza conosciute e codificate […]». Secondo tale provvedimento, infatti, «le testate telematiche assolvono la stessa funzione sociale di quelle cartacee, funzione in ragione della quale il costituente ha assicurato alla stampa particolare tutela e particolari garanzie».

in questa prospettiva, che la supervalutazione della dignità umana, quale vera e propria *trumpcard* capace di prevalere (sempre e comunque) sulla libertà costituzionale, sia veicolata, dal punto di vista argomentativo, attraverso l'interpretazione conforme a Costituzione della fattispecie penale.

Poiché i valori costituzionali assurgono, a prescindere dall'esito del bilanciamento, a premessa maggiore del ragionamento normativo, trova conferma la tesi che vede nel bilanciamento degli interessi una forma di applicazione diretta della Costituzione. Secondo questa impostazione il bilanciamento, l'interpretazione conforme, l'efficacia orizzontale e la metafora del contenuto essenziale dei diritti non sarebbero altro che luoghi argomentativi dell'applicazione diretta della Costituzione[256].

L'applicazione diretta demistifica l'idea di una distinzione rigida tra bilanciamento e sussunzione. L'enunciazione, per via argomentativa, della regola di prevalenza tra istanze contrapposte ben può concludersi in una decisione che formalmente sussume il caso della vita alla fattispecie legislativa, come nel caso dell'applicazione del divieto di propaganda razzista, coperta, però, dalla "narrazione giudiziale" della dignità umana quale super-valore di rango costituzionale.

La tendenza dimostra come l'applicazione diretta della Costituzione non sia di per sé garanzia di tutela del discorso pubblico. L'insistenza argomentativa dei giudici sulla dignità implica l'esclusione di un'intera categoria di opinioni anche quando queste non assumano la consistenza dell'insulto fondato su motivazioni di natura razziale. Escludere la diffusione di alcune idee per finalità promozionali di natura egualitaria, oltre a sovrapporre la sanzione penale a strumenti positivi di inclusione sociale, propone una parziale chiusura del sistema rispetto a *dicere* contrari all'ispirazione etica dello Stato costituzionale di diritto; il tentativo di sterilizzare

[256] Questa è anche la conclusione di R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione,* cit., pp. 219 e ss., (ma spec. p. 221). Nel senso di una distinzione rigida tra bilanciamento e interpretazione adeguatrice cfr. O. CHESSA, Drittwirkung *e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico,* in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua 'diffusione'*, Torino, 2002, pp. 420 ss., 425.

le nuove tensioni emergenti dal corpo sociale attraverso nuovi reati di opinione riduce lo spazio per una comune identificazione politica nel discorso pubblico, ponendo le basi per la costruzione di un'arena discorsiva ben lontana da quel paradigma di neutralità che dovrebbe caratterizzarne la struttura.

Sebbene gli orientamenti della giurisprudenza italiana appaiano – almeno per certi versi – in linea con la tendenza europea a rimuovere dalla cornice costituzionale le opinioni che tradiscono orientamenti ideologici contrastanti con i valori fondativi delle liberaldemocrazie[257], non può non rilevarsi come la sanzione penale comminata in ragione del contenuto espressivo sia considerata, altrove, un irrigidimento autoritario che tradisce le premesse pluraliste dell'ordinamento liberaldemocratico. In particolare, la diffidenza verso la repressione penalistica delle opinioni può essere riscontrata non solo in quei sistemi da sempre orientati verso una tolleranza "militante", che concepiscono la libertà di espressione come qualcosa di molto vicino ad un "assoluto" costituzionale[258], ma anche in

[257] Una tendenza che si manifesta a più livelli, a partire dalle singole scelte repressive degli stati europei (cfr. *supra,* cap. II, § IV), sino alla decisione quadro dell'Unione Europea 2008/913GAI (su cui *supra,* cap. II, § 4, nonché in questo capitolo, § 2.3) e agli orientamenti, nell'ambito del giudizio di convenzionalità, della Corte europea dei diritti dell'uomo (*supra,* § 2.1).

[258] Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America: nonostante una risalente decisione – mai formalmente *overruled* – abbia escluso l'incostituzionalità di una legge statale che sanzionava la «diffamazione di gruppo» (*group libel*) perché volta a tutelare l'«eguale diritto» all'esercizio delle libertà costituzionali (*Beauharnais v. People of the State of Illinois,* 343 US 250, 261[1952]), la Corte adotta da tempo un'impostazione marcatamente *libertarian*, volta a ricomprendere nell'ambito del Primo Emendamento persino il discorso simbolico a sfondo razzista (cfr. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 [1992], con riferimento all'esposizione di una croce fiammeggiante nel cortile di una famiglia di colore ma v. anche *National Socialist Party of America v. Skokie,* 432 US 43 [1977], che ha accolto l'istanza di sospensione, avanzata, dal Partito nazionalsocialista americano, nei confronti di un'*injuction* di divieto, emessa da una Corte statale, di un corteo nazista per le strade di una città nota per la forte presenza di sopravvissuti ai campi di sterminio). Tale orientamento è stato in parte attenuato in *Virginia v. Black*, 538 US 343 [2003], che ha salvato il divieto contenuto in una legge della Virginia che proibiva di bruciare croci nelle proprietà altrui con lo specifico intento di intimidire. A parere della Corte, infatti, è la volontà intimidatoria che pone l'atto espressivo al di fuori del *political speech*, nucleo duro del Primo Emendamento). La diffidenza statunitense verso le selezioni contenutistiche di opinioni nell'arena discorsiva (anche con strumenti diversi dalla

quegli ordinamenti comunque più attenti all'integrazione "comunitaria" e al reciproco rispetto delle comunità culturalmente orientate[259].

Se è probabile che sia stato un intento protezionistico (e autoritario, almeno in senso lato), a indurre il legislatore a incriminare la propaganda razzista, le argomentazioni dei giudici arricchiscono la *ratio* repressiva della fattispecie. Dietro all'insistenza argomentativa sulla dignità umana sembra essere avvertita la necessità di prevenire l'effetto di *silencing* sulle minoranze discriminate che, scoraggiate dall'efficacia intimidatrice delle opinioni razziste, non sarebbero più in grado di partecipare al discorso pubblico alle stesse condizioni dei gruppi sociali egemoni. I giudici attribuiscono al discorso pubblico, almeno indirettamente, una coloratura egualitaria, nel senso di consentire una sua limitazione contenutistica ogni qual volta il reato di opinione persegua una funzione di riequilibrio sociale.

---

sanzione penale) è stata recentemente confermata in *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct., 1207 (2011), ove la Corte Suprema ha ritenuto insussistente la pretesa di risarcimento dei danni causati ai familiari, in occasione del funerale di un proprio congiunto caduto in guerra, dalla manifestazione di una setta religiosa che considera questo genere di eventi luttuosi alla stregua di una punizione di Dio per i "peccati omosessuali" consumati all'interno delle forze armate: secondo il *Chief Justice* Roberts, redattore della *majority opinion,* non possono considerarsi «oltraggiose» opinioni che attengono, comunque, a temi di pubblico interesse.

[259] Si pensi all'ordinamento canadese: in *R. v. Keegstra* (1990) 3 S.C.R. 697, la Corte suprema, sulla scorta dell'art. 1 del *Canadian Charter of Rights and Freedoms* che consente l'apposizione di limiti alle libertà fondamentali purché ragionevoli e previste dalla legge, ha ritenuto non sproporzionata l'incriminazione del codice penale che punisce l'*hate* propaganda (art. 319 *Criminal Code*) come applicata a un insegnante di una scuola superiore che negava l'Olocausto e imponeva ai propri discenti di riportare tali teorie nei relative prove di apprendimento. Eppure, il *dictum* del caso *Keegstra* sembra essere stato condizionato dalle particolari circostanze del caso concreto e dalle funzioni rivestite dal protagonista della vicenda, insegnante di un istituto scolastico pubblico. Non è un caso, infatti, che in *R. v. Zundel,* (1992) 2 S.C.R., la Corte Suprema abbia dichiarato illegittima la fattispecie del codice penale che vietava la diffusione di notizie false idonee a causare un danno o a mettere in pericolo un pubblico interesse, come applicato all'autore di una pubblicazione negazionista. A parere della Corte, infatti, «[t]he criterion of falsity falls short of this certainty, given that false statements can sometimes have value and given the difficulty of conclusively determining total falsity». Sulla falsariga di tale pronuncia si colloca anche *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott,* 2013 SCC 11, che ha circoscritto la portata di una norma locale sanzionante la diffusione di idee basate sull'odio, o che mirassero, comunque a mettere in ridicolo, o a ledere la dignità di persone in ragione della appartenenza a specifici gruppi sociali.

La selezione penalistica di alcune espressioni in ragione del contenuto non comporta, certo, una chiusura assoluta dell'universo di discorso: si è visto come il diritto di cronaca, il diritto di critica o, ancora il diritto di satira, conferiscano al discorso pubblico una certa forza attrattiva. L'enunciazione giudiziale di categorie espressive che godono di una presunzione di prevalenza rispetto a istanze contrarie, di natura individuale e comunitaria, definiscono concetti etico-normativi «spessi», dalla valenza duplice, prescrittiva e descrittiva insieme, «[…] più o meno determinata, più o meno vaga […]. Termini o espressioni cioè, che pur essendo innegabilmente di carattere valutativo, o prescrittivo, hanno un contenuto descrittivo fisso (termini normativi o valutativi le cui condizioni di applicazioni, fissate dall'uso linguistico, sono di carattere fattuale, e dunque indipendenti dagli atteggiamenti valutativi di chi ne fa uso)»[260]. Le condizioni di applicabilità del diritto di cronaca (verità, continenza, interesse sociale) e le sue multiformi declinazioni non sono altro che «regole generali di coordinamento […] in grado di contenere l'incidenza di dei fattori extranormativi di tipo ideologico culturale che orientano il giudice»[261], che garantiscono, di per sé, decisioni giudiziali necessariamente orientate ai principi del discorso pubblico.

Come si è visto, il conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e interessi contrari, risolto attraverso il prisma dell'interesse pubblico alla diffusione del pensiero, genera copertura costituzionale al giornalismo di inchiesta che riporti particolari non veritieri, alla critica che, al di fuori della dialettica politica, sarebbe pacificamente assimilata a un insulto o, ancora, alla satira sferzante rivolta al personaggio non necessariamente pubblico.

In tutte queste ultime ipotesi, in particolare, l'interesse alla partecipazione individuale alla formazione del discorso pubblico ha la meglio sulla sterilizzazione del principio discorsivo che deriverebbe dalla prevalenza di beni di natura comunitaria, come il diritto all'onore o alla riservatezza.

Nonostante ciò, la precomprensione egualitaria del discoro pubblico scorre sottotraccia tutte le volte in cui i giudici ribaltano

[260] Così B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti*, cit., pp. 110-111.

[261] A. TESAURO, *La diffamazione,* cit., p. 74.

la presunzione di prevalenza del diritto di libera manifestazione del pensiero nei casi in cui il destinatario della critica non possa replicare in ragione della carica o delle funzioni svolte, quando cioè, come nell'ipotesi dell'*hate speech* e della tutela gruppi minoritari, sia percepito come soggetto debole del rapporto comunicativo.

In ogni caso, le regole di prevalenza condizionata cui rimandano le diverse situazioni soggettive (ad esclusione – forse – del diritto di cronaca, che assume una funzione fondamentale nella formazione dell'opinione pubblica) attengono, pur sempre, ad una dimensione partecipativa di tipo atomistico, che si arresta al momento strettamente individualistico della manifestazione del pensiero.

Il beneficio che deriva, in termini di apertura e consistenza del discorso pubblico, dalla tutela di queste situazioni soggettive non può che essere bilanciato dalla ampia discrezionalità di cui il pubblico potere ha goduto nella disciplina del mercato radiotelevisivo. Il caso Europa 7 è un sintomo evidente, in effetti, di un cortocircuito istituzionale, dettato da interessi contingenti, che ha definitivamente compresso l'aspirazione soggettiva dell'emittente ad essere annoverata tra le voci che animano il pluralismo radiotelevisivo. L'esclusione di un potenziale *incomer* dal settore televisivo, dovuta alla autorizzazione legislativa a trasmettere *sine die*, anche oltre i limiti *anti-trust*, a favore degli operatori già presenti sul mercato, ha causato un *vulnus* al discorso pubblico e alla parità di accesso al mercato radiotelevisivo. Il risarcimento dei danni morali e patrimoniali ha contributo a reintegrare gli interessi lesi dell'emittente ma non ha ripristinato l'assetto pluralista e la qualità del sistema democratico nel suo complesso. Quest'ultimo, infatti, non si basa esclusivamente su regole procedurali, su «day to day operations», ma sul rispetto e sull'implementazione istituzionale di principi di natura sostanziale[262].

[262] Cfr., sul punto, la Risoluzione n. 1387 (2004), § 2, dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sul "monopolio dei media elettronici e sul possibile abuso di potere in Italia": «[t]he Parliamentary Assembly cannot accept that this anomaly be minimised on the grounds that it only poses a potential problem. A democracy is judged not only by its day-to-day operations but by the principles the country upholds with regard to its own citizens and internationally».

Di converso, il processo di impoverimento del discorso pubblico, diretta conseguenza di un'attuazione solo parziale del pluralismo esterno, sembra arrestarsi quando ad essere assicurate sono la completezza e l'imparzialità informativa nel *medium* radiotelevisivo: gli stretti obblighi di conformazione modale imposti alle imprese radiotelevisive private anche fuori dal periodo strettamente elettorale confermano, infatti, una tendenza a riequilibrare le deficienze del mercato radiotelevisivo attraverso una forte implementazione del pluralismo interno. Anche in queste ipotesi, dunque, i giudici assecondano una tendenza riequilibratice delle posizioni di forza ricoperte all'interno del discorso pubblico: sebbene l'avallo della selezione penalistica delle opinioni espressive tradisca un riequilibrio che compromette non solo la neutralità ma anche l'apertura dell'arena pubblica, impedendo la partecipazione al discorso pubblico dei soggetti che (ad esempio) non accettano le premesse materiali dello Stato costituzionale di diritto, l'*enforcement* dei limiti modali al potere privato di gestione dell'impresa radiotelevisiva rafforza il pluralismo delle voci e, con esso, l'apertura dell'universo di discorso.

Vi è anche da dire che l'ostruzione dei canali di accesso al discorso pubblico viene, in parte, superata attraverso uno scrutinio stretto sulle discipline che regolano l'accesso ai tradizionali fori pubblici, scrutinio strutturato secondo un procedimento inferenziale di riconduzione dell'atto amministrativo alle disposizioni costituzionali coinvolte (in questi casi, l'art. 17 Cost.).

L'elaborazione di una generale regola di inapplicabilità della (spesso restrittiva) disciplina sulla stampa alle nuove forme di espressione tramite *web* rafforza l'idea, comunque ancora in divenire in assenza di una compiuta regolazione legislativa, della creazione di un nuovo foro virtuale libero da restrizioni autoritarie, che amplifica le possibilità di partecipazione alla formazione del discorso pubblico. In queste ipotesi, infatti, i giudici non solo danno sostanza alla struttura interna ma sembrano anche allargare i confini del discorso pubblico, sino a rimpiazzare provvisoriamente, nell'opera di delimitazione, lo stesso legislatore.

# OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La teoria del discorso pubblico presuppone, come si è tentato di dimostrare, un concetto di libertà costituzionale che non si fermi alla riduttiva delimitazione dogmatica della situazione soggettiva né all'inafferrabile empireo dei valori costituzionali. Le due concezioni comportano conseguenze irriducibili ma egualmente inaccettabili dal punto di vista teorico.

La concezione dei diritti di libertà come mere situazioni soggettive è il risultato della dissociazione tra il valore oggetto di tutela (la *libertà*, concepita in senso liberale e negativo come assenza di interferenze) e i relativi strumenti di tutela giuridica (*i diritti di libertà*).

Tale impostazione tradisce un errore epistemico, che porta ad analizzare gli istituti dello Stato costituzionale secondo la griglia concettuale dello Stato di diritto, quasi che la disciplina dei diritti in una Costituzione rigida fosse assimilabile alle libertà riconosciute nelle carte flessibili ottriate. Queste ultime, secondo un paradosso ormai noto in dottrina, vincolavano *sub specie aeternitatis* la Corona nell'accordo con le Camere ma lasciavano ampi spazi di discrezionalità conformativa al Parlamento, che, depositario della volontà della classe egemone, nelle evoluzioni e involuzioni dello Stato di diritto, acquista, progressivamente, una sovranità *costituente*, motore di cambiamento della stessa forma di stato. In questo contesto, i diritti di libertà non sono che il riflesso della legalità borghese, argine contro l'azione dell'esecutivo. Nello stato pluralista fondato su una Costituzione rigida, che realizza una delocalizzazione istituzionale della sovranità, i diritti di libertà non sono solo

situazioni difensive né rappresentano meri limiti costituzionali alla legalità ordinaria, aggiornamento dello schema legalistico dello Stato di diritto.

Ognuno di essi richiama, invece, un postulato di valore che svolge una fondamentale funzione di integrazione della multiforme comunità politica di base. I diritti di libertà non hanno solo il compito di offrire una solida paratia garantista contro gli abusi (anche legislativi) del pubblico potere, ma sono strumenti di promozione dell'autonomia della persona, offrendo le coordinate per l'identificazione dell'individuo nell'organizzazione istituzionale.

Questi processi di identificazione realizzati *attraverso* l'esercizio (e l'attuazione istituzionale) delle libertà costituzionali contribuiscono a fornire legittimazione sostanziale ad un sistema retto soprattutto da relazioni di natura procedurale[1]. Essi contribuiscono a dissolvere il paradosso contro-maggioritario (e antidemocratico) insito nello stato liberal-democratico, che rafforza (attraverso, ad esempio, il sindacato di legittimità costituzionale) le garanzie tipiche dello Stato di diritto.

Va, quindi, in parte ripensata la premessa metodologica, tuttora accettata da parte della dottrina italiana, che rifiuta qualsiasi ipotesi di funzionalizzazione dei diritti di libertà perché contrastante, in radice, con il principio di libertà individuale.

Sul punto è necessario intendersi: se per funzionalizzazione si intende una nozione forte e sostanzialistica, quale subordinazione dell'individuo ai valori imposti dall'ordinamento, è evidente il rischio di trasformare il diritto di libertà in una pubblica funzione, preludio di una torsione del sistema in senso totalitario.

Qualora, però, della funzionalizzazione si accolga un significato debole e metodologico, volto a sottolineare la funzione integrativa delle libertà nel sistema costituzionale, la descrizione della funzione delle libertà consente di evidenziare il nesso tra le aspettative soggettive di riconoscimento della persona e l'azione delle istituzioni legittimate dalla Costituzione. In fondo, quest'osservazione è tratta dal particolare concetto di libertà che l'ordinamento costituzionale sembra presupporre: il principio personalista, posto

[1] Cfr. *supra*, cap. II, § 7.1.

dall'art. 2 Cost., richiede che i diritti di libertà siano apprezzati a partire dalle facoltà connesse al bene cristallizzato nella singola disposizione costituzionale. Tali facoltà, frammenti del generale principio di autonomia della persona, si traducono in *istanze di riconoscimento* nei confronti del potere pubblico, vincolato a soddisfare tutte le richieste coerenti con il libero sviluppo della persona umana.

Anche per questo i diritti di libertà, e la libertà di manifestazione del pensiero in particolar modo, non hanno solo una portata difensiva, ma assumono anche un significato positivo e partecipativo, di riconciliazione tra la dimensione individuale della persona e i rapporti collettivi di natura sociale sino, in alcuni casi, a condizionare le stesse procedure democratiche (si pensi, ad esempio, al diritto di cronaca e alle sue sotto-categorizzazioni, all'assetto dei *media* radiotelevisivi e non solo).

La teoria delle libertà costituzionale ha una natura essenzialmente *materiale*, dunque. Eppure sarebbe riduttivo concepire le libertà costituzionali come mere istanze codificate in una "tavola dei valori". Questa concezione, che tende ad assolutizzare il sostrato materiale delle libertà, ha precise conseguenze istituzionali e porta ad enfatizzare il ruolo della giurisdizione costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione da parte degli "altri" giudici.

Secondo questa tesi, gli interpreti qualificati della Costituzione sarebbero chiamati a svolgere quasi una funzione sacerdotale, disvelatrice della gerarchia assiologica insita nell'ordinamento costituzionale. Il bilanciamento *sapienziale* degli interessi non sarebbe altro che un "rito secolarizzato", che compone ad unità *ragionevole* le relazioni polemiche insite nei casi della vita, manifestazioni dei conflitti che innervano la società pluralista.

Siffatte ricostruzioni, che tendono a dissolvere l'ordinamento costituzionale nel diritto giurisprudenziale, non tengono conto delle complesse relazioni istituzionali poste dalla Costituzione. Certo, il bilanciamento giurisdizionale dei diritti è imprescindibile: in un ordinamento retto da una sostanziale poliarchia di valori, che ambisce a dare forma giuridica alle complesse relazioni che innervano la società pluralista, la ponderazione svela il carattere intrinseca-

mente relativo delle libertà, necessariamente condizionate dalla qualità degli interessi in gioco e dalle concrete circostanze del caso.

L'*ubi consistam* delle libertà non è dato, tuttavia, solo dalla *regula iuris*, dal contenuto essenziale di volta in volta enunciato dalla giurisdizione. Il *nomos* del diritto fondamentale consiste, piuttosto, nella relazione che si innesca tra il portato di senso del caso concreto, l'inveramento istituzionale del singolo diritto (realizzato a vari livelli, come delimitato dal legislatore o, ad esempio, come disciplinato dalle regolazioni o dalle decisioni dell'amministrazione), e il contenuto di valore incorporato dalle relative disposizioni costituzionali.

L'istituzionalizzazione dei diritti fondamentali dà vita a singoli sottosistemi, complesse relazioni ordinate secondo un *ethos* che non è mai uguale in ogni tempo e in ogni luogo, ma che si colora di una pluralità di principi e interessi dati dall'interazione tra l'impalcatura istituzionale e l'evoluzione della società.

Le considerazioni che precedono trovano conforto nella teoria e nella pratica del discorso pubblico, efficace formula che descrive un sottosistema sociale, uno spazio comunicativo di partecipazione che aiuta a superare lo iato tra l'eteronomia delle decisioni pubbliche e l'autonomia dell'individuo.

Nella realtà sociale, il discorso pubblico entra in conflitto, in prima battuta, con sottosistemi ispirati a interessi con esso concorrenti, riconducibili ora a formazioni sociali o comunità culturali ove l'individuo svolge la propria personalità, ispirate alle logiche del mutuo riconoscimento, ora ad autorità pubbliche o private, che perseguono i propri fini secondo le logiche tipiche della razionalità strumentale[2].

Il legislatore, l'autorità amministrativa, il giudice (costituzionale ma non solo) compongono, attraverso norme generali e astratte, o, in alternativa, decisioni particolari e concrete, i conflitti tra i di-

[2] Così ad esempio, i reati di opinione mirano a tutelare ora l'integrità del principio di autorità (come nel caso dei reati di vilipendio, o dei reati – di matrice fascista – che sanzionano le manifestazioni di odio sociale), ora il sentimento di mutuo rispetto delle singole comunità. In senso analogo, l'apertura, imposta dalla legge sulla *par condicio* e attuata dall'AGCom, apre spazi discorsivi nelle imprese radiotelevisive private, limitandone il potere organizzativo.

versi sotto-sistemi. Secondo un rapporto circolare di legittimazione, non vi è discorso pubblico senza un'istituzionalizzazione che deve essere il più possibile coerente con il suo fondamento etico-sostanziale.

Proprio perché i diritti fondamentali orientano, ma non determinano, l'azione istituzionale, questi principi non possono che essere declinati in relazione a questioni concrete o fini contingenti: il punto di equilibrio è, infatti, socialmente situato, e varia al mutare delle contingenze politico-istituzionali, dell'evoluzione sociale nonché, chiaramente, dei contesti umani di applicazione delle norme positive.

La teoria del discorso pubblico prende atto delle complesse relazioni che scaturiscono dalla società pluralista e dal disegno istituzionale della Costituzione, superando le concezioni atomistiche della libertà di manifestazione del pensiero, tradizionalmente descritta quale situazione soggettiva da preservare rispetto agli sconfinamenti autoritari delle istituzioni politiche.

Nelle teorie classiche, la libertà di espressione assume un significato connesso esclusivamente ora al momento individualistico-libertario, ora all'aspetto democratico-partecipativo: così, ad esempio, nella teoria individualistica, figlia dell'utilitarismo liberale di matrice anglosassone, ciascuna opinione emergente dalla società è una «verità parziale», da migliorare ed eventualmente superare nel confronto dialettico[3].

Nelle ricostruzioni frutto del pensiero politico nord-americano a cavallo del XIX sec., invece, emerge la caratura politica, in funzione democratico-partecipativa, della libertà di manifestazione del pensiero. I Padri costituenti americani individuano un nesso inscindibile tra libertà di espressione e sovranità popolare, ponendo le basi per una teoria "democratica" della libera diffusione del pensiero[4]. Secondo questa ricostruzione, la libertà di espressione non coincide con uno spazio di liceità ma contribuisce a definire l'autonomia politica dell'individuo che, con la libera discussione finalizzata alla deliberazione elettorale e al miglior esercizio della

[3] Cfr. J. S. MILL, *Sulla libertà,* cit., pp. 69 e ss., spec. p. 85.
[4] *Supra*, cap. II, § 7.

rappresentanza politica, legittima in senso democratico-sostanziale il potere pubblico.

Da presupposti diversi, tali elaborazioni, riprese dalla dottrina italiana negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1948[5], evidenziano la necessità di un atteggiamento tendenzialmente neutrale dell'ordinamento rispetto ai contenuti espressivi. Solo in un foro pubblico libero da restrizioni penalistiche l'individuo può liberamente esercitare la propria autonomia espressiva e formare, quindi, la propria personalità.

Nel nostro ordinamento, non vi è solo un'irragionevole duplicazione, quanto a elemento oggettivo e bene giuridico tutelato, di fattispecie che puniscono analoghe forme espressive[6], ma vi è anche una generale proliferazione di reati di opinione, ereditati dal passato regime, che tradiscono una concezione sacrale dell'autorità radicalmente incompatibile con il principio di neutralità del discorso pubblico[7].

Le relazioni "comunicative" poste dalla libertà di espressione evolvono con i mutamenti sociali. I nuovi conflitti culturali, che prendono piede in una società sempre più orientata in senso multirazziale, frappongono al tradizionale rapporto individuo/autorità le comunità culturalmente orientate, particolari contesti ove l'individuo svolge la propria personalità, forma la propria identità e definisce la propria autocomprensione. La politica di riconoscimento richiesta dalle comunità non può sfociare, tuttavia, in un'incriminazione di tutte le opinioni considerate offensive dai gruppi sociali, che proprio nel discorso pubblico trovano lo spazio per una reciproca comprensione politica. Da qui il dovere di astensione, gra-

[5] Per una rivisitazione critica di questi approcci cfr. *supra*, cap. II, rispettivamente §§ 3 e 3.1.

[6] Così, ad esempio, se l'apologia di delitto (art. 414.3 c.p.) concretamente punibile è solo il "comportamento idoneo a provocare la commissione di delitti" (C. Cost. sent. n. 65/1970) appare difficile distinguere tale fattispecie dal reato di istigazione a delinquere previsto dall'art. 414.1. c.p.

[7] Si pensi, ad esempio, al delitto di istigazione di militari a disobbedire alla legge (art. 266 c.p.), ai delitti di vilipendio politico (in particolare artt. 278, 290, 291, 292 c.p., solo marginalmente ritoccati dalla l. n. 85/2006) e di istigazione all'odio tra classi sociali (art. 415 c.p., come formulato a seguito dell'addizione normativa di C. Cost. sent. n. 108/1974); ad alcune ipotesi contravvenzionali (es. art. 656, che punisce la diffusione di notizie false, esagerate e tendenziose).

vante sull'ordinamento, nella selezione penalistica dei contenuti espressivi percepiti come "oltraggiosi" per le comunità culturali e i conseguenti dubbi di legittimità costituzionale della relativa disciplina. Certo, il discorso pubblico non esclude un approccio "particolarista", attento alle circostanze del caso e ai concreti modi espressivi. Anzi, proprio perché la teoria costituzionale del discorso pubblico è comunque strumentale alla promozione della persona e della sua dignità, le istanze di neutralità e di apertura si arrestano di fronte agli insulti a sfondo etnico-razziale nei confronti di persone determinate, colpite proprio in ragione dell'appartenenza culturale. Non deve essere dimenticato come l'art. 2 Cost. riconosca l'esigenza relazionale dell'uomo e il ruolo che le formazioni sociali svolgono nella definizione della personalità. La dignità dell'uomo, presupposto dell'ordinamento positivo e dello stesso principio personalista, nel conflitto con la libera manifestazione del pensiero deve essere declinata, tuttavia, secondo la percezione che la persona, socialmente e "comunitariamente" situata, ha del proprio onore e della propria comprensione sociale, senza essere dilatata sino ad includere il sentimento collettivo di rispetto delle diverse formazioni sociali. Lo sviluppo di una politica di riconoscimento culturale attraverso la limitazione della libertà di espressione, da sempre baluardo rispetto agli sconfinamenti autoritari delle istituzioni politiche, tradisce la vocazione protezionistica e potenzialmente autoritaria dell'ordinamento.

D'altro canto, nella società di massa si fa strada l'esigenza di correggere l'unidirezionalità della comunicazione, realizzata da tecnostrutture pubbliche e private, affinché siano garantiti l'apertura del dibattito pubblico e l'interesse della comunità politica ad essere informata. Da qui l'importanza, ad esempio, di un ampio riconoscimento del diritto di cronaca e, soprattutto, dei principi del pluralismo esterno e interno (enunciati dalla giurisprudenza costituzionale in riferimento al foro radiotelevisivo) e la necessità di un intervento legislativo, di regolazione generale, conforme a queste istanze.

Ne deriva anche l'opportunità di configurare una disciplina di un nuovo foro comunicativo, la rete internet che, in coerenza con la particolare struttura del *medium*, garantisca la massima neutrali-

tà dell'ordinamento rispetto ai contenuti apparsi sul *web* (cd. *net neutrality*), nonché la più ampia fruibilità delle infrastrutture di rete da parte del cittadino.

La necessità di questi interventi, da annoverare tra le nuove sfide che la strategia istituzionale del discorso pubblico si troverà ad affrontare, dimostra come sia necessario il coinvolgimento di vari livelli istituzionali per la realizzazione dei principi "discorsivi". Vero è, come tenta di dimostrare questo lavoro, che la giurisprudenza delle Corti rappresenta un punto di vista privilegiato per descrivere confini e struttura del discorso pubblico. L'analisi del dato giurisprudenziale, tuttavia, pone in evidenza che la scelta intorno alle argomentazioni, alle tecniche decisorie e al merito delle questioni affrontate dipende, almeno in parte, dalle scelte politiche realizzate dall'intermediazione legislativa che, in alcuni casi, hanno radicalmente compromesso l'apertura in senso pluralista del discorso pubblico[8].

Proprio alcune vicende giurisprudenziali (ad es. i moniti della giurisprudenza costituzionale sui mezzi radiotelevisivi) confermano un atteggiamento collaborativo delle Corti nei confronti del legislatore sino a mostrare, in alcuni casi, una sostanziale condivisione delle decisioni legislative (si pensi all'interpretazione conforme e alla conseguente applicazione incondizionata del divieto di propaganda razzista da parte dei giudici comuni).

Queste osservazioni avvalorano la tesi di una persistente irriducibilità delle dinamiche istituzionali presenti nel nostro ordinamento rispetto ad altri sistemi costituzionali. Si pensi, ad esempio, agli Stati Uniti d'America ove il rapporto tra legislativo e giudiziario si caratterizza, ancora, in senso nettamente conflittuale, per il ruolo di *defensor libertatis* e di contrappunto contro-maggioritario che il giudice ha storicamente assunto in quell'ordinamento[9].

Questo rapporto polemico trova eco, in particolare, nella giurisprudenza della Corte Suprema sulla libertà di espressione. Secon-

[8] Cfr. il caso Europa 7, § 4.2, cap. III.

[9] Sull'idea (recepita nell'art. III Cost. S.U.) di un potere giudiziario garante della minoranza (e per ciò stesso di natura contro-maggioritaria), cfr. storicamente, A. HAMILTON, *Il Federalista n. 78*, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist* (1788), *Il Federalista,* Torino, 1997, pp. 394-395.

do la lettura statunitense, il discorso pubblico, per soddisfare la propria missione, deve mantenersi contenutisticamente neutrale, necessariamente aperto al libero *flow of information*. Il punto di vista rilevante, negli Stati Uniti, è sempre quello dello *speaker,* il quale deve poter offrire il suo contributo alla creazione di un discorso pubblico senza restrizioni. Non deve quindi sorprendere che la Corte Suprema abbia sposato, negli anni, una vera e propria "tolleranza militante"[10] con un marcato interventismo giudiziale in tutti i casi in cui non fosse rispettato il paradigma di neutralità imposto dal Primo Emendamento[11]. Il contrasto tra giudici e potere politico non si attenua neanche quando oggetto del giudizio è la regolazione delle condizioni di apertura del discorso pubblico, piuttosto che la limitazione strettamente contenutistica alla libertà: la conflittualità che innesca la libertà di manifestazione del pensiero è una relazione polemica concepita, sempre e comunque, in senso verticale, tra l'esercizio della libertà e le scelte limitative del pubblico potere. Abbandonata l'iniziale preoccupazione della Corte del *Chief Justice* Warren per un corretto sviluppo del dibattito pubblico[12], la metafora del «free trade in ideas», originariamente

[10] Vero è che, almeno agli inizi della giurisprudenza sul Primo emendamento, la Corte Suprema ha optato per un processo di categorizzazione delle espressioni considerate di «basso valore» (*low value speech*) non meritevoli di tutela costituzionale. È il caso, ad esempio, delle *fighting words* (parole che, per il fatto stesso della diffusione, provocano un «danno» o creano un «turbamento dell'ordine pubblico», *Chaplinsky v. New Hampshire,* 315 U.S. 568, [1942]), o del *group libel* ("diffamazione di gruppo", che sanziona espressioni offensive nei confronti di comunità culturalmente orientate, *Beauharnais v. People of the State of Illinois*, cit.). Il conflitto tra istanze libertarie e contro-interessi di natura privata, magari ascrivibili al *domain* comunitario, sono sempre state canalizzate entro la tradizionale dialettica tra individuo e autorità.

[11] Merita tutela costituzionale, ad esempio, l'esposizione di una croce fiammeggiante nel cortile di una famiglia di colore. Così *R.A.V. v. City of St. Paul*, cit., in parte attenuata da *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, cit.: qualora l'atto simbolico si traduca in una vera minaccia (*true threat*) per l'incolumità individuale, allora la tutela offerta dal Primo Emendamento non può essere invocata.

[12] Cfr., ad esempio, il sostegno offerto dalla Corte in *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969), alla *fairness doctrine* espressa dalla Agenzia Federale delle Comunicazioni. Tale dottrina imponeva, quale condizione per il rilascio della concessione alla trasmissione radiotelevisiva via etere, un obbligo di imparzialità con contestuale diritto al contraddittorio su temi di interesse pubblico.

coniata dal proto-realista Holmes per ammettere le opinioni di minoranza nella cornice costituzionale[13], ha subito una torsione concettuale fino ad esprimere una presunzione di incostituzionalità per ogni disciplina che, in senso egualitario, regolasse l'incidenza di "ragguardevoli capitali economici" sul sistema della libertà di espressione[14].

La Corte Suprema si è ritagliata il ruolo di custode del "discorso pubblico", concepito quale assoluto costituzionale non intaccabile dal potere politico[15], secondo un assetto molto diverso da quello disegnato dai giudici nell'ordinamento italiano, comunque attenti a garantire l'uguale parità di accesso al discorso pubblico anche quando si tratti di intervenire con la sanzione penale, cui è spesso attribuita una discutibile funzione di riequilibrio sociale[16].

Resta da svolgere un'ultima notazione, che in questa sede può essere solo accennata. Il discorso pubblico presuppone, sempre e comunque, l'esistenza di un ordinamento che incorpori i valori del costituzionalismo liberal-democratico. Un sistema costituzionale, cioè, che accanto al riconoscimento dei diritti fondamentali e alla previsione di istituzioni contro-maggioritarie trovi nei principi della rappresentanza politica e della *maior pars* le proprie coordinate di riferimento. Risulta, allora, problematico declinare la teoria del discorso pubblico con riferimento a quei sistemi giuridici di natura settoriale che, oltre a perseguire fini particolari, hanno una inesistente (come nel caso del Consiglio d'Europa) o comunque ancora

---

[13] Holmes, *dissenting* in *Abrahms v. United States*, 250 U.S. 616, p. 630.

[14] In coerenza con tale orientamento "liberista", la Corte ha, ad esempio ricondotto all'alveo del Primo Emendamento il finanziamento, da parte di società e sindacati, di messaggi elettorali trasmessi in concomitanza delle elezioni federali: cfr. *Citizens United v. Federal Election Commission,* 130 S.Ct. 876 (2010), su cui S. ISSACHAROFF Il *caso Citizens United v. Federal Election Commission: il finanziamento dei partiti nel diritto americano*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 392-396, nonché, se si vuole, C. CARUSO, *Il caso Citizens United v. Federal Election Commission:* money must talk, ivi, pp. 389-391.

[15] Solo l'interesse alla sicurezza esterna della nazione sembra ridimensionare il "peso" della libertà di espressione. Si spiegano così non solo le decisioni del periodo maccartista, ma anche la più recente *Holder v. Humanitarian Law Project* 130 *Sup. Ct. Rev*., 2705, che ha ritenuto legittima la norma federale che punisce chi fornisce "supporto materiale" alle organizzazioni classificate dalla Segreteria di Stato come terroristiche.

[16] Cfr. *supra,* cap. 4 § 5.

debole (come nel caso dell'Unione Europea) legittimazione democratica, perché basati su diversi meccanismi di rappresentanza, di natura internazionale o comunitaria.

Certo, non possono essere ignorati i complessi processi centrifughi cui anche gli ordinamenti costituzionali, comunque basati sul modello westfaliano dello stato nazione, sono sottoposti[17]. Non può non rilevarsi, infatti, come l'avvento della rete internet (come dimostrano recenti fatti di cronaca, dal caso "Wikileaks" alla primavera araba), non solo abbia contribuito a riequilibrare, in chiave liberale e contro-maggioritaria, il rapporto tra autorità e individuo, ma stia riscrivendo «i codici […] del potere nel loro rapporto con […] il popolo sovrano»[18].

La circolazione in tempo reale di notizie riservate riduce l'asimmetria informativa tra governanti e governati; la demistificazione degli *arcana imperii* sembrerebbe preludere alla creazione, su scala globale, di uno spazio discorsivo pubblico, ove trovano posto quelle interazioni comunicative promozionali dell'autonomia politica dell'individuo, storicamente sviluppatesi entro i circoscritti confini nazionali dei singoli stati. Senonché, la teoria del discorso pubblico presuppone la tensione, tipica del costituzionalismo liberal-democratico, tra positivizzazione delle garanzie individuali e aspettative di unificazione politica o, in altri termini, tra il riconoscimento del principio di autonomia della persona e l'eteronomia di decisioni assunte attraverso procedure istituzionalizzate.

In definitiva, il discorso pubblico vive, e può essere teorizzato, solo nell'ottica costituzionale e neo-repubblicana, perché contribuisce a dissolvere la tensione tra libertà e democrazia, tra diritti che proteggono dagli sconfinamenti autoritari della politica e potere politico che traduce in norme positive il contributo partecipativo della persona[19].

[17] Ampia è la letteratura, anche costituzionalistica, in tema. Sul punto, per tutti, A. MORRONE, *Teologia economia v. Teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e diritto costituzionale globale,* in *Quad. cost.*, 2012, pp. 829 e ss.

[18] G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, in *Pol. dir.,* 2011, p. 368.

[19] Cfr. *supra*, cap. II, §§ 7 e 7.1.

# RIEPILOGO[*]

## I
## (Sul concetto di libertà costituzionale)

1. Agli albori del *Rechtstaat* il concetto di libertà è assorbito nei diritti riflessi – mere liceità risultanti dall'autolimitazione dello Stato – e, successivamente, nella figura del diritto pubblico subiettivo, insieme di facoltà coincidenti, giuridicamente, in un'unica pretesa alla conformità legislativa dell'azione amministrativa. Nel contesto italiano la pretesa ad un'azione amministrativa conforme alle legge traduce, in termini normativi, la primazia della sovranità parlamentare tipica dello Stato di diritto e, più in generale, il postulato assiologico del liberalismo, che riconosce nella protezione giuridica dagli abusi dello Stato-amministrazione lo strumento per assicurare la libertà (negativa) *da* illegittime interferenze.

2. La "codificazione" costituzionale del 1948, fondata sulla centralità della persona umana nei suoi concreti rapporti sociali, aggiorna questo modello attraverso la definizione, *ratione materiae*, di *agere posse* che, inseriti in una Costituzione rigida, acquistano un rango sovraordinato rispetto alla legge e alle altre fonti dell'ordinamento.

3. I diritti di libertà individuano, anzitutto, situazioni soggettive ad oggetto definito che godono di garanzie di natura essenzialmente procedurale (riserva di legge, riserva di giurisdizione, sinda-

[*] Sono qui sintenticamente riportate le principali tesi sostenute in questo studio secondo un ordine che segue, almeno in via tendenziale, la successione dei temi trattati nel volume.

cato di legittimità costituzionale), secondo un modello concettuale non distante dallo schema legalistico dei diritti pubblici soggettivi.

3.1. Come la riserva di legge ha il compito di escludere l'intervento di altri atti-fonte (in particolare dell'esecutivo) e di garantire una disciplina, in chiave anzitutto limitativa, degli "oggetti" di libertà, la riserva di giurisdizione impedisce l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, conferendo alle libertà lo *status* di diritti soggettivi pieni, non degradabili dall'autorità amministrativa.

3.2. Il controllo di legittimità costituzionale assume la funzione residuale di chiusura del sistema, sanzionando gli eventuali sconfinamenti delle disposizioni legislative rispetto agli oggetti individuati dalle "regole" costituzionali.

4. Senonché, il concetto esclusivamente formale di libertà, quale mero limite alla legalità ordinaria, non riflette adeguatamente la natura dello Stato costituzionale di diritto.

4.1. Le norme costituzionali non esprimono solo una legalità di rango superiore, formalmente sovraordinata rispetto alla legge, ma fondano anche la legittimità del sistema e l'aspettativa di unificazione della comunità politica di base. Le disposizioni sulle libertà costituzionali non sono solo regole di condotta, ma anche norme di principio che, in relazione ai singoli oggetti di tutela, rimandano al postulato di valore richiamato dal singolo enunciato costituzionale.

4.2. La consistenza del diritto di libertà non è data solo dalla delimitazione dogmatica del suo oggetto, ma anche dalla particolare teoria etico-materiale che ciascuna libertà presuppone. Perde di attualità la rigida distinzione, tipica della teoria liberale dei diritti pubblici soggettivi, tra ordine politico e sistema giuridico, tra concetto politico di libertà e nozione giuridica dei diritti di libertà: l'esplicita enunciazione del principio personalista svela la natura essenzialmente *politica* e *positiva* delle situazioni soggettive richiamate dalle disposizioni costituzionali. Le libertà costituzionali non si esauriscono in pretese ad un comportamento omissivo del pubblico potere (libertà *da*), secondo la modellistica dei diritti pubblici soggettivi, ma incorporano anche pretese positive di riconoscimento delle facoltà individuali connesse al bene individuato dalle singole fattispecie (libertà *di*).

5. Le situazioni soggettive di rilievo costituzionale legittimano l'azione, in funzione dinamica e integrativa, dei pubblici poteri, secondo una "strategia istituzionale" finalizzata al libero sviluppo della persona. Se nello stato liberale di diritto a rilevare era la *struttura* dei diritti di libertà, intesi come garanzia negativa dall'intervento pubblico, nello Stato costituzionale emerge la *funzione* che le libertà svolgono nel consolidamento del rapporto tra la persona e il sistema sociale di riferimento.

5.1. Risulta necessario un ripensamento concettuale delle garanzie istituzionali poste a presidio delle libertà: accanto alla portata essenzialmente garantista delle riserve di legge, deve essere accolta una più generale concezione, materialmente orientata, dell'attività legislativa.

5.2. Il sindacato di legittimità costituzionale non svolge, del resto, un ruolo meramente residuale, limitato alla verifica del rispetto, da parte della legalità ordinaria, dei limiti esterni della legalità costituzionale ma esercita anche una funzione di mediazione tra le istanze di valore provenienti dalla società e le scelte dei titolari della funzione di indirizzo politico attuando un raccordo tra produzione e applicazione di norme.

5.3. Il processo di integrazione posto dalle libertà si riverbera sulla stessa funzione giurisdizionale che non si limita a garantire la mera applicazione asettica della legge ma è gravata dall'onere di tutela e valorizzazione dei diritti costituzionali dei quali deve essere assecondare la forza espansiva anche oltre gli ordinari processi di produzione giuridica.

6. Le libertà non richiedono esclusivamente un'azione, finalisticamente orientata, delle organizzazioni istituzionali ma sono esse stesse *istituzioni*, almeno in senso stretto, cioè pratiche sociali che rilevano giuridicamente nel momento in cui entrano a fare parte delle procedure organizzate che innervano l'ordinamento. La tutela giurisdizionale, per il suo legame con i casi concreti, contribuisce a conferire ai diritti di libertà una regolarità di riconoscimento che ne arricchisce la dimensione concreta ed effettiva.

7. Abbandonate le teorie dichiarative dell'interpretazione, che riducono il momento applicativo ad un atto meccanico conseguente all'inquadramento dell'unico significato possibile delle singole

fattispecie costituzionali, il procedimento interpretativo è un ragionamento normativo complesso che presuppone una ponderazione degli interessi sprigionati dal caso.

7.1. Il ruolo del "fatto", l'apertura alla realtà sottostante, l'influenza dei valori codificati nella Costituzione non sono che il tratto unificante di ogni procedura di *adjudication* relativa ai diritti fondamentali. I giudizi che coinvolgono l'applicazione della Costituzione seguono, a qualsiasi livello siano compiuti, un processo circolare che si sviluppa dalle disposizioni costituzionali per arrivare, attraverso l'enunciazione della *ratio decidendi*, a giustificare le premesse normative della decisione.

7.2. L'*adjudication* delle libertà costituzionali si traduce nell'enunciazione di particolari regole di giudizio (*standard*) che danno attuazione al postulato di valore incardinato nelle diposizioni costituzionali. La tutela giurisdizionale delle libertà si traduce anche in una questione di bilanciamento, che non può essere inteso, tuttavia, come un giudizio *sapienziale* lasciato alla precomprensione equitativa del giudice in relazione al singolo caso né quale giudizio del tutto procedurale, che dissolverebbe la *prudentia iuris* nella rigida logica delle norme e nei classici criteri di risoluzione delle antinomie normative.

7.3. Il bilanciamento delle libertà riduce a coerenza l'applicazione concreta della singola situazione soggettiva con le premesse materiali dello Stato costituzionale e, in particolare, con la teoria etico-politica presupposta da ciascun diritto fondamentale.

## II
## (Teoria del discorso pubblico)

1. I diritti di libertà presentano una morfologia complessa, coerente, in primo luogo, con una dimensione essenzialmente formale, garanzia di tutela individuale. La particolare natura della Costituzione evidenzia il rilievo materiale di diritti che, in un processo circolare di legittimazione, fondano l'identità dell'ordinamento e richiedono, contestualmente, una progressiva implementazione.

2. L'architettura istituzionale pone l'accento sulla dinamica concreta delle libertà e, quindi, sull'interpretazione in funzione ap-

plicativa offerta dalle giurisdizioni, naturalmente predisposte, tra le diverse istituzioni, a colmare la separazione tra dover essere normativo ed essenza materiale delle libertà.

3. È necessario sottoporre a revisione critica le principiali ricostruzioni della libertà di manifestazione del pensiero, che hanno frammentato il relativo contenuto di valore in questioni microsettoriali, per tentare l'elaborazione di una teoria unitaria che individui il *nomos* della libertà di espressione nel sistema istituzionale.

3.1. Le prime teorie sulla libertà di manifestazione del pensiero hanno preso spunto, storicamente, dalla garanzia prevista dall'art. 21 Cost. che ha aggiornato, in senso garantistico, l'assetto normativo vigente durante lo Statuto albertino. L'ordinamento statutario riconosceva alla libertà di stampa, anche grazie alle dettagliate previsioni legislative (es. Editto sulla stampa), lo *status* di *agere posse* tutelato dalla legge. La libertà di manifestazione del pensiero era invece considerata una mera liceità, riflesso delle scelte di politica criminale del legislatore.

4. La formulazione dell'art. 21 Cost. riflette, nel particolare, la generale cultura dei costituenti sulle libertà costituzionali. Il testo costituzionale rafforza il modello liberale, riequilibrando il rapporto fra autorità e individuo a favore di quest'ultimo ma tace sulla disciplina di mezzi diversi dalla stampa e, più in generale, sulle modalità di gestione della sfera pubblica.

5. Anche per questo, le più risalenti elaborazioni teoriche scelgono, quale prospettiva di analisi, il classico rapporto individuo/autorità, ove i limiti etero-imposti alla libertà di manifestazione di pensiero assurgono a paradigma del confitto tra dissenso individuale e ordine costituito, tra natura difensiva e contromaggioritaria del diritto soggettivo e sconfinamenti autoritari delle istituzioni politiche.

5.1. Pur partendo da presupposti diversi (strettamente individualistici nella teoria dei limiti impliciti o, viceversa, democratico-funzionali nella teoria dei limiti logici), le classiche ricostruzioni dottrinali non soddisfano appieno: i limiti impliciti non riescano a individuare uno stabile criterio precettivo che individui, in un testo costituzionale ispirato a una sostanziale poliarchia, quali valori possano assurgere legittimamente a limite del diritto di libera ma-

nifestazione del pensiero; la teoria dei limiti logici, che pure pone l'accento sui processi politici di cambiamento innescati dalla libertà di espressione, sconta una forte arbitrarietà definitoria nell'individuazione del confine tra pensiero "puro" e "pensiero-azione", sino a teorizzare, in alcune ricostruzioni, una funzionalizzazione forte della libertà agli ideali dell'ordinamento.

5.2. Le due prospettazioni teoriche miravano a fornire una rilettura costituzionalmente orientata dei reati di opinione ereditati dal passato regime, che restringevano l'ambito di esercizio del diritto di libertà sino a funzionalizzarlo alle ragioni dello Stato autoritario.

6. Nel momento in cui le tensioni sottese al rapporto tra individuo e autorità sembrano stabilizzarsi, anche a seguito di una giurisprudenza costituzionale attenta a disinnescare gli effetti palesemente incostituzionali di alcune fattispecie penali ereditate dal passato regime, le antiche sistemazioni teoriche esauriscono il loro slancio prescrittivo. Il consolidamento in senso democratico delle istituzioni repubblicane e il progressivo radicamento dell'ordinamento costituzionale da un lato, la nuova composizione della società – sempre più orientata verso una conformazione multiculturale e multirazziale – dall'altro, conferiscono nuova linfa al problema teorico della legittimità della selezione penalistica dei contenuti espressivi. Si fa strada una generalizzata diffidenza nei confronti della libertà di espressione, percepita come strumento di cui i gruppi egemoni si avvalgono per perpetuare la condizione di inferiorità delle comunità sociali svantaggiate o, comunque, minoritarie.

6.1. Al centro della riflessione teorica non è più l'ordine pubblico (o beni giuridici con esso collimanti), ma interessi riconducibili, in ultima analisi, alla dignità dei gruppi, bene altrettanto sfuggente che rimanda alla percezione che la comunità culturale ha della propria identità e, quindi, del proprio "valore" sociale. Nondimeno il concetto costituzionale di dignità che valorizza l'identità della persona nei suoi concreti rapporti sociali giustifica l'incriminazione (e l'aggravamento di pena) per insulti dettati dalla sua appartenenza culturale ma non certo l'incriminazione di generiche idee politiche (ancorché moralmente esecrabili).

6.2. La tendenza dell'ordinamento ad introdurre nuovi reati di opinione per tutelare la dignità delle comunità culturali non sembra tenere in considerazione, in generale, la natura dello Stato costituzionale di diritto che pone le premesse per un'integrazione delle comunità che popolano la galassia della società pluralista *attraverso* il principo della libera manifestazione del pensiero, condizione "anti-egemone" che crea uno spazio neutrale di identificazione collettiva (il discorso pubblico).

7. La costruzione di una teoria organica della libertà di espressione richiede un'analisi che coinvolge anche la disciplina dei mezzi di diffusione del pensiero che definiscono la struttura della sfera pubblica: le teorie classiche hanno sempre offerto una lettura parcellizzata dell'art. 21, distinguendo l'aspetto sostanziale-contenutistico dal profilo strumentale. Nel quadro di una generale anomia costituzionale, che originariamente lascia ampi spazi di regolazione alla discrezionalità del potere gestorio dell'amministrazione, la disciplina sui mezzi di diffusione ha progressivamente assunto rilevanza costituzionale, contribuendo alla formulazione teorica della libertà di informazione, rinnovata formula che richiama un aspetto attivo (la libertà di informare) e un profilo passivo (la libertà di essere informati) di cui rimangono tuttavia incerti i confini dogmatici.

7.1. Emerge la necessità di una disciplina dei mezzi orientata secondo specifici profili etico-sostanziali che trasformano il significato della libertà di manifestazione del pensiero che, da mera esigenza difensiva, diviene pretesa alla massima apertura della sfera pubblica da realizzare attraverso l'intervento promozionale del pubblico potere.

8. Con il progresso tecnologico e con l'avvento delle nuove tecnologie la distinzione tra aspetto strumentale e profilo contenutistico della libertà perde progressivamente consistenza, sino ad essere messa in dubbio la possibilità di delimitare le singole situazioni soggettive di rilievo costituzionale. In alcune recenti ricostruzioni l'art. 21 perde la sua specificità per essere, addirittura, soppiantato da un'avveniristica libertà di comunicazione, capace di riunire più libertà accumunate dalle concrete modalità esercizio. La libertà di comunicazione risulta deficitaria di una giustificazione teorica che non si arresti alla mera registrazione fattuale del processo di

convergenza tecnologica. L'avvento di internet, per un verso tecnologia di libertà capace di sviluppare le potenzialità della persona umana, per un altro tecnologia di controllo al servizio del potere pubblico e dei nuovi poteri privati, richiede una nuova strategia istituzionale. Il diritto di accesso ai servizi di rete e il diritto alla neutralità dei contenuti *on-line*, seppure difficilmente configurabili, allo stato attuale dell'ordinamento, quali situazioni soggettive direttamente azionabili, rappresentano le nuove mete cui dovrà ambire una consapevole politica delle libertà costituzionale. I principi del discorso ambiscono a fornire un rinnovato criterio orientativo all'azione delle istituzioni.

9. La frammentazione in contesti sociali e sottosistemi comunicativi tra loro assai diversi rischia di smarrire il *nomos* della libertà di manifestazione del pensiero. Per ristabilire il suo significato istituzionale risulta necessaria la costruzione di una teoria unitaria che non si fermi alla delimitazione, dogmatica e difensiva, del diritto di libertà, e che non si risolva in una rarefatta enunciazione di principio.

10. Ciascun diritto fondamentale contribuisce a fondare il presupposto sostanziale di un sistema – l'ordinamento costituzionale – basato su un'organizzazione di tipo procedurale. La libertà di espressione contribuisce alla creazione del "discorso pubblico", vero e proprio meta-contesto che legittima l'esistenza di un autonomo sottosistema, la "comunità democratica", che riflette i processi di integrazione politica innescati dalle Costituzioni liberaldemocratiche. La teoria del discorso pubblico – che pone un particolare assetto sociale che consente forme di interazione e di condivisione tra individui autonomi e indipendenti – orienta e funzionalizza l'azione dei pubblici poteri, la quale deve essere necessariamente rivolta alla promozione dei valori di autonomia e di partecipazione. Il confronto aperto, libero e eguale delle preferenze e delle opinioni individuali segna il sistema democratico in senso recettivo rispetto alle sensibilità e agli orientamenti dei cittadini i quali contribuiscono a modellare l'ordine sociale secondo i valori di riferimento della persona. Il discorso pubblico rimanda a un modello agonistico di democrazia, fondato sul confronto dialettico tra opposte correnti di pensiero.

10.1. Sui pubblici poteri grava un obbligo di neutralità rispetto al contenuto della manifestazione del pensiero. Essi devono garantire la massima estensione possibile del momento libertario. Per poter svolgere la sua funzione, il discorso pubblico non deve solo mantenersi neutrale ma deve essere il più possibile aperto alle svariate forme di partecipazione individuale e collettiva. Da qui la necessità di assicurare un'impalcatura istituzionale che garantisca la pari possibilità di accesso ai canali di formazione della sfera pubblica e ai mezzi che amplificano la diffusione delle opinioni.

## III
## (I confini esterni del discorso pubblico)

1. Per esercitare la propria funzione, il discorso pubblico richiede un'opera di delimitazione che ne definisca i contorni rispetto a domini sociali con esso concorrenti. Nel nostro sistema istituzionale questo compito di definizione spetta alla legge alla quale spetta orientare, in prima battuta, non solo il conflitto pluralista tra le diverse istanze sociali ma anche le scelte di governo della sfera pubblica. L'impalcatura legislativa costituisce però solo la prima forma di delimitazione del discorso pubblico. Il sindacato di legittimità della Corte costituzionale ha dato origine a una copiosa giurisprudenza che ha contribuito a definire i margini esterni del discorso pubblico rispetto ad altri sottosistemi sociali.

2. Il giudice delle leggi ha seguito nel tempo tre protocolli di giudizio che hanno consentito di tracciare i confini del discorso pubblico rispetto a *domains* ad esso alternativi. Inizialmente la giurisprudenza costituzionale esprime una forte tensione tra individuo e autorità e le decisioni evidenziano una sostanziale frammentazione del carattere contro-maggioritario della libertà a fronte delle scelte repressive del legislatore penale. La coeva dottrina dei limiti naturali è manifestazione di una superiorità materiale delle esigenze collettive di autoconservazione dell'ordinamento rispetto al dissenso individuale.

3. In un secondo momento il Giudice delle leggi ha riconsiderato la precettività dell'art. 21 Cost., inteso come vera e propria regola immediatamente efficace sulla legislazione sottostante. Attra-

verso bilanciamenti definitori e interpretazioni restrittive delle fattispecie penali oggetto del giudizio la Corte ha riscoperto le istanze garantistiche sottese alla libertà di espressione, arricchendo i presupposti normativi del fatto tipico e delegando al giudice comune la valutazione sulla sussistenza nel caso concreto delle clausole inserite, per via interpretativa, nella fattispecie. Questa giurisprudenza ha ristabilito il rapporto regola-eccezione tra il riconoscimento costituzionale della libertà e l'apposizione legislativa di limiti fondati (spesso implicitamente) in Costituzione. La dottrina dei limiti che "naturalmente" accedono alla fattispecie di libertà ha lasciato il passo all'individuazione di singole "eccezioni" alla regola di libertà.

4. Al di fuori del profilo strettamente contenutistico/sostantivo la Corte costituzionale ha distinto le regolazioni legislative che si inseriscono nello spazio costituzionalmente neutro dell'esercizio del diritto da altre discipline (ad esempio sul mezzo radiotelevisivo) da orientate in conformità della necessaria, ampia apertura del discorso pubblico. Secondo questa giurisprudenza, la libertà di manifestazione del pensiero acquista una struttura simile al principio, dall'instabile efficacia precettiva. Nel bilanciamento tra le "buone ragioni" che hanno assistito l'intervento normativo e le situazioni soggettive desumibili dal principio dell'art. 21 Cost., la Corte dà rilievo alle prime, confermando la sostanziale discrezionalità degli organi di indirizzo politico nella conformazione dei valori costituzionali.

5. La tendenza alla frammentazione istituzionale del discorso pubblico sembra invertirsi, almeno in parte, nella giurisprudenza sul mezzo radiotelevisivo che ha elevato il pluralismo delle fonti di informazione a condizione di legittimità della legislazione, arrivando a considerare "materialmente costituzionale" la disciplina sul mezzo radiotelevisivo.

La teoria normativa del discorso pubblico sembra aver orientato l'attività di regolazione: l'enunciazione del diritto ad essere informato prelude, infatti, ad una disciplina legislativa che promuove l'accesso al mercato radiotelevisivo (cd. pluralismo esterno) e l'apertura del singolo mezzo alle diverse voci emergenti dalla società (cd. pluralismo interno).

## IV
## (La struttura interna del discorso pubblico)

1. Se le pronunce della Corte costituzionale contribuiscono a definire i confini esterni del discorso pubblico, gli "altri giudici" concorrono a disegnarne, invece, la struttura interna. Operando nel quadro della legalità ordinaria, essi si trovano a risolvere controversie nell'ambito di un'impalcatura normativa che integra il sistema dei valori costituzionali. Proprio perché le scelte sull'applicazione della legge non sono mai assiologicamente neutre, perché richiedono decisioni sulle proprietà dei casi concreti che tradiscono il grado di adesione giudiziale ai valori costituzionali, gli orientamenti dei giudici (ordinari e amministrativi) specificano i principi del discorso pubblico, definendone l'ossatura interna. La particolare posizione istituzionale della giurisdizione, vero e proprio *trait d'union* tra le pulsioni che scaturiscono dal pluralismo sociale e la spinta ordinante del dato normativo positivo, pone i giudici al centro delle ordinarie interazioni che il discorso pubblico intrattiene con altri sottosistemi comunicativi.

2. L'analisi si concentra, in primo luogo, sulla giurisprudenza relativa al divieto, penalmente sanzionato, di propaganda razzista. Nelle relative decisioni i giudici escludono il contrasto del reato di opinione con la libertà di manifestazione del pensiero attraverso la topica dei limiti logici: la propaganda razzista realizzerebbe sempre e comunque un *quid pluris* rispetto alla "pura" manifestazione del pensiero.

2.1. L'incriminazione dell'*hate speech* a sfondo razzista troverebbe copertura costituzionale nel bene della "dignità umana", super-valore di rango costituzionale che legittima la compressione di interessi concorrenti. Questi orientamenti si soffermano sul contenuto di determinate espressioni, considerate inconciliabili con l'ispirazione etica dello Stato costituzionale di diritto (sulla falsa riga di una consolidata giurisprudenza della Corte Edu). Senonché, l'interpretazione costituzionalmente conforme non sembra superare i dubbi di un'intrinseca irragionevolezza della fattispecie, dovuta alla parificazione, quanto a disvalore penale, tra comportamenti

che si traducono in un *dicere* (propaganda razzista) e comportamenti che integrano un *facere* (commissione di atti discriminatori).

2.2 L'esclusione di alcune idee dalla cornice costituzionale per tutelare un bene inafferrabile quale la dignità umana o, comunque, per perseguire finalità promozionali di natura egualitaria, oltre a sovrapporre la sanzione penale a strumenti positivi di inclusione sociale, riduce gli spazi per una comune identificazione politica dei cittadini in un'arena discorsiva neutrale.

3. La parziale chiusura del discorso pubblico conseguente all'illiceità di opinioni contrarie al muto sentimento di rispetto tra gruppi sociali sembra arrestarsi quando la libertà di manifestazione del pensiero entra in conflitto con beni "comunitari" di natura individuale, come l'onore e la reputazione personale. In queste ipotesi, i giudici hanno composto il contrasto attraverso l'individuazione di categorie espressive qualificate (diritto di cronaca, diritto di critica, diritto di satira) che, al ricorrere di determinate condizioni, prevalgono sugli interessi contrari.

3.1. Queste "regole di prevalenza condizionata" contribuiscono a definire un ampio spazio pubblico di discussione che tende a rifiutare sterilizzazioni contenutistiche, secondo una logica ispirata alla promozione della libera partecipazione al discorso pubblico. La diffusione di notizie, di opinioni critiche o satiriche contribuisce a fornire une un'identità collettiva condivisa che consente un marcato contributo individuale alla vita della *polis*, superando la frammentazione discorsiva espressa da beni che riflettono l'appartenenza culturale dell'individuo alla singola comunità di riferimento.

3.2. L'esigenza di mantenere uno spazio discorsivo indifferente al tenore contenutistico delle espressioni è, quindi, un argomento precettivo che esercita una forza gravitazionale sui casi che coinvolgono il conflitto diritti della personalità e libertà di manifestazione del pensiero, riconoscendo una presunzione di prevalenza di quest'ultima rispetto ad altre situazioni soggettive.

3.3. Il momento libertario e la struttura neutrale del discorso pubblico trovano un limite tutte le volte in cui il destinatario della critica o della satira non possa replicare in ragione della carica o delle funzioni svolte, quando cioè sia percepito come soggetto de-

bole del rapporto comunicativo. In queste ipotesi, i giudici svolgono una funzione di riequilibrio, in senso egualitario, delle diverse posizioni rivestite nella sfera pubblica.

4. Al di fuori del diritto di cronaca, le situazioni soggettive enucleate dalla giurisprudenza attengono, pur sempre, ad una dimensione partecipativa di tipo atomistico, che si arresta al momento strettamente individualistico della manifestazione di dissenso. Particolare rilievo assume l'analisi delle decisioni che contribuiscono a risolvere i conflitti tra principi del discorso pubblico e controinteressi nell'ambito dei "fori" pubblici e privati, cioè in relazione a quei luoghi deputati alla diffusione di idee e informazioni.

4.1. Le regolazioni degli spazi discorsivi incontra un livello di scrutinio diverso a seconda della loro particolare natura: i giudici offrono uno scrutinio penetrante sulle discipline dei luoghi pubblici tradizionali ove si svolgono attività che trovano un diretto fondamento costituzionale (es. art. 17 Cost.) o, comunque, dove sono evidenti i tentativi di chiusura portati avanti dalla pubblica autorità; i giudici sembrano adottare uno scrutinio meno stringente sulle misure, adottate dall'Autorità garante, nella gestione del foro radiotelevisivo, in coerenza con i principi di regolazione del discorso pubblico dettati dalla Corte costituzionale.

4.2. Se, però, all'*interno* del foro radiotelevisivo l'attività amministrativa di regolazione può dirsi funzionalmente orientata alla soddisfazione degli imperativi di apertura del discorso pubblico, analoga conclusione non può trarsi con riguardo alla competizione esterna *sul* mercato radiotelevisivo. In questo caso, anche a causa di una carenza legislativa sul piano dell'attuazione dei *dicta* del Giudice delle leggi, il potere amministrativo di gestione sembra riacquistare una certa discrezionalità, a tutto svantaggio della libertà di trasmissione e del pluralismo delle voci.

4.3. La tendenziale apertura del discorso pubblico trova nuova linfa, invece, con riguardo alla disciplina dei nuovi *media*, ove, almeno in relazione alla stampa *on-line* e ad altri strumenti analoghi, i giudici ordinari hanno enunciato regole di esclusione volte a sottrarre i nuovi media alla disciplina, di natura penalistica, prevista per la stampa. Lontani dall'aver configurato una nuova "libertà di comunicazione" o, comunque, un'autonoma pretesa di rilievo co-

stituzionale dagli incerti confini, i giudici sembrano aver delineato i contorni di un nuovo foro, costituzionalmente rilevante e libero da restrizioni penalistiche, che rafforza le interazioni comunicative del discorso pubblico.

# INDICE DELLE OPERE CITATE


AARNIO A., ALEXY R., PECZENICK A., *I fondamenti del ragionamento giuridico*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Torino, 1987, pp. 121 e ss.

AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero,* Padova, 1966.

AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito,* voll. III, IV, Padova, 1973, 1974.

AA.VV., *Studi in onore di Costantino Mortati*, voll. I, IV, Padova, 1977.

AA.VV., *Studi in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Padova, 1977.

AV.VV., *In onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, II, Padova, 1985.

AA.VV, *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988.

AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale*: *atti del convegno, Trieste, 26 -28 maggio 1986*, Milano, 1988.

AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990.

AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993.

AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994.

AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, 2001.

AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile,* Padova, 2003.

AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, 2004.

AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I., Napoli, 2005.

AA.VV., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005.

AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Napoli, 2009.

AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa: Atti del XXI Convegno annuale, Roma 27-28 ottobre 2006: 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Napoli, 2010.

AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, voll. I, III, Napoli, 2011.

AA.VV., *Scritti in onore di Carlo Amirante*, Napoli, 2013.

AGRÒ A. S., *Art. 3, primo comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 123 e ss.

AINIS M., *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 1 e ss.

AINIS M., *Valore e disvalore della tolleranza,* in *Quad. cost.*, 1995, pp. 424-443.

AINIS M. (a cura di), *Informazione Potere Libertà*, Torino, 2005.

AINIS M., *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità,* in A. PIZZORUSSO, *et AL.* (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale: dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali: terze giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale: Lipari, 1-2 ottobre 2004*, Milano, 2005, pp. 27 e ss.

ALCHOURRON C., BULYGIN E., *Normative systems* (1971), trad. it. *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005.

ALEINKOFF T. A., *Constitutional Law in the Age of Balancing,* 96 Yale L.J., 943 (1986-1987).

ALEXY R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrundung* (1978), trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica,* Milano, 1998.

ALEXY R., *On balancing and subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Iuris*, 2003, pp. 443-449.

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

ALLEGRETTI U., PUBUSA A., *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, pp. 414 e ss.

ALOISIO S., *La libertà di espressione ed il potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in A. PIZZORUSSO *et al.*, *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale: dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti*

*fondamentali: terze giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale: Lipari, 1-2 ottobre 2004,* Milano, 2005, pp. 431 e ss.

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

AMATO G., *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 272 e ss.

AMATO G., *La Corte, le questue e il dissenso,* in *Giur. cost*., 1975, pp. 553-560.

AMBROSI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost*., 2008, pp. 519-544.

ANGIOLINI V., *Giurisdizione (riserva di),* in *Dig. disc. pubbl*., vol VII, Torino, 1991, pp. 317 e ss.

ANGIOLINI V., *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali,* Padova, 1992.

ANGIOLINI V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992.

ANGIOLINI V., *Costituente e costituito nell'Italia Repubblicana*, Padova, 1995.

ARCOLEO G., *Trattato di Diritto costituzionale,* (1890), in G. Paulucci, A. Casulli, *Le Opere di Giorgio Arcoleo*, vol. III, *Diritto costituzionale*, Milano, 1935.

ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.,* 1957, pp. 351-363.

ASCARELLI T., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.,* 1958, pp. 14-22.

ATIENZA M., J.R. MANERO, *Ilícitos atípicos* (2000), trad. it. *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004.

AZZARITI G., *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (Rassegna critica)*, in *Giur. cost*., 1995, pp. 3037-3085.

AZZARITI, G. *La 'prima' scuola italiana di diritto pubblico tra continuità e rotture*, in *Pol. Dir*., 1997, pp. 553-566.

AZZARITI G., *Interpretazione e teorie dei valori. Tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2000, pp. 231 e ss.

AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.

AZZARITI G., *Internet e costituzione*, in *Pol. dir.,* 2011, pp. 367-378.

BAKER C.E., *Human Liberty and Freedom of Speech,* New York-Oxford, 1989.

BAKER C. E., *Media, Market and Democracy,* Cambridge MA, 2002.

BALDASSARE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, *ad vocem*.

BALDASSARRE A., *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, *ad vocem*.

BALDASSARE A., *Diritti sociali,* in *Enc. giur.,* vol. XI, t. I, Roma, 1989, *ad vocem.*

BALDASSARRE A., *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. giur.,* vol. XIX, Roma, 1990, *ad vocem*.

BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.,* 1991, pp. 639-658.

BALDASSARRE A., *L'interpretazione della Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge*, Napoli, 2000, pp. 215 e ss.

BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia,* Roma, 2002.

BALDUZZI R., SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. dir.,* vol. XL, Milano, 1989, pp. 1207 e ss.

BALESTRA L., *La satira come forma di manifestazione del pensiero. Fondamento e limiti,* Milano, 1998.

BALIBAR E., *Esiste un "neorazzismo"?,* in E. BALIBAR, I. WALLERSTEIN, *Race nation classe. Les identités ambigües* (1988), trad. it. *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, Roma, 1991, pp. 29 e ss.

BALIBAR E., I. WALLERSTEIN, *Race nation classe. Les identités ambigües* (1988), trad. it. *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, Roma, 1991.

BALIBAR E., *La costruzione del razzismo*, in T. CASADEI (a cura di), *Società multiculturali e questioni razziali*, vol. I, T. CASADEI, L. RE (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società razziali*, Reggio Emilia, 2007, pp. 49 e ss.

BARATTA A., *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1959, pp. 177-228.

BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

BARBERA A., *Principi costituzionali e libertà di corteo,* in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito,* vol. IV, Padova, 1974, pp. 2723 e ss.

BARBERA A., *Articolo 2,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali,* Bologna-Roma, 1975, pp. 50 e ss.

BARBERA A., FUSARO C., *Maggioranza, principio di (diritto)*, in *Enc. sc. soc.,* vol. V, Roma, 1996, pp. 399 e ss.

BARBERA A., *Dalle doxai a Internet: tappe della democrazia,* in AA. VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità,* Bari, 2001, pp. 207 e ss.

BARBERA A., *"Nuovi diritti": attenzione ai confini,* in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pp. 19 e ss.

BARBERA A., *L'ordinamento della giustizia amministrativa tra Parlamento e Corte costituzionale,* in *Quad. cost.*, 2004, pp. 715-732.

BARBERA A., *La laicità come metodo,* sul *Forum di Quaderni costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it.

BARBERA A., *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Rass. parl.*, 2006, pp. 359-393.

BARBERA A., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *"Una e indivisibile"*, Milano, 2007, pp. 9 e ss.

BARBERA A., GIUPPONI T.F. (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008.

BARBERA A., *I principi della Costituzione repubblicana. Dal "compromesso" al radicamento progressivo*, in *Rass. parl.*, 2009, pp. 311-337.

BARBERA A., *Ordinamento costituzionale e Carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 311-360.

BARBERA A., *Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in*, Quad. cost.*, 2011, pp. 9-38.

BARBERA A., *Un moderno* habeas corpus?, in AA.VV., *Scritti in onore di Carlo Amirante,* Napoli, 2013, pp. 57 e ss.

BARILE P. (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (Isap), *La tutela del cittadino, II. La pubblica sicurezza,* Vicenza 1967.

BARILE P., *La Costituzione come norma giuridica,* Firenze, 1951.

BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.

BARILE P., CHELI E., *Corrispondenza (libertà di),* in *Enc. dir.,* vol. X, Milano, 1962, pp. 746 e ss.

BARILE P., CHELI E., (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma: problemi giuridici e organizzativi,* Bologna, 1976.

BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

BARILE P., DE SIERVO U., *Sanzioni contro il fascismo e il neo-fascismo,* in *Noviss. dig. it.,* vol. XVI, Torino, 1957, pp. 541 e ss.

BARILE P., GRASSI S., *Informazione (libertà di),* in *Novissim. dig. it.,* App.*,* IV, Torino, 1983, pp. 196 e ss.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Bologna, 1984.

BARILE P., *Vecchi e nuovi motivi di incostituzionalità dell'ordine dei giornalisti,* in *Probl. inform.,* 1989, pp. 7-17.

BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 605 e ss.

BARTOLE S., *Principi del diritto (dir. cost.),* in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 494 e ss.

BARTOLE S., *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA. VV., Il *principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, pp. 203 e ss.

BARTOLE S*., Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

BASILE, S. "*Valori superiori", principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 2201-2251.

BASSOLI E., *Il governo di internet,* in M. CUNIBERTI (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008, pp. 159 e ss.

BELLOMIA S., *Sei anni dopo,* in *Giur. cost.*, 1971, pp. 552-558.

BENHABIB S., *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era* (2002), trad. it. *La rivendicazione dell'identità culturale: eguaglianza e diversità nell'era globale,* Bologna, 2005.

BERBOHM K., *Jurisprudenz und Rechtphilosophie*, Leipzig, 1892.

BERLIN I., *Two concepts of liberty,* in ID., *Four essays on liberty* (1969), trad. it. *Due concetti di libertà,* in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989, pp. 185 e ss.

BERLIN I., *Four essays on liberty* (1969), trad. it. *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989.

BESSONE M., GUASTINI R. (a cura di), *La regola del caso,* Torino, 1995.

BESSONE M. (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli.*, Torino, 1999.

BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, voll. I e II, Milano, 1990.

BETTINELLI E., *Controllo sul contenuto delle pubblicazioni da parte dei rivenditori di giornali in relazione all'art. 725 c.p. e libertà di manifestazione del pensiero attraverso la stampa,* in *Giur. cost.*, 1970, pp. 2010-2034.

BEVERE A., CERRI A., *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale,* Milano, 2006.

BICKEL A. M., *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics,* Indianapolis, 1962.

BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al Diritto: contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

BIFULCO D., *Negare l'evidenza: diritto e storia di fronte alla menzogna di Auschwitz,* Milano, 2012.

BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, *Artt. 101-139 Disposizioni transitorie e finali*, vol. III, Torino, 2006

BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche,* Milano, 1988.

BIN R., *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale,* Milano, 1992.

BIN R., in *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 59 e ss.

BIN R., *Diritti e fraintendimenti. Il nodo della rappresentanza*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Napoli, 2005, pp. 345 e ss.

BIN R., *Cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost*., 2007, pp. 11-52.

BIN R., *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge,* in AA. VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa: Atti del XXI Convegno annuale, Roma 27-28 ottobre 2006: 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana,* Napoli, 2010, pp. 201 e ss.

BIN R., *Stato di diritto*, in *Enc. dir.,* Ann., vol. IV, Milano, 2011, pp. 1149 e ss.

BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England*, vol. I (1765), Chicago&London 1979.

BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1950, pp. 342-367.

BOBBIO N., *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, in A. PASSERIN D'ENTRÈVES (a cura di), *La libertà politica*, Milano, 1974, pp. 67 e ss.

BOBBIO N., *La natura delle cose*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977.

BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977.

BOBBIO N., *L'età dei diritti,* Torino, 1990.

BOBBIO N., *Teoria generale del diritto,* Torino, 1993.

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico,* Torino, 1996.

BOCK G., SKINNER Q., VIROLI M. (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, 1993.

BŐCKENFORDE E. W., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (1991), trad. it. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzionale e di diritto costituzionale,* Milano, 2006.

BOGNETTI G., *La libertà di espressione nella giurisprudenza nordamericana,* Milano, 1958.

BOGNETTI G., *Apologia di delitto e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1960, pp. 183-205.

BOGNETTI G., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. ult. comma,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1971, pp. 18-95.

BOGNETTI G., *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico,* in *Giur. cost.,* 1974, pp. 1433-1448.

BOGNETTI G. *La* par condicio *alla luce dell'esperienza americana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.,* 2000, pp. 485-492.

BOGNETTI G., *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

BOLLINGER L., *The Tolerant Society* (1986), *La società tollerante,* Milano, 1992.

BOLOGNA C., *Difendere la Costituzione o difendere i suoi nemici? Il caso del Maccartismo,* in *Quad. fior.,* 2009, pp. 795-858.

BONETTI P., CASSATELLA A., CORTESE F., DEFFENU A., GUAZZAROTTI A. (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino 2012.

BONGIOVANNI G., *Neocostituzionalismo,* in *Enc. dir.*, Ann., vol. IV, 2011, pp. 749 e ss.

BONGIOVANNI G., *Il neocostituzionalismo e la razionalità nell'interpretazione,* in C. VALENTINI (a cura di), *Costituzione e ragionamento giuridico,* Bologna, 2012, pp. 11 e ss.

BORK, R.H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems,* in 47 *Indiana Law Journal* 1 (1972-1973).

BORRELLO R., *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non dichiarata)*, in *Giur. cost.,* 1988, pp. 3950-3961.

BORRELLO R., *Riunione (diritto di)*, in *Enc. dir.,* vol. XL, Milano, 1989, pp. 1401 e ss.

BORRELLO R., *Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte*: *l'ennesimo capitolo della storia di un tributo controverso*, in *Giur. cost.,* 2002, pp. 2062-2082.

BORRELLO R., *Interrogativi sulla disciplina della* par condicio *nel nuovo assetto del sistema radiotelevisivo italiano,* in M. MANETTI (a cura di), *Europa e informazione,* Napoli, 2004, pp. 101 e ss.

BOVERO M. (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali,* Torino, 2004.

BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 1-12. Principi fondamentali,* Bologna-Roma, 1975.

BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*. *Artt. 13-20. Rapporti civili,* Bologna-Roma, 1977.

BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, Bologna-Roma, 1995.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 5 e ss.

BURATTI A., *L'*affaire *Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratico*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 2243-2247.

CAIANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica,* Padova, 1954.

CALIFANO L. (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004.

CALZOLAIO S., *Il sistema dell'informazione tra Unione europea e legislazione interna*, sul *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

CALZOLAIO S., *Gli ISP si salvano nel P2P. Ma reggeranno allo streaming?*, sul *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

CAMPOSILVAN C., *La recente disciplina ministeriale delle manifestazioni pubbliche nelle aree sensibili dei centri urbani*, in T.F. GIUPPONI (a cura di), *Politiche della sicurezza e autonomie locali,* Bologna, 2010, pp. 117 e ss.

CANNIE H., VOORHOOF D., *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection*?, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, pp. 54-83.

CAPPELLETTI M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco),* Milano, 1955.

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

CARAVITA B., *Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione,* Padova, 1984.

CARAVITA B., *Le quattro fasi del giudizio di ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, pp. 259 e ss.

CARAVITA B. (a cura di), *Magistratura, CSM, e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994.

CARAVITA B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012.

CARETTI P., *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in AA. VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali: scritti in memoria di Paolo Barile,* Padova, 2003, pp. 111 e ss.

CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali,* Torino, 2005.

CARETTI P., *Comunicazione e informazione*, in *Enc. dir.*, Ann., vol. I., Milano, 2007, pp. 218 e ss.

CARETTI P., *Servizio pubblico radiotelevisivo e pluralismo nel diritto comunitario*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, 2007, pp. 37 e ss.

CARINGELLA F., *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

CARLASSARE L. (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, 2007.

CARNELUTTI F., *Postilla,* in *Riv. dir. proc.,* 1957, pp. 363-364.

CARNELUTTI F., *Risposta al prof. Ascarelli*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 22-26.

CAROTTI B., *L'*ICANN *e la governance di Internet*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 681-721.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), vol. I, Parigi, 1962.

CARRE DE MARBERG R., *La loi, expression de la volontè general etude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875* (1931), trad. it. *La legge espressione della volontà generale*, Milano, 2008.

CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea,* in ID. (a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 13 e ss.

CARTABIA M., *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

CARUSO C., *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 635-640.

CARUSO C., *Il caso Citizens United v. Federal Election Commission: money must talk*, in *Quad. cost.,* 2010, pp. 389-391.

CARUSO C., *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, pp. 133 e ss.

CARUSO C., *Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech *nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010). Atti del Convegno internazionale di studi - Bologna, 5 marzo 2010*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 339 e ss.

CARUSO C., *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, in C. VALENTINI (a cura di), *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2012, pp. 169 e ss.

CARUSO C., *Il negazionismo del genocidio armeno in una decisione del Conseil Constitutionnel,* in *Quad. cost.,* 2012, pp. 413-416.

CARUSO C., *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di internet* in G. M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA, *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Madrid, pp. 91 e ss.

CASADEI T. (a cura di), *Società multiculturali e questioni razziali*, in T. CASADEI, L. RE (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, vol. I, Reggio Emilia, 2007.

CASADEI, T., RE L. (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Reggio Emilia, 2007.

CASAVOLA F., *La giustizia costituzionale nel 1994*, in *Riv. amm. Rep. it*., 1995, pp. 13-57.

CASETTA E., *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.,* XII, Milano, 1964, pp. 791 e ss.

CASTELLS M., *Comunicazione e potere*, Milano, 2009.

CASTIGNONE S., FARALLI C., RIPOLI M. (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, 2002.

CASTORINA E., *Manifestazione del pensiero e messaggi di "odio sociale" nel cyberspazio: una regolamentazione multilivello ancora incompiuta,* in A. CIANCIO (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, 2012, pp. 143 e ss.

CATANIA A. (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005.

CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

CELANO B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti,* in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti,* Torino, 2002.

CELANO B., *In difesa delle ragioni basate sui desideri*, in *Ragion pratica*, 2003, pp. 209-232.

CELANO B., *Diritti principi e valori nello stato costituzionale di diritto*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 2004, pp. 53 e ss.

CELANO B., *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, pp. 427-444.

CELANO B., *Pluralismo etico, particolarismo, e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, in *Ragion pratica*, 2006, pp. 133-150.

CERRI A., *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, pp. 1178-1193.

CERRI A., *Regime delle questue: violazione del principio di eguaglianza e tutela della riservatezza*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 48-53.

CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma, 1994, *ad vocem*.

CERRI A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. XIV, Roma, 2006, *ad vocem.*

CHAFFEE Z. JR, *Free speech in the United States*, Cambridge MA, 1941.

CHELI E., *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero,* in *Giur. cost.*, 1961, pp. 644-693.

CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.

CHELI E., *In tema di legittimità costituzionale dell'Ordine e dell'Albo dei giornalisti,* in *Giur. cost.*, 1968, pp. 318-330.

CHELI E., *Conclusioni*, in F. DONATI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Comunicazione: verso il diritto della convergenza?,* Torino, 2003, pp. 183 e ss.

CHELI E., *Lo stato costituzionale: radici e prospettive*, Napoli, 2006.

CHEMERINSKY E., *Content Neutrality as A Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application,* 74 *S. Cal. L. Rev.* 49 (2000-2001).

CHEMERINSKY E., *Constitutional Law. Principles and Policies,* New York-Aspen, 2006 (3ed.).

CHESSA O., *Brevi note sul "contenuto essenziale" (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, pp. 285 e ss.

CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Torino, 2002.

CHESSA O., Drittwirkung *e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico,* in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, pp. 420 e ss.

CHESSA O., *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 207 e ss.

CHIOLA C., *L'informazione nella Costituzione,* Padova, 1973.

CHIOLA C., *L'accesso alla stampa periodica per la rettifica dei fatti e la difesa della dignità personale*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 1455-1459.

CHIOLA C., *I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2191-2201.

CHIOLA C., *La riproduzione a stampa del pensiero altrui*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 575-579.

CHIOLA C., *Il pluralismo spontaneo per la radiotelevisione locale*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 1418-1424.

CHIOLA C., *Sentenza d'irrilevanza per l'accesso a tribuna politica*, in *Giur. cost.*, 1977, pp. 1553-1566.

CHIOLA C., *Il fermo postale di stampati periodici contrari al buon costume*, in *Giur. cost.,* 1979, pp. 1169-1177.

CHIOLA C., *Il regime misto delle affissioni per la propaganda ideologica*, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 666-669.

CHIOLA C., *Lo jus tacendi dei giornalisti sulle fonti confidenziali*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 421-433.

CHIOLA C., *L'alternativa alla riserva statale dell'attività radiotelevisiva nazionale*, in *Giur. cost.,* 1981, pp. 1386-1408.

CIANCIO A. (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, 2012.

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione*", Milano, 2005.

COCCO G. (a cura di), *Lo statuto giuridico dell'informazione, Atti del Convegno*, *Milano, 24 maggio 2010*, Milano, 2012.

COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali ad uso degli studenti*, voll. I e II, Torino, 1987.

COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, 1992.

COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, 2004.

COMANDUCCI P., *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica,* in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002, pp. 71 e ss.

CONSTANT B., *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1819), trad. it. *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2005.

CORASANITI G., *Libertà di sorriso,* in *Dir. inf. inform.*, 1989, pp. 536-544.

CORASANITI A., *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo,* in *Dir. soc.*, 1990, pp. 189-215.

CORSO G., *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo,* in *Ars Interpretandi*, 2002, pp. 437-451.

CORSO G., *Gli illeciti atipici tra regole e principi,* in *Eur. dir. priv.,* 2006, pp. 1087-1093.

COSTA P., *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, 2002, pp. 89 e ss.

COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica,* Milano, 2002.

COSTANZO P., *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, pp. 319 e ss.

COSTANZO P., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet,* in R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, Padova, 1999.

COSTANZO P., *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.,* Agg., Torino, 2000, pp. 347 e ss.

COSTANZO P., *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.,* 2002, pp. 3986-3908.

COSTANZO P., *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, *Giur. cost.*, 2010, pp. 5239-5258.

COSTANZO P., *La stampa telematica nell'ordinamento italiano*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011.

COSTANZO P., *Miti e realtà dell'accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta online* (www.giurcost.org).

CRENSHAW K., GOTONDA N., PELLER G., THOMAS K. (a cura di), *Critical Race Theory: The Key Writtings That Formed The Movement*, New York, 1996.

CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int fil. dir.,* 1941, pp. 41-63, 157-181, 230-264.

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, pp. 195 e ss.

CRISAFULLI V., *Problematica della libertà di informazione*, in *Il Politico*, 1964, pp. 285-305.

CRISAFULLI V., *In tema dei limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 244-251.

CRISAFULLI V., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 925 e ss.

CRISAFULLI V., *L'ordinamento costituzionale italiano*: *le fonti normative, la Corte costituzionale*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, t. I., Padova, 1993.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, t. I., Padova, 1993.

CROCE M., *Che cos'è un'istituzione*, Roma, 2010.

CUNIBERTI M., *Le libertà della comunicazione nello scenario della convegenza,* in ID. (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008, pp. 1 e ss.

CUNIBERTI M. (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008.

CUNIBERTI M. *et al.*, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011.

CUNIBERTI M., *Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, 3/2012.

CUOMO G., *La libertà di manifestazione del pensiero*, in P. BARILE (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (Isap), *La tutela del cittadino, II. La pubblica sicurezza*, Vicenza, 1967, pp. 219 e ss.

D'ALOIA A., *Libertà di manifestazione del pensiero e mezzi di comunicazione,* in A. PIZZORUSSO *et* AL., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale: dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali: terze giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale : Lipari, 1-2 ottobre 2004,* Milano, 2005, pp. 63 e ss.

D'ALOIA A., *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la "maschera" dell'interesse legittimo)*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, pp. 563 e ss.

D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

DANCY J., *Contro le ragioni basate sui desideri*, in *Ragion pratica*, 2003, pp. 189-209.

D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

D'ATENA A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3065-3083.

DE FRANCESCO G., *Commento a D.l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa*, in *Leg. pen.*, 1994, pp. 174-200.

DELGADO R., *Words That Wound*: *A Tort Actionfor Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, 17 *Harv.c.r.-c.l. L. Rev.*, 133 (1982).

DELITALA G., *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, pp. 383-397.

DELLE DONNE M., *Convivenza civile e xenofobia*, Milano, 2000.

DE MAGLIE C., INSOLERA G., PISTORELLI L., *Il diritto di critica giudiziaria e i suoi limiti,* in *Criminalia*, 2009, pp. 361-385.

DE MINICO G., *Silenzio elettorale e costituzione*, in *Dir. soc.*, 2010, pp. 221-238.

DE MINICO G., *Tecnica e diritti sociali nella* regulation *della banda dalla larga*, in ID. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Il caso della banda larga*, Napoli, 2010, pp. 3 e ss.

DE MINICO G., *Dalla tecnologia ai diritti. Il caso della banda larga*, Napoli, 2010.

DE MINICO G., *Diritti, regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011.

DE MINICO G., *Uguaglianza e accesso a internet*, in ID. (a cura di), *Internet Regola e anarchia*, Napoli, 2012, pp. 127 e ss.

DE MINICO G., *Internet Regola e anarchia*, Napoli, 2012.

DE SIERVO U., *Stampa (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 577 e ss.

DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, 2003.

DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*: *linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, 1988.

DI GIOVINE A., *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. XII-XXVIII.

DI PLINIO G., *Libertà negativa, potere sui mezzi e intervento della repubblica nel sistema costituzionale della divulgazione del pensiero*, in *Foro amm.*, I, 1978, pp. 320-364.

DIOTALLEVI L., *Libertà (di corteo) e potere (di ordinanza) in una sentenza del T.A.R. Lazio*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 1529-1538.

DOGLIANI M., *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

DOGLIANI M., *Il posto del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 525-544.

DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche,* in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. II, t. I, Torino, 1982.

DONATI D., *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico* (1910), ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1966.

DONATI F., MORBIDELLI G. (a cura di), *Comunicazione: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003.

D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia politica, dibattito: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano, 1981.

DWORKIN R., *No right Answer?* (1978), trad. it. *Non c'è soluzione corretta?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1983, pp. 469-501.

DWORKIN R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996.

DWORKIN R., *Taking rights seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

DWORKIN R., *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in ID., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996.

ELIA L., *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 634 e ss.

ELY J.H., *Democracy and Distrust*. *A Theory of Judicial Review*, Cambridge MA, 1980.

EMERSON T. I., *Toward a General Theory of Freedom of Expression*, 72 *Yale L. J.*, 877 (1963).

ENGISCH K., *Einfuhrung in das Juristische Denken* (1964), trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1957-1958), in ID., *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, pp. 109 e ss.

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 191-197.

ESPOSITO C., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi,* Milano, 1992.

ESSER J. *Vorverstandis und Methodenwwahl in der Recthsfindung* (1972), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, 1983.

FADDA C., BENSA P. E., *Note dei traduttori al libro primo*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, vol. I, Torino, 1902, pp. 107 e ss.

FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana: illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti* (1976), Milano, 1980.

FARALLI C., PATTARO E. (eds.), *Reason in Law*: *proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. I, Milano, 1987.

FASSÒ G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà giuridico-sociale*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 897-952.

FEMIA P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale: rassegna di diritto civile*, Napoli, 2006.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma-Bari, 1989.

FERRAJOLI L., *Effettività primaria ed effettività secondaria*. *Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005, pp. 129 e ss.

FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2771-2816.

FERRARA A., *Introduzione,* in AA.VV., *Comunitarismo e liberalismo*, Roma, 1992, pp. IX e ss.

FIANDACA G., *Nuove tendenze repressive in tema di diffamazione a mezzo stampa?* in *Foro it.*, vol. II, 1984.

FIORAVANTI M., *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 708 e ss.

FIORE C., *I reati di opinione*, Milano, 1972.

FIORILLO M., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, pp. 90 e ss.

FISS O. M., *Free Speech and Social Structure,* 71 *Iowa Law Review* 1405 (1986).

FISS O. M., *Why the State,* in 100 *Harv. L. Rev.* 781 (1987).

FISS O. M., *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power,* Boulder, 1996.

FISS O. M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge MA, 1998.

FLORIAN E., *Ingiuria e diffamazione: sistema dei delitti contro l'onore secondo il codice penale italiano*, Milano, 1939.

FOIS S., *Manifestazioni sediziose e libertà costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1957, pp. 1086-1091.

FOIS S., *L'articolo 68 t.u.l.p.s. e le rappresentazioni teatrali e cinematografiche* in *Giur. cost.*, 1957, pp. 1092-1096.

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

FOIS S., *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1127-1171.

FOIS S., *Censura*, in *Enc. dir.*, vol. Vl, Milano, 1960, pp. 718 e ss.

FOIS S., *Propaganda elettorale e mezzi di diffusione del pensiero*, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 954-968.

FOIS S., *Giornalisti (ordine dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, pp. 706 e ss.

FOIS S., *"Nuovi" diritti di libertà*, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, pp. 81 e ss.

FOIS S., *Censura e pubblicità economica* (1965), in ID., *La libertà di informazione: scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione,* Rimini, 1991, pp. 91 e ss.

FOIS S., *"Censure" sulla stampa e responsabilità penali: spunti problematici* (1970), in ID., *La libertà di informazione: scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione,* Rimini, 1991, pp. 119 e ss.

FOIS S., *La libertà di informazione: scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione*, Rimini, 1991.

FOIS S., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali* (1963), in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, pp. 1 e ss.

FOIS S., *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost*. (1985), ora in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti,* Milano, 2010, pp. 529 e ss.

FOIS S., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010.

FORSTHOFF E., *Rechstaat im wandel* (1964), trad. it. *Lo stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.

FRANK J., *Law and the Modern Mind* (1949), trad. it. *Il diritto e i giudici,* in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, 2002, pp. 389 e ss.

FRONZA E., *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1997, pp. 32-77.

FRONZA E., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria,* in *Ragion pratica,* 2008, pp. 27-54.

FRONZA E. *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.

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

FROSINI T. E., *Il diritto costituzionale di accesso a Internet,* in *Rivista AIC*, 2/2011.

FROSINI T. E., *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, in *Dir. inf. inform.*, 2012, pp. 911-920.

FULLER L., *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630 (1958).

FUSARO C., *Il cd. silenzio elettorale. Una polemica, a ben vedere, pretestuosa*, sul *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

GADAMER H., *Wahrheit und Methode* (1960), trad. it. *Verità e metodo*, Milano, vol. I, 1995.

GALIZIA M., *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch. giur.*, 1963, pp. 3-110.

GAMBERINI A., INSOLERA G., *Legisalzione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 135 e ss.

GARDINI G., *Diritti di esclusiva su eventi di grande interesse pubblico, brevi estratti di cronaca e diritto di essere informati: un equilibrio ancora instabile,* in *Giur. cost.*, 2012, pp. 602-612.

GAVAZZI G., *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, *ad vocem*.

GESLAO L., *Il diritto di satira,* in M. AINIS (a cura di), *Informazione, Potere, Libertà,* Torino, 2005, pp. 235 e ss.

GERBER VON, C. F., *Grundzüge des deutschen Staatrechts* (1865), trad. it. *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Dritto pubblico*, Milano, 1971.

GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, pp. 65-103.

GIANFORMAGGIO L., LECALDANO E. (a cura di), *Etica e diritto*, Roma-Bari, 1986.

GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico: modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico,* in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983, pp. 131 e ss.

GIUFFRÈ F., NICOTRA I. (a cura di), *Lavori preparatori ed Original Intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008.

GIUPPONI T. F., *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005.

GIUPPONI T. F., *Il governo nel sistema bipolare*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 51 e ss.

GIUPPONI T. F., *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010.

GIUPPONI T. F., *"Sicurezza urbana" e ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 49-82.

GIUPPONI T. F. (a cura di), *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, Bologna, 2010.

GOFFMAN E., *Interaction ritual: essays on face-to-face behavior*, New York, 1967.

GOTANDA N., *A Critique of "Our Constitution is Color-blind"* (1991), trad. it. *"La nostra costituzione è cieca rispetto al colore": una critica*, in THOMAS, K., ZANETTI G. (a cura di), *Legge, razza e diritti. La* Critical Race Theory *negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005, pp. 27 e ss.

GOZZI G., *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, pp. 260 e ss.

GRANDINETTI O., *Risorse pubblicitarie, stampa, emittenza locale e 'pay-tv': le grandi assenti nella decisione che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 15 comma 4 l. n. 223 del 1990*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3758-3765.

GRANDINETTI O.,*'Par condicio', pluralismo e sistema televisivo, tra conferme e novità giurisprudenziali, in un quadro comunitario e tecnologico in evoluzione*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 1315-1328.

GRASSI E., *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 531-552.

GRASSI S., *Il diritto di indire sottoscrizioni e di effettuare raccolte di fondi: una 'libertà atipica'*? in *Giur. cost.*, 1973, pp. 54-69.

GRISOLIA M.C., *Libertà di informazione e ordine dei giornalisti alla luce della riforma degli ordinamenti professionali*, in *Rivista AIC,* n. 4/2012.

GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997.

GROSSI P.F., *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, pp. 79 e ss.

GUASTINI R., *Distinguendo. Studi di teoria e di metateoria del diritto,* Torino, 1996.

GUASTINI R., *I principi nel diritto vigente,* in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso,* Torino, 1995, pp. 113 e ss.

GUASTINI R., *Antinomie e sistemazione del diritto* in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, pp. 151 e ss.

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004.

GUASTINI R. *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.,* 2005, pp. 457-466.

GUASTINI R., *"Un soggetto, un diritto, un giudice". I fondamenti teorici di una giustizia non-amministrativa*, in *Dir. pubbl.,* 2008, pp. 29-58.

GUELI V., *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma, 1959.

GUNTER G., *Foreward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: a Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harv. L. Rev.* 1 (1972).

HÄBERLE P., *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1983), trad. it. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993.

HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

HABERMAS J., *Strukturwandel der Offentlickeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der burgerlichen Gesellschaft* (1962), trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, 2008.

HABERMAS J., TAYLOR C., *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.

HABERMAS J., *Tre modelli di democrazia*, in ID., *Die Einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996), trad. it. *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002, pp. 235 e ss.

HABERMAS J., *Die Einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996), trad. it. *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002.

HAMILTON A., *Federalist* n. 78, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist* (1788), *Il Federalista,* Bologna, 1997.

HAMILTON A., MADISON, J. JAY, *The Federalist* (1788), *Il Federalista*, Bologna, 1997.

HARE I., *Extreme Speech under International and Regional Human Rights Standards,* in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds), *Extreme Speech and Democracy*, New York, 2009.

HARE I., WEINSTEIN J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, New York, 2009.

HART H. L. A., *Positivism and Separations of Law and Morals*, in 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1957).

HART H. L. A., *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 2002.

HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 125-139.

HEIDEGGER M., *Sein und Zeit* (1927), trad. it. *Essere e tempo,* Milano, 1953.

HOBBES T., *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil* (1651), trad. it. *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, Roma-Bari, 1996.

HOLMES O. W., *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975.

HOLMES O. W, *The Path of Law* (1897), trad. it. *La via del diritto,* S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, 2002, pp. 57 e ss.

HORKHEIMER M., ADORNO T. W., *Dialektik der Aufklarüng, Philosphische Fragmente* (1947), trad. it. *Dialettica dell'illuminismo,* Torino, 1976.

HUTCHENSON J. C., *The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, 14 *Cornell. L. Q.* 274 (1929).

HUMBOLDT G., *Ideen zu einem Verzuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen,* (1792), trad. it. *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato,* Milano, 1965.

INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica,* Napoli, 2007.

ISSACHAROFF S., Il *caso Citizens United v. Federal Election Commission: il finanziamento dei partiti nel diritto americano*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 392-397.

ITZCOVICH G., *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teorie dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in *Diritto & quest. pubbl.*, 2003, pp. 109-122.

JELLINEK G., *System der subjektiven offentlichen rechte* (1905), trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912.

KARST K.L., *Equality As a Central Principle in the First Amendment*, 43 *U. Chi. L. Rev.* 20 (1975).

KEANE D., *Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 25, No. 4, 2007, pp. 641-664.

KELSEN H., *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. *La dottrina pura del diritto,* Torino, 1966.

KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981.

KELSEN H., *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionelle)* (1928), trad. it. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale),* in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 144 e ss.

KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna, 2010, pp. 41 e ss.

KELSEN H., *La democrazia*, Bologna, 2010.

JEMOLO A.C., *Lo stato può difendersi*, in *Giur. cost.*, 1970, pp. 957-959.

LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

LANFRANCHI L. (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.

LARICCIA S., *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana,* in *Giur. cost.,* 1986, pp. 86-90.

LASKI H., *La libertà nello stato moderno,* Bari, 1931.

LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo*, Milano, 1996.

LA TORRE M., SPADARO A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.

LAVAGNA C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, pp. 359-381.

LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova, 1973, pp. 1573 e ss.

LAWRENCE III Ch. R., *If He Hollers Let Him Go: Regulating racist speech on Campus,* 3 *Duke Law Journal* 431, (1990), ora in M. J. MATSUDA, CH. R. LAWRENCE III, R. DELGADO, K. W. CRENSHAW, *Words that Wound, Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment,* Boulder - San Francisco – Oxford, 1993, pp. 53 e ss.

LEVI F., *In margine alla libertà del giornalista*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 1557-1561.

LIPARI N., *Libertà di informare o diritto ad essere informati,* in *Dir. radiodiff. e telecom.* 1978, pp. 1-11.

LIPARI N., *Etica e professionalità del giornalista*, in *Dir. radiodiff. e telecom.*, 1982, pp. 505-526.

LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/013GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, pp. 109-158.

LOCKE J., *Second Treatise of Civil Government* (1690), trad. it. *Secondo Trattato,* in ID., *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, 1982.

LOIODICE A., *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1967.

LOIODICE A., *Informazione (diritto alla),* in *Enc. dir.,* vol. XXI, Milano, 1971, pp. 472 e ss.

LOIODICE A., *Libertà di comunicazione e principi costituzionali,* in R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, Padova, 1999, pp. 3 e ss.

LOMBARDI G., *Fedeltà "qualificata" e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero (Problemi e prospettive)*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1220-1230.

LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali,* Torino, 1970.

LOMBARDI G., *Lo stato può difendersi… ma non deve esagerare*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 90-94.

LONGO A., *I valori costituzionali come categoria dogmatica: problemi e ipotesi*, Napoli, 2009.

LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005.

LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

LUCIANI M., *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, pp. 605-637.

LUCIANI M., *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, pp. 501 e ss.

LUCIANI M., *L'interprete della legge di fronte al fatto valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, pp. 1-26.

LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

LUHMANN N., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), trad. it. *I diritti fondamentali come istituzioni*, Bari, 2002.

LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1995, pp. 341 e ss.

LUTHER J., *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1193-1222.

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio normativo*, Milano, 1990.

LYOTARD J., *La condition postmoderne* (1979), trad. it. *La condizione postmoderna*, Milano, 2012.

MACCORMICK N., *Universalization and Induction in Law*, in C. FARALLI, E. PATTARO (eds.), *Reason in law: proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. I, Milano, 1987, pp. 91 e ss.

MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Istitutional Theory of Law* (1986), trad. it. *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990.

MACKINNON C., *Only words* (1993), trad. it. *Solo parole*, Milano, 1999.

MADISON J., *States' Rights and Freedom of Expression, Report on the Virginia Resolutions, January 7, 1800* (1800), in ID., *Selected Writings of James Madison*, Indianapolis-Cambridge MA 2006, pp. 247 e ss.

MADISON J., *Selected Writings of James Madison*, Indianapolis-Cambridge MA, 2006.

MANETTI M., *La libertà di manifestazione del pensiero,* in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2001, pp. 549 e ss.

MANETTI M. (a cura di), *Europa e informazione*, Napoli, 2004.

MANETTI M., *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato,* in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol II, Torino, 2005, pp. 511 e ss.

MANETTI M., *La delega al giudice dell'applicazione della Costituzione come sistema di* governance, in *Dem. dir.*, 2011, pp. 132-141.

MANETTI M., *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in. G. COCCO (a cura di), *Lo statuo giuridico dell'informazione, Atti del Convegno, Milano, 24 maggio 2010*, Milano, 2012, pp. 13 e ss.

MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali* in A. PACE (a cura di) *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, pp. 471 e ss.

MANIACI G., *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta,* in *Ragion pratica*, 2005, pp. 335-364.

MANIACI G., *Razionalità ed equilibrio riflessivo*, Torino, 2008.

MANNA A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989.

MANNELLA F., *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, Napoli, 2011, pp. 2165 e ss.

MANTOVANI F., *I reati di opinione,* in *Il Ponte*, 1971, pp. 206-219.

MANTOVANI F., *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in *Arch. giur.*, 1968, pp. 40-125.

MANTOVANI M., *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inf. inform.*, 1992, pp. 295-333.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale,* vol. VII, Torino, 1918.

MARANINI G., *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967.

MARCUSE H., *One-dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society* (1964), trad. it. *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata,* Torino, 1968.

MARCUSE H., *Repressive tolerance* (1965), *La tolleranza repressiva*, in R. P. WOLFF, B. MOORE JR, MARCUSE H., *Critica della tolleranza,* Torino, 1968, pp. 77 e ss.

MARX K., *Zur Judenfrage* (1843), trad. it. *La questione ebraica*, in K. MARX, *Scritti filosofici giovanili,* Milano, 1996, pp. 52 e ss.

MARZANO F., *Professione giornalistica e responsabilità civile*, in *Giur. cost.*, 1985, pp. 2624-2642.

MASSA M., *Eccesso di potere e incostituzionalità dei regolamenti. Appunti di lettura della giurisprudenza,* in *Giudici amministrativi e diritti costituzionali*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, pp. 352 e ss.

MASTROIANNI R. (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, Napoli, 2006.

MATSUDA M., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story,* in 87 *Michigan L. Rev.,* 2320 (1989), in M. J. MATSUDA, CH. R. LAWRENCE III, R. DELGADO, K. W. CRENSHAW, *Words that Wound, Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment,* Boulder - San Francisco - Oxford, 1993, pp. 17 e ss.

MATTEUCCI N., *Opinione pubblica* (1980), ora in ID., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi,* Bologna, 1997, pp. 169 e ss.

MATTEUCCI N., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997.

MAZZARESE T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali,* Torino, 2002.

MAZZIOTTI M., *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*, in *Giur. cost.,* 1965, pp. 67-77.

MAZZIOTTI M., *Diritto all'immagine e Costituzione,* in *Giur. cost.,* 1977, pp. 1530-1544.

MAZZIOTTI M., *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *In onore di Vezio Crisafulli,* Vol. II, Padova, 1985, pp. 517 e ss.

MCQAUIL D., *Comunicazioni di massa (sociologia),* in *Enc. scienze soc.*, vol. II, Roma, 1992.

MEAD G. H., *Mind, Self, and Society: from the Standpoint of a Social Behaviorist* (1934), trad. it. *Mente, sé e società: dal punto di vista di uno psicologo comportamentista,* Firenze, 1966.

MENDELSON W., *On the meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, 50 *Calif. L. Rev.* 821 (1962).

MEIKLEJOHN A., *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, New York, 1960.

MEIKLEJOHN A., *The First Amendment is an Absolute,* 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245.

MELZI D'ERIL C., VIGEVANI G. E., *La Corte europea dei diritti e la libertà di espressione: il caso Kydonis*, in *Quad. cost*., 2009, pp. 954-957.

MELZI D'ERIL C., VIGEVANI G. E., *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet*, in *Dir. inf. inform.*, 2010, pp. 91-102.

MELZI D'ERIL C., Roma locuta: *la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica* on line, in *Dir. inf. inform.*, 2010, pp. 809-907.

MENGONI L., *Diritti e valori,* Bologna, 1984.

MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica,* Milano, 1996.

MEZZANOTTE C., *Libertà di manifestazione del pensiero, libertà negativa di associazione e ordine professionale dei giornalisti*, in *Giur. cost*., 1968, pp. 1561-1578.

MEZZANOTTE C*., Il giudizio sulle leggi, I, Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979.

MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

MEZZANOTTE C., *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM, e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, pp. 3 e ss.

MEZZANOTTE P., *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune*, in B. CARAVITA, (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, pp. 140 e ss.

MEZZETTI L., *Una nuova storia dei diritti umani*, in ID*., Human rights*, Bologna, 2010, pp. 17 e ss.

MEZZETTI L., *Human rights*, Bologna, 2010.

MEZZETTI L., MORRONE A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010). Atti del Convegno internazionale di studi - Bologna, 5 marzo 2010,* Giappichelli, Torino 2011.

MILL J. S., *On liberty* [1869], trad. it. *Sulla libertà*, Milano, 2000.

MILLS C. W., *The power elite* (1956), trad. it. *La élite del potere*, Milano, 1973.

MINDA G., *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at centurys end* (1995), trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001.

MIRKINE GUETZEVITCH B., *Les nouvelles tendences de droit constitutionelles*, in *Revue du droit public*, 1928.

MODUGNO F., *L'invalidità della legge. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, vol. I, Milano, 1970.

MODUGNO F., *L'invalidità della legge. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, vol. II, Milano, 1970.

MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia,* Bologna, 1982, pp. 19 e ss.

MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1994.

MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale,* in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, pp. 27 e ss.

MODUGNO F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.

MONTESQUIEU C.L.S., *De l'esprit de la lois* (1758), vol. I, Parigi, 1995.

MORESO J.J., *Conflitto tra principi costituzionali,* in *Ragion pratica*, 2002, pp. 241-248.

MORESO J.J., *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, in *Ragion pratica*, 2002, pp. 201-221.

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

MORRONE A., *Principio di ragionevolezza e definizione del concetto di diritto*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 285 e ss.

MORRONE A., *Multiculturalismo e stato costituzionale,* in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: multiculturalismo, comunicazione, federalismo*, Torino, 2005, pp. 13 e ss.

MORRONE A., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, *Enc. dir.*, Ann., vol. II, t. II, Milano, 2008, pp. 185 e ss.

MORRONE A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"*, in *Quad. cost.*, 2012, pp. 829-856.

MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1957, pp. 1097 e ss.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1969.

MORTATI C., *Relazione all'Assemblea costituente della Commissioni per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato istituito presso il Ministero della Costituente*, ora *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, vol I, Milano, 1972, pp. 603 e ss.

MORTATI C., *Raccolta di scritti*, vol I, Milano, 1972.

MORTATI C., *La Costituzione materiale* (1940), Milano, 1998.

MORTATI C., *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana),* (1962), ora in *"Una e indivisibile"*, Milano, 2007, pp. 61 e ss.

MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

MUSCO E., *Stampa (diritto penale),* in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 635 e ss.

NANIA R., *La Corte Suprema, la libertà di espressione delle idee ed il pubblico* flag burning, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1750-1754.

NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2001.

NIGRO M., *Il segreto di Gerber*, in *Quad. fior.*, 1973, pp. 293-333.

NUVOLONE P., *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1962, pp. 421 e ss.

NUVOLONE P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento,* in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero,* Padova, 1966.

NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971.

ODDI A., *La riesumazione dei* boni mores, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 2245-2251.

OETHEIMER A., *Art. 10. Libertà di espressione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 397 e ss.

ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Padova, 1977.

ONIDA V., *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989.

ORLANDO, V. E., *Teoria giuridica delle guarantigie della libertà*, in A. BRUNIALTI (a cura di), *Biblioteca di scienza politica*, vol. V, Torino, 1890, pp. 917 e ss.

ORLANDO V. E. (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1897.

ORLANDO V. E., *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti),* in ID., *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo,* vol. I, Milano, 1900, pp. 1 e ss.

ORLANDO V. E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Modena, 1925.

ORRÙ R., *La "pubblicità" della condotta come "requisito essenziale" della nozione del buon costume* ex *art. 21 Cost. e come "vincolo" all'attività interpretativa dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 3566-3582.

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.

PACE A., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Arch. Giur.*, 1963, pp. 111-132.

PACE A., *La libertà di riunione,* in P. BARILE (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (Isap), *La tutela del cittadino, II. La pubblica sicurezza*, Vicenza 1967, pp. 239 e ss.

PACE A., *Articolo 15,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 13-20)*, Bologna-Roma, 1977, pp. 80 e ss.

PACE A., *Corte costituzionale e "altri" giudici tra "garantismo" e "sensibilità politica",* in AA.VV., *In onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, pp. 587 e ss.

PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo dei del legislatore e dei giudici "comuni"*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà: scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990.

PACE A., *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996.

PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 35-62.

PACE A., PETRANGELI F., *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. dir.,* Agg., vol. V., 2002, pp. 303 e ss.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Torino, 2003.

PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario,* Milano, 2006.

PACE A., MANETTI M., *Articolo 21*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili (artt. 13-28),* Bologna-Roma, 2006.

PACE A., *Legge Gasparri e Costituzione*, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, Napoli, 2006, pp. 75 e ss.

PACE A., *Libertà di informare e diritto ad essere informati: due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, primo comma, del t.u. della radiotelevisione,* in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 459-500.

PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, pp. 83 e ss.

PACE A., *La Consulta dimentica la precettività delle norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 4617-4620.

PALADIN L., *Una questione di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 149-152.

PALADIN L., *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.,* XII, Torino, 1965, pp. 130 e ss.

PALADIN L., *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.

PALADIN L. (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino 1979.

PALADIN L., *Problemi e vicende della libertà di informazione giuridico nell'ordinamento giuridico italiano,* in L. PALADIN (a cura di), *La libertà d'informazione,* Torino, 1979, pp. 1 e ss.

PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali,* in *Quad. cost.*, 1987, pp. 5-27.

PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.,* Agg., vol. I, Milano, 1997, pp. 899 e ss.

PALADIN L., *Fascismo* (1967), ora in ID., *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008, pp. 35 e ss.

PALADIN L., *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008.

PALAZZO A. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2000.

PAPA A., *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2008.

PASSAGLIA P., *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in *Consulta online* (www.giurcost.org).

PASSERIN D'ENTRÈVES A. (a cura di), *La libertà politica*, Milano, 1975.

PAULUCCI G., CASULLI A., *Le Opere di Giorgio Arcoleo*, vol. III, *Diritto costituzionale*, Milano, 1935.

PECES BARBA G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* (1991), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993.

PECORARO-ALBANI A., *In tema di eccitamento al dispregio delle istituzioni e libertà di manifestare il proprio pensiero,* in *Giur. cost.,* 1966, pp. 1217-1220.

PEDRAZZA GORLERO M., *Libertà di diffusione del pensiero e direzione della stampa periodica (A proposito del caso del direttore-editore di un periodico ideologico-politico)*, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 11-26.

PEDRAZZA GORLERO M., *La costruzione della norma-parametro attraverso la definizione "per accerchiamento" (Nel caso della manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata)* in AA.VV., *Strumenti*

*e tecniche di giudizio della corte costituzionale, atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, pp. 557 e ss.

PEDRAZZA GORLERO M., *Giornalismo e giornalisti nella società pluralista* (1988), ora in ID., *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica*, Padova, 2006, pp. 3 e ss.

PEDRAZZA GORLERO M., *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica*, Padova, 2006.

PEDRINI F., *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 161-186.

PEDRINI F., *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quad. cost*., 2012, pp. 285-312.

PEDRAZZOLI M., *Appunti sulla "tendenza" dell'imprenditore con particolare riguardo al lavoro giornalistico*, in P. BARILE, E. CHELI (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma: problemi giuridici e organizzativi*, Bologna, 1976, pp. 419 e ss.

PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argomentation. La nouvelle retorique* (1958), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1989.

PETIT P., *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* (1997), trad. it. *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, 2000.

PETTINARI C., *Sulla possibilità di vietare riunioni con atti generali e astratti,* in *Giur. cost.*, 2012, pp. 623-630.

PEZZELLA V., *La diffamazione. Responsabilità penale e civile*, Torino, 2009.

PICCIONE D., *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2009.

PICOTTI L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, Xenofobia, Odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale,* Padova, 2006, pp. 117 e ss.

PIERANDREI F., *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940.

PINELLI C., *I brevi estratti di cronaca,* in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al "Decreto Romani"*, Rimini, 2010, pp. 51 e ss.

PINELLI C., *Il dibattito sull'interpretazione della Costituzione tra teoria e giurisprudenza,* in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, 2008.

PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa di problemi,* in *Ragion pratica*, 2007, pp. 219-276.

PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, pp. 287-306.

PINO G., *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.

PINO G., *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 965-997.

PIROZZOLI A., *L'iniziativa dell'AGCom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica,* in *Rivista AIC,* 2/2011.

PITRUZZELLA G., TERESI F., VERDE G. (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità,* Torino, 2000.

PIZZORUSSO A., *Le motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1963, pp. 345-407.

PIZZORUSSO A., *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling"*, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 527-531.

PIZZORUSSO A., *Disp. XII*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale,* Bologna-Roma, 1995, pp. 197 e ss.

PIZZORUSSO A., *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi,* in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Torino, 2004, pp. 63 e ss.

PIZZORUSSO A. *et al.* (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale: dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali: terze giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale : Lipari, 1-2 ottobre 2004*, Milano, 2005.

POGGI A., *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995.

POGGI A., *Art. 102*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Artt. 101-139 Disposizioni transitorie e finali*, vol. III, Torino, 2006, pp. 1968-1983.

POLVANI M., *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1995.

POPPER K. R., *The open society and its enemies* (1963), trad. it. *Platone totalitario*, in ID., *La società aperta e i suoi nemici,* vol. I, Roma, 1973.

POPPER K. R., *La società aperta e i suoi nemici,* vol. I, Roma, 1973

POST R. C., *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 *Stan. L. Rev*., 1249 (1994-1995).

POST R. C., *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*, Cambridge MA, 1995.

POST R. C., *Law and Cultural Conflict,* in 78 *Chi.-Kent L. Rev*., 485 (2003).

POST R. C., *Hate speech* (2009), trad. it. *La disciplina dell'hate speech. Considerazioni sociologiche e giurisprudenziali* in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, pp. 97 e ss.

POUND R., *A Survey of Social Interests,* 57, *Harv. L. Rev.* 1 (1943).

POZZOLO S. (a cura di)*, La legge e i diritti*, Torino, 2002.

PRESTA S., *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta,* in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale: rassegna di diritto civile*, Napoli, 2006, pp. 619 e ss.

PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, usi, implicazioni,* Milano, 1994.

PUGIOTTO A., *L'*ordine irrazionale. *L'ordine dei giornalisti nella giurisprudenza costituzionale,* in A. PIZZORUSSO *et al.* (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale: dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali: terze giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale: Lipari, 1-2 ottobre 2004*, Milano, 2005, pp. 179 e ss.

PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale,* in *Diritto penale contemporaneo*, 2013 (www.dirittopenalecontemporaneo.it).

PUGLIESE G., *Diritto all'immagine e libertà di stampa*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 255-364.

PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 239 e ss.

RAMACCI F., *Libertà 'reale' e 'svalutazione' del buon costume*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 3563-3566.

RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo*, vol. IV, t. 1, Milano, 1905.

RAZ J., *Reasons for Action, Decisions and Norms*, in ID., *Practical Reasoning*, Oxford, 1978, pp. 128 e ss.

RAZ J., *Practical Reasoning*, Oxford, 1978.

RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commentario dello Statuto del Regno*, vol. II, Torino, 1909.

RADBRUCH G., *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in *Riv. int fil. dir.*, 1941, pp. 145-156.

RAWLS J., *Political Liberalism* (1993), trad. it. *Liberalismo* politico, Milano, 1994.

REDISH M. H., *Freedom of Expression: a Critical Analysis,* Charlottesville, 1984.

REDISH M. H., MOLLEN A. B., *Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: the Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression,* 103 *Nw. Un. L. Rev.*, 1303 (2009).

RESCIGNO G. U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 247-310.

RESCIGNO P. (dir.), *Trattato di diritto privato,* Torino, vol. II, t. I, 1982.

RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo,* in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali,* vol. I, Torino, 2001, pp. 3 e ss.

RIMOLI F., *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica,* Torino, 1999.

RIONDATO S. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso: diritti fondamentali e tutela penale, atti del Seminario di studio, Università degli studi di Padova, 24 marzo 2006*, Padova, 2006.

RODOTÀ S., *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione,* Roma, 2004.

ROLLA G. (a cura di), *Eguali ma diversi, Identità e autonomia secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada,* Milano, 2006.

ROLLA G., *Profili costituzionali della dignità umana,* in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo,* Napoli, 2008.

ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, pp. 109 e ss.

ROMANO S., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in ID., *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, pp. 449 e ss.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, 1977.

ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988.

ROMBOLI R., *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti,* in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1992, pp. 206 e ss.

ROMBOLI R., *Qualcosa di nuovo… anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge,* in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Napoli, 2009, pp. 677 e ss.

ROPPO E., *Il servizio radiotelevisivo tra giudici, legislatore e sistema politico*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 3945-3950.

RORTY R., SCHNEEWIND J. B., SKINNER Q. (eds.), trad. it. *Philosophy in History*, Cambridge, 1984.

ROSSELLO C., *Commercio elettronico: la governance di internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006.

ROUSSEAU J.J., *Du contrat social ou Principes du droit politique* [1762], trad. it. *Il contratto sociale*, Roma-Bari, 1992.

RUFFINI F., *Diritti di libertà*, (1926), Firenze, 1975.

RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni),* in *Pol. dir.*, 1991, pp. 343-377.

RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del Seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Torino, 1994.

RUGGERI A., *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale,* in *La ragionevolezza nel diritto,* in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto,* Torino, 2002, pp. 97 e ss.

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale,* Torino, 2009.

SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

SALAZAR C., *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008, pp. 67-118.

SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009.

SANDULLI M.A., *Sulla sindacabilità degli atti della Commissione parlamentare per la RAI,* in *Giur. cost.,* 1977, pp. 1822-1837.

SARTOR G., *La matematica della proporzionalità*, in C. VALENTINI (a cura di), *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2012, pp. 127 e ss.

SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza*, Milano, 2000.

SCAFFARDI L., *Istigazione all'odio e società multietnica: il Canada e l'*Hate speech, in G. ROLLA (a cura di), *Eguali ma diversi. Identità e autonomia secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada,* Milano, 2006, pp. 163 e ss.

SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione*, Padova, 2009.
SCARPELLI U. (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali,* Milano, 1983.
SCHAUER F., *Slippery Slopes*, 99 *Harv. L. Rev.,* 361 (1985).
SCHAUER F., *Categories and the First Amendment: A Play In Three Acts, 34 Vand. L. Rev.* 265 (1981).
SCHAUER F., *Playing by the Rules. A Philosofical Examination of Rule-Based Decision –Making in Law and in Life* (1991), trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana,* Bologna, 2001.
SCHELER M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik: neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus* (1927), trad. it. *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori. Nuovo tentativo di fondazione di un personalismo etico*, Milano, 1996.
SCHMITT C., *Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierung* (1929), trad. it. *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, pp. 167 e ss.
SCHMITT C., *Legälitat und Legitimität* (1932), trad. it. *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, pp. 211 e ss.
SCHMITT C., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* 1934, trad. it. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, pp. 247 e ss.
SCHMITT C., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972.
SCHMITT C., *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984.
SCHMITT C., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), trad. it. *Parlamentarismo e democrazia*, Cosenza, 1998.
SCHMITT C., *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre* (1930), trad. it. *Hugo Preuss. Il suo concetto di stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello stato*, in ID., *Democrazia e liberalismo*, Milano, 2001, pp. 87 e ss.
SCHMITT C., *Democrazia e liberalismo*, Milano, 2001.
SCHMITT C., *Die Tyrannnei der Werte* (1959), trad. it. *La tirannia dei valori*, Milano 2009.
SEARLE J., *Speech acts: an essay in the philosophy of language* (1969), trad. it. *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio,* Torino, 1976.
SILVESTRI G., *La separazione dei poteri,* voll. I, II, Milano, 1979, 1984.

SILVESTRI G., *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso* in *Quad. Cost.*, 1989, pp. 229-255.

SILVESTRI G., *Legge (controllo di costituzionalità)* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, pp. 128 e ss.

SILVESTRI G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto,* in *Riv. dir. cost.,* 1996, pp. 3-74.

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.

SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

SIRACUSANO P., *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1992, pp. 30 e ss.

SKINNER Q., *The idea of negative liberties: philosophical and historical perspectives*, in R. RORTY, J. B. SCHNEEWIND, Q. SKINNER (eds.), trad. it. *Philosophy in History*, Cambridge, 1984, pp. 193 e ss.

SKINNER Q., *The republican ideal of political liberty*, in G. BOCK, Q. SKINNER, M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, 1993, pp. 293 e ss.

SMEND R., *Verfassung und Verfassungrecht* (1928), trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988.

SORRENTINO F., *L'art. 553 nell'interpretazione "adeguatrice" della Corte,* in *Giur. cost.*, 1965, pp. 77-83.

SORRENTINO F., *I principi generali dell'ordinamento nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, pp. 181-201.

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

SPASIANO M. R., *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it* n. 5/2011.

SPUNTARELLI S., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 741-763.

STORTONI L., *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, pp. 14-20.

STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2008.

SULLIVAN K. M., *Categorization, Balancing and Government Interests,* in S. E. GOTTLIEB (ed.), *Public Values in Constitutional Law,* Ann Arbor, MI, 1993, pp. 241 e ss.

SUNSTEIN C. R., *Beyond the Republican Revival*, 97 *Yale L. J.* 1539 (1988).

SUNSTEIN C. R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1993.

TAGUIEFF P.A., *La force du préjugé* (1987), trad. it. *La forza del pregiudizio. Saggio sul razzismo e sull'antirazzismo*, Bologna, 1994.

TAMMELO I., *La natura dei fatti come "topos" giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1963, pp. 655-683.

TANZARELLA P., *Il discorso d'odio razziale. Le tappe giurisprudenziali e legislative di un discutibile reato costituzionalmente orientato*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, pp. 50-70.

TANZARELLA P., *L'*hate speech *nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, pp. 151 e ss.

TANZARELLA P., *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia: Il ruolo della giurisprudenza*, su www.gruppodipisa.it.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, in ID., *Assolutismo e codificazione del diritto*, vol. I, Bologna, 1976.

TARELLO G., *Assolutismo e codificazione del diritto*, vol. I, Bologna, 1976.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards,* in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali ad uso degli studenti,* vol. II, Torino, 1987, pp. 311 e ss.

TAYLOR C., *Sources of the Self: the Making of Modern Identity* (1989), trad. it. *Radici dell'io: la costruzione dell'identità moderna,* Milano, 1993.

TAYLOR C., *The Politics of Recognition* (1992), trad. it. *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento,* Milano, 1998, pp. 9 e ss.

TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011.

TEGA D., *I diritti in crisi. Tra Corti Nazionali e Corte Europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

TESAURO A., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005.

TESAURO A., *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un analisi metagiurisprudenziale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2009, pp. 143-199.

TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene giuridico penalmente rilevante*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2011, pp. 885-952.

THOMAS K., *Legge, razza, diritti*: Critical Race Theory *e politica del diritto negli Stati Uniti*, in K. THOMAS, G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La* Critical Race Theory *negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005, pp. 179 e ss.

THOMAS K., ZANETTI G. (a cura di), *Legge, razza e diritti. La* Critical Race Theory *negli Stati Uniti,* Reggio Emilia, 2005.

TONDI DELLA MURA V., CARDUCCI M., RODIO R. G. (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005

TOURAINE A., *Critique de la modernité* (1992), *Critica della modernità*, Milano, 1993.

TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, New York, 2.ed, 1988.

TRIBE L.H., *American Constitutional History* (1978), vol. I, New York, 3.ed. 2000.

TRIPODINA C., *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali,* in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed Original Intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, pp. 229 e ss.

TROILO S., *La libertà di riunione al tempo della direttiva Maroni*, sul *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

TROPER M., *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion pratica*, 1997, pp. 189-207.

VALASTRO A., *I rapporti tra l'art. 15 e l'art. 21 della Costituzione,* in R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, Padova, 1999.

VALASTRO A., *La libertà di comunicazione e nuove tecnologie: inquadramento costituzionale e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale*, Milano, 2001.

VALENTINI C., *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011.

VALENTINI C. (a cura di), *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2012.

VASSALLI G., *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1095-1105.

VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

VELUZZI V., *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

VESPAZIANI A., *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002.

VIDAL NAQUET P., *Les assassins de la memoire. Un "Eichmann de papier" et autres essais sur le revisionnisme* (1987), trad. it. *Gli assassini della memoria*, Roma, 2008.

VIEWORKA M., *L'espace du racisme* (1991), trad. it. *Lo spazio del razzismo*, Milano, 1993.

VIEWORKA M., *L'inquietudine delle differenze*, Milano, 2008.

VIGEVANI G. E., *Per la Corte di Strasburgo magistrati e politici pari non sono*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 660-661.

VIGEVANI G. E., *Libertà di espressione e discorso politico tra Corte europea dei diritti e Corte costituzionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, pp. 459 e ss.

VIGEVANI G. E., *Meno rigorosa nel giornalismo d'inchiesta la verifica sull'attendibilità delle fonti* in *Guida al diritto*, n. 41/2010, pp. 44-48.

VIGEVANI G. E., *Informazione e democrazia*, in M. CUNIBERTI *et AL.*, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, pp. 1 e ss.

VIGEVANI G. E., *La protezione del segreto del giornalista al tempo di internet,* in *Costituzionalismo.it*, 2/2011.

VIGNUDELLI A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: multiculturalismo, comunicazione, federalismo*, Torino, 2005.

VILLONE M., *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi. Logiche e politiche della Corte costituzionale*, Milano, 1974.

VINCIGUERRA S., *Fascismo (sanzioni contro)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 902 e ss.

VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

VIRGA P., *Libertà giuridica e diritti fondamentali,* Milano, 1947.

VISCONTI C., *Aspetti penalistici del diritto pubblico,* Torino, 2008.

VISCONTI C., *Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla legge 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro.it*, parte V, 2006, pp. 217-224.

VISCONTI C., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, pp. 191-212.

VIVIANI SCHLEIN M. P., *Il diritto di satira*, in M. CUNIBERTI *et AL.*, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, pp. 67 e ss.

VOLPE G., *Il costituzionalismo del novecento*, Roma-Bari, 2000.

WACHSMANN P., *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Ragion pratica*, 1999, pp. 57-69.

WEBER M., *Wirtshaft und Gesellschaft* (1922), trad. it. *Economia e società*, vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, 1995.

WINDSCHEID B, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1875), *Diritto delle pandette*, vol. I, Torino, 1902.

WOLFF R. P., MOORE JR B., MARCUSE H., *Critica della tolleranza*, Torino, 1968.

WROBLESKY J., *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche,* in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, Roma-Bari, 1986.

ZACCARIA R., *L'alternativa posta dalla Corte: monopolio "pluralistico" della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2169-2190.

ZACCARIA R, *La Corte costituzionale applica direttamente il principio pluralistico in materia radiotelevisiva e… "non fa il vuoto"*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3748-3758.

ZACCARIA R. (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, Padova, 1999.

ZACCARIA R., VALASTRO A., *Diritto dell'informazione della comunicazione*, Padova, 2010.

ZAGREBELSKY G., *Questioni di legittimità costituzionalità della l. n. 69 3 febbraio 1963, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 330-362.

ZAGREBELSKY G., *Relazione,* in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978.

ZAGREBELESKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY G., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, pp. 179 e ss.

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

ZANON N. (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006.

ZENO ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985.

ZENO-ZENCOVICH V., *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004.

ZENO-ZENCOVICH V., *Libertà di stampa o libertà della stampa? Una rilettura di un tema antico,* in M. Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, pp. 83 e ss.

ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al "Decreto Romani"*, Rimini, 2010.

ZITELMANN E., *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

# SOMMARIO

Premessa VII

CAPITOLO I
LE LIBERTÀ COSTITUZIONALI COME ISTITUZIONI

1. In premessa 1
2. Come eravamo. Il superamento del concetto morale di libertà: dai *reflexrechte* ai diritti pubblici subiettivi in Germania 2
   2.1. …e in Italia 8
3. Il testo costituzionale del 1948 e la dimensione formale delle libertà 15
   3.1. Garanzie costituzionali, divisione dei poteri e duplicazione formale della legalità ordinaria nella legalità costituzionale 20
   3.2. L'alternativa tra validità e invalidità e la delimitazione dei diritti 26
4. Concetto materiale di Costituzione e dimensione assiologica delle libertà 33
   4.1. Dalla legalità costituzionale alla legittimità. Elementi "positivi" nella teoria delle libertà 38
   4.2. L'inveramento istituzionale delle libertà 43
   4.3. Dimensione "reale" (o istituzionale in senso stretto) delle libertà e rilievo della tutela giurisdizionale 53
5. Funzione del fatto ed abbandono di una teoria dichiarativa dell'interpretazione giuridica 57
   5.1. Modelli e teorie del bilanciamento (o dei diritti di libertà come *standard*) 61
   5.2. Principi e regole: una distinzione debole 72
   5.3. Basta che funzioni. Dubbi sul rilievo giuridico della distinzione tra principi, valori e interessi 77

## Capitolo II
## DIALETTICA DELLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO: VERSO UNA TEORIA COSTITUZIONALE DEL DISCORSO PUBBLICO


1. In premessa 81
2. L'originario assorbimento nella libertà di stampa di matrice "statuaria" e la formalizzazione dell'*agere posse* in Costituzione 86
3. Approcci logico-sistematici: teorie individualiste e limiti impliciti. Una prima critica di metodo 91
   3.1. *(segue)* Limiti logici e teorie democratiche. La "china scivolosa" della funzionalizzazione. Una seconda critica di metodo 95
4. *Hate speech* e tutela delle minoranze nello Stato costituzionale (con particolare riguardo al discorso razzista e al negazionismo) 102
5. Potere pubblico di gestione e mezzi di diffusione all'indomani della "lacuna" costituzionale 122
   5.1. Declino della sfera pubblica borghese e riconcettualizzazione della libertà di manifestazione del pensiero nella libertà di informazione 124
   5.2. Il diritto ad essere informato come diritto soggettivo? 128
   5.3. L'interesse ad essere informato come principio di governo della sfera pubblica 132
6. Oltre il mezzo di diffusione: l'avvento di internet e la libertà di comunicazione 135
7. La libertà di manifestazione del pensiero tra delimitazioni dogmatiche e teorie "costruttiviste" 145
   7.1. Neutralità e apertura del discorso pubblico: esigenze difensive e istanze partecipative 155


## Capitolo III
## I CONFINI ESTERNI DEL DISCORSO PUBBLICO NELLE ARGOMENTAZIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE


1. In premessa 167
2. I limiti "naturali" al diritto di manifestazione del pensiero come clausole di eccezione alla libertà. L'apparente neutralità dell'interpretazione dissociativa 169
   2.1. Dissociazione e delimitazione in chiave restrittiva della libertà di stampa. La funzionalizzazione dei diritti di libertà 178
3. Ancora sull'art. 21 come regola: dissociazione sulle fattispecie legislative e bilanciamenti definitori. Il diritto di libera manifestazione del pensiero come limite esterno alla legislazione 184
4. Senza dissociazione: controllo di razionalità e logica delle (buone?) ragioni 191
   4.1. Dall'esercizio del diritto all'inclusione dei mezzi di diffusione nel discorso pubblico: la libertà di manifestazione del pensiero come limite interno alla legislazione 202

5. I tre stadi della libertà di manifestazione del pensiero
e i confini del discorso pubblico nella giurisprudenza
della Corte costituzionale 216

Capitolo IV
LA STRUTTURA INTERNA DEL DISCORSO PUBBLICO NELLE ARGOMENTAZIONI DEGLI "ALTRI" GIUDICI

1. In premessa 233
2. La libertà di manifestazione del pensiero tra autorità e comunità:
l'eccezione del "discorso razzista" 235
2.1. La funzionalizzazione "protezionistica" della libertà di espressione
nei bilanciamenti "deferenti" dei giudici interni
e nell'"effetto ghigliottina" della giurisprudenza di Strasburgo 244
2.2. La pretesa dimensione collettiva del diritto all'onore
e la compressione "comunitaria" della libertà di espressione 257
2.3. Per una riscrittura del divieto di "propaganda d'odio" 263
3. La libertà di manifestazione del pensiero nel conflitto individuo-comunità:
diritto di cronaca e interesse *del* pubblico 267
3.1. La "forza gravitazionale" del discorso pubblico:
il diritto di critica politica e il diritto di satira 276
4. La dialettica individuo-autorità nel *medium* comunicativo:
lo scrutinio stretto sulla disciplina dei fori pubblici tradizionali 287
4.1. Lo scrutinio debole sulla disciplina amministrativa
del foro radiotelevisivo: i limiti modali alla libera regolazione
del potere privato 293
4.2. La restrizione dei canali di accesso al discorso pubblico:
il "caso Europa 7" tra libertà di trasmissione e potere
conformativo-gestionale del pubblico potere 303
4.3. Il nuovo foro della stampa on-line. Regole definitorie e sfere di liceità 312
5. Semi-neutralità del discorso pubblico e tentativi giudiziari di riequilibrio
in senso egualitario 317

Osservazioni conclusive 325

Riepilogo 337

Indice delle opere citate 351

# PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.