

1 LE DEMOCRAZIE E LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

1.1 Le democrazie protette e “tolleranti”

Per poter dibattere coscientemente di discorsi d’odio, occorre chiarire in prima battuta cosa si intende per democrazia, nella consapevolezza che non esiste un’unica democrazia, ma tipologie di democrazie, sia a livello teorico che di esperienza concreta.

Si può, innanzitutto, operare una prima distinzione tra democrazia “povera” e democrazia “ricca”.

In via preliminare, una democrazia “povera” ha meno da proteggere rispetto alla sua controparte e può essere tipizzata come più accogliente nei confronti di eventuali differenze. Una democrazia “ricca”, implicando un complesso sicuramente maggiore di valori, può logicamente entrare più facilmente in conflitto con altri principi contrapposti e, di conseguenza, ha più interessi da proteggere.

In secondo luogo, occorre far notare che, nella realtà odierna, è prevalente e trova spesso espressione concreta negli interessi costituzionali una democrazia qualificabile come “ricca”, anche grazie alle numerose evoluzioni avvenute nel ‘900.

La democrazia, per la sua stessa ratio, sia essa “povera” o “ricca”, pare imporre un approccio quanto più mite e aperto possibile.

La parola “democrazia” implica, in prima istanza, un’apertura nei confronti dell’altro: ma a quali rivendicazioni culturali o di partecipazione politica deve aprirsi e, soprattutto, esistono richieste che devono essere democraticamente respinte?

Il quesito non ha una risposta univoca. Difatti entrambe le direzioni portano a seri rischi di autodistruzione poiché, da un lato, la sua natura le impone di aprirsi anche nei confronti di chi la distrugge e, dall’altro, se si chiudesse rischierebbe di perdere la sua identità.

Inerente alla questione della protezione della democrazia è possibile individuare due posizioni che riflettono la filosofia, rispettivamente, delle democrazie “tolleranti” e di quelle “militanti o protette”.

“La prima si basa sulla considerazione secondo cui se la democrazia diventa un credo politico imposto come gli altri, finisce con dileguarsi. Se dunque essa vuol

rimanere fedele ai suoi principi ispiratori deve fondarsi su una sfida permanente alle forze che la negano, fidando solo sulla forza che le deriva dal consenso popolare, dato che ogni previsione di una sua protezione sul piano giuridico sfocia, nella sostanza, in forme di democrazia attenuata, se non significa addirittura la fine della democrazia”¹. “La democrazia si presenta come tollerante quando riconosce la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di religione, valorizza il pluralismo; in altre parole, se si analizzano i principi coesenziali alla democrazia si riscontra la creazione di uno spazio di libertà. Vi è una potenziale apertura nei confronti dell’“altro”: l’immagine della società è quella di un luogo di rapporto fra persone e culture differenti, dove valori, anche opposti, si incontrano e convivono”².

La seconda posizione sostiene invece che di qualunque principio si può giustificatamente ridurre la portata al fine di salvaguardare l’effettiva possibilità di applicazione e di operare un ragionevole temperamento con altri principi con esso non incompatibili, ma concorrenti. “Si tratta di una posizione che s’ispira ad un liberalismo definito “armato, il quale ritiene che la dura lezione della storia non offra spazio all’ipergarantismo ottimistico. La corrente di pensiero in questione sostiene, dunque, che anche un regime liberaldemocratico può prevedere mezzi di difesa contro i suoi nemici “interni”, in quanto la tutela della libertà legittima limitazioni alle libertà”³. Tutto ciò, peraltro, senza sconfinare nel diverso regime autoritario, in quanto la democrazia, diversamente da quest’ultimo, impone tolleranza verso tutti, eccetto che per gli intolleranti.

Avallando la sfiducia insita nella corrente del liberalismo “armato” alcuni ordinamenti, cercando di esorcizzare gli aspetti più aberranti del proprio passato, hanno ritenuto di dover stabilire una netta cesura con i sistemi totalitari, finendo per dettare limiti alla libertà di espressione e correndo essi stessi il rischio di apparire autoritari. Una democrazia “protetta” non aderisce alla logica dell’incorporazione del dissenso e, come nel caso della Germania, preferisce limitare la libertà di espressione salvaguardando, nel conflitto di interessi, la dignità del popolo offeso da eventuali espressioni ingiuriose o non veritiere. Secondo la democrazia militante tedesca lo Stato democratico non può concedere ai suoi nemici di sviluppare un’azione politica capace di portare al rovesciamento delle istituzioni che attuano i principi in esso professati, ma deve cercare di

¹ 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*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 71.

² A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, pagg. 166-167.

³ 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*, cit., pagg. 72-73.

prevenire tale eventualità, anche mediante forme di repressione dei movimenti che perseguono ideologie incompatibili con i principi democratici stessi.

“Ma questo metodo escludente, che non accetta altre “versioni ufficiali”, cade inevitabilmente nel ricatto della verità unica ed eteroimposta”⁴.

Entrambe le filosofie si basano, rispettivamente, su due affermazioni che convivono all’interno dei moderni regimi liberaldemocratici: la democrazia non si può difendere né attaccare violandone le regole.

La verità unica non può rappresentare la soluzione definitiva e al passo coi tempi: “una democrazia adulta, o che almeno ambisca a divenire tale, dovrebbe affidare al “libero mercato delle idee” il radicamento dei principali valori democratici”⁵.

1.1.1 La democrazia italiana

“Nell’ambito della cultura italiana i termini della querelle risultano fissati dalla discussione tra Einaudi e Croce: il primo, sostenendo che la libertà non può essere mai negata da coloro che ne hanno fatto la loro ragione di vita, ammetteva solo la possibilità d’impedire con legge metodi violenti, rimettendosi per il resto alla volontà della maior pars. Il secondo, rifiutando l’idea che il metodo della libertà possa condurre alla soppressione della libertà, non escludeva l’uso della forza “a servizio del bene supremo”⁶.

Per analizzare l’ideologia di fondo della democrazia italiana, è necessario procedere attraverso l’analisi delle concezioni che hanno portato alla scrittura del testo costituzionale.

Il primo dato che si ricava è quello di una fede dei Costituenti nel metodo democratico quale strumento essenziale al confronto politico e, quindi, di una fiducia nelle regole della democrazia “tollerante”. Un ordinamento, dunque, il cui scopo primario fu l’affermazione dei valori intrinseci attraverso il dibattito pubblico, tutelando anche le opinioni più controverse. La speranza più grande dei Costituenti fu l’instaurazione di una democrazia fondamentalmente libera e pluralista; dovrà essere salvaguardata quindi ogni ideologia nel rispetto del metodo democratico, il quale riuscirà, con un sistema di pesi e contrappesi, a combattere le falsità e le ingiurie.

⁴ S. Parisi, *Il negazionismo dell’Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. Cost.*, n° 4 del 2013, pag. 892.

⁵ *Ibidem*.

⁶ A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit., pag. 1.

Di conseguenza, per realizzare il disegno e la volontà dei nostri Costituenti è necessario che il dibattito pubblico e, più in generale, la democrazia siano “tolleranti” verso tutte le idee, anche quelle infondate o menzognere.

Questa visione ottimistica e di fiducia nel funzionamento corretto del metodo democratico non è rimasta costante nel 900’, anche a causa degli eventi politici che scossero le nazioni durante la Seconda Guerra Mondiale. A sostegno di ciò le richieste tipiche della democrazia “militante” di escludere dalla tutela dell’art. 21 Cost. le opinioni che si oppongono ai valori costituzionali sono parse maggioritarie, soprattutto nei nostri giorni.

1.1.2 Il difficile rapporto libertà-repressione

“Gli assetti liberaldemocratici sono gli unici che non solo ammettono la contestazione ideologica di sé stessi, ma sotto un certo profilo la incoraggiano, se non proprio la esigono, come condizione organica di vita e di crescita del sistema”⁷ (è la voce dell’irriverente che deve essere primariamente garantita).

Il tema in questione è molto controverso a causa anche della delicatezza degli equilibri su cui la democrazia poggia. Trattandosi di un ordinamento politico-sociale che crea di per sé una cultura del dissenso e la considera contemporaneamente come un positivo arricchimento della dialettica sociale, vi è la necessità di cogliere i limiti e i rischi presenti in entrambe le posizioni previamente individuate.

Data la difficoltà dell’adozione di una soluzione universale e definitiva, le Costituzioni dovrebbero enfatizzare il valore del libero confronto delle idee. In questo modo, uno dei principali criteri di valutazione del pluralismo di un ordinamento democratico sarebbe l’effettiva garanzia ed esistenza del cosiddetto “free marketplace of ideas”, dove anche le opinioni maggiormente turbative possano essere proferite. “Infatti, se la democrazia postula la trasparenza dei meccanismi decisionali e un processo continuo di informazione e formazione dell’opinione pubblica consapevole, la presenza di un luogo dove si sviluppi liberamente il confronto tra le diverse interpretazioni della realtà diviene condizione necessaria per creare un ambiente favorevole alla maggior diffusione possibile di qualunque informazione o idea”⁸.

⁷ 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*, cit., pag. 78.

⁸ G. E. Vigevari, *Libertà di espressione, onere e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, da www.federalismi.it, n° 3 del 2015, pag. 3.

Al contempo, sarebbe una chimera pensare di non regolare, seppur in minima parte, il fecondo mercato delle idee. Alcune espressioni, per quanto alcuni le ritengano coesenziali al dibattito pubblico, non hanno un reale contenuto informativo, ma hanno come unico e vero scopo la lesione della dignità dei singoli o dei gruppi. È possibile, dunque, prendere coscienza del rapporto libertà-repressione della manifestazione del pensiero nell'ambito degli ordinamenti liberaldemocratici. "Si tratta di accettare come fisiologica appunto la circostanza che in quel tipo di ordinamento, proprio perché caratterizzato da una tensione intrinseca alla sua forma particolare d'integrazione, all'esigenza di dinamismo soddisfatta dalla garanzia della libertà d'opinione, si affianchi necessariamente un'esigenza di staticità. Esigenza soddisfatta dalla tutela anche anticipata"⁹.

In generale, si avverte una crescente preoccupazione nell'affrontare questioni sospese fra operare della tolleranza democratica e violazione di principi democratici fondamentali. La necessità di mantenere l'equilibrio intatto porta a preferire la tecnica delle soluzioni caso per caso e, dunque, il compromesso concreto del giudice piuttosto che il bilanciamento di principi operato dal legislatore.

1.2 La libertà di manifestazione del pensiero

La tutela di questo diritto fondamentale rappresenta il principale strumento con il quale i cittadini possono influire sui procedimenti decisionali, "sia che ciò avvenga in forme giuridicamente disciplinate quanto al procedimento ed agli effetti, sia che ciò si realizzi mediante la formazione dell'"opinione pubblica" e quindi attraverso l'influenza che questa esercita in vari modi sui titolari dei pubblici poteri"¹⁰. Conseguenza di questa pervasività è che la libertà di manifestazione del pensiero non ha solo lo scopo di garantire al cittadino uno spazio di libertà non influenzabile (l'art. 21 Cost. garantisce una tutela indeterminata, salvo che la parola urti contro i limiti derivanti da disposizioni costituzionali), bensì serve anche ad assicurare alla comunità e al dibattito pubblico il contributo di pensiero di tutti i consociati. Contro l'opinione secondo la quale la libertà di espressione avrebbe carattere esclusivamente individualistico (come diritto fondamentale del singolo), deve

⁹ 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*, cit., pagg. 94-95.

¹⁰ A. Pizzorusso, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA. VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in onore di Paolo Barile*, CEDAM, Padova, 2003, pagg. 1-2.

accogliersi anche la tesi secondo la quale questa libertà comporta l'esercizio di una funzione sociale o il riconoscimento di un diritto sociale, inteso come la "pretesa di un comportamento attivo dello Stato, affinché, attraverso la formazione di un'opinione pubblica consapevole, sia garantito non solo lo sviluppo della persona umana, ma anche l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese"¹¹."

Oltre ad essere un diritto al contempo individuale e sociale, si può sostenere che la libertà di espressione è un diritto con più titolari: il comunicante e il destinatario della comunicazione. Tale diritto vede la libertà del primo come funzionale a quella dei secondi, a cui compete il diritto ad essere informati.

Recentemente, l'idea che la libertà di manifestazione del pensiero sia un valore universale e costitutivo dell'identità occidentale è stata sottoposta ad una profonda revisione critica. L'oggetto principale di questa opera revisionista sono state le 3 classiche giustificazioni della libertà di manifestazione del pensiero:

- La teoria individualistica che considera ciascuna dottrina emergente dalla società come "verità parziale", da migliorare ed eventualmente superare nel confronto dialettico¹². Concepita come libertà del dissenziente e dell'anticonformista, la manifestazione del pensiero è una libertà negativa che consente all'individuo "di fare o di essere ciò che è capace di fare o di essere senza interferenze"¹³;
- La teoria democratico-partecipativa, di origine nord-americana, che sottolinea il carattere politico della libertà di espressione: la libertà di manifestazione del pensiero non coincide con uno spazio di liceità, strumentale all'autorealizzazione individuale, ma definisce l'autonomia politica del singolo. "Tali elaborazioni collocano la libertà di manifestazione del pensiero lungo il classico crinale individuo/autorità, quale presidio difensivo nel conflitto tra dissenso e ordine costituito o, in alternativa, come strumento di legittimazione democratica del potere pubblico"¹⁴;
- La teoria politica che ritiene il diritto come il risultato di strutture sociali storicamente determinate. La libertà di espressione, quindi, non costituirebbe una verità intangibile e universalmente applicabile, ma

¹¹ G. E. Vigevani, *Libertà di espressione, onere e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, cit., pagg. 3-4.

¹² J. S. Mill, *On Liberty* (1869), trad. it., *Sulla libertà*, Milano, Bompiani, 2000.

¹³ I. Berlin,, *Two Concepts of Liberty* (1969), trad. it., *Due concetti di libertà*, in I. Berlin, M. Santambrogio, *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989, pag. 185.

¹⁴ C. Caruso, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2013, pagg. 795-796.

risponderebbe ai valori di un determinato popolo e/o di una specifica esperienza storica.

Questa impostazione costituisce uno spaccato nella classica teoria della libertà di manifestazione del pensiero: “la libertà di espressione comincia a essere 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”¹⁵. Per fronteggiare questa problematica, l’ordinamento democratico dovrebbe adottare una politica di riconoscimento e di tutela dell’identità culturale di ciascun appartenente della società. In altri termini, la libertà di espressione non si confronta più con l’interesse dell’ordinamento a mantenere la propria integrità, ma con l’interesse della comunità ad un intervento del potere pubblico a tutela delle identità culturali delle minoranze (come, ad esempio, il contrasto al “group libel”).

1.2.1 La libertà di manifestazione del pensiero secondo il costituzionalismo europeo

Il costituzionalismo europeo ha, da sempre, sottolineato l’importanza del diritto alla manifestazione del pensiero, indicandolo come uno dei principi fondamentali di ogni democrazia moderna. L’importanza rivestita da questa libertà non deve far pensare che la sua applicazione sia sconfinata e non sia soggetta a limitazioni dovute ad eventuali abusi. Difatti, sin dalla prima affermazione contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino¹⁶, la libertà di espressione conosce una connotazione di cedevolezza intrinseca.

Successivamente alla Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, diversi stati europei hanno riconosciuto questo diritto munendosi di uno strumento comune di protezione dei diritti umani, articolato su due livelli: da un lato, l’affermazione di tale libertà e, dall’altro, l’enunciazione di una serie di limitazioni. Questi vincoli si sono consolidati in 3 specifici requisiti per poter, appunto, limitare l’applicazione del diritto e sono:

- La previsione di un fondamento legislativo;
- Il rispetto del criterio di proporzionalità;
- La tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

¹⁵ Ivi, pag. 797.

¹⁶ Per approfondimento v. G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, Giuffrè, Milano, 2002.

Una chiara e esaustiva indicazione circa la valenza e la portata di questo fondamentale diritto ci giunge dalla Grande Camera della Corte Europea sui diritti dell'uomo.

Quest'ultima, prima di procedere al giudizio di bilanciamento nel caso "Perincek"¹⁷, elenca i principi fondamentali che regolano l'esercizio della libertà di espressione. Questo excursus appare rilevante non solo per la soluzione del caso, ma anche perché offre una sorta di summa sulla materia. I principi sono i seguenti:

- La libertà di espressione è diritto fondamentale della società democratica ed è condizione per la realizzazione della specifica personalità individuale. "I limiti imposti ex art. 10, par. 2 CEDU non costituiscono la regola, bensì l'eccezione, poiché la parola pubblicamente pronunciata non può essere libera solo quando è inoffensiva o verte su di un tema indifferente, ma, in un contesto pluralista e tollerante, deve essere garantita anche se le idee offendono, provocano shock o disturbano"¹⁸. Da questa enunciazione derivano due deduzioni fondamentali: le restrizioni alla libertà di espressione devono essere previste tassativamente dalla legge e la necessità di ogni restrizione deve essere giustificata secondo un canone di ragionevolezza, da valutare spesso "case by case";
- La previsione dell'art. 10, par. 2 CEDU, la quale richiede che la limitazione alla libertà di espressione sia necessaria in una società democratica, è da intendersi nel senso di "existence of a pressing social need". Gli stati godono dunque di un margine di apprezzamento abbastanza ampio al fine di stabilire se esista o meno tale necessità;
- La Corte non sostituisce l'appena citato giudizio delle autorità nazionali, ma "esercita una funzione di controllo finalizzata a verificare se l'applicazione di una misura restrittiva, tenuti in conto tutti gli elementi del caso concreto, sia proporzionata agli scopi previsti dall'art. 10 CEDU e se le ragioni addotte dall'autorità nazionale per applicare la misura siano rilevanti e sufficienti"¹⁹;
- Le limitazioni di cui all'art. 10 CEDU devono avere applicazione in via eccezionale quando vertono su espressioni o dibattiti di pubblico interesse;
- Le restrizioni alla libertà di espressione sono comunque ritenute legittime quando esse degenerino in un discorso d'odio oppure costituiscano un

¹⁷ Per approfondimento v. C. D. Leotta, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, CEDAM, Padova, 2016 e P. Tanzarella, *Negazionismo: aggiornamenti da Strasburgo*, in www.giurcost.org, 2014.

¹⁸ C. D. Leotta, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, cit., pag. 32.

¹⁹ Ivi, pag. 33.

incitamento diretto o indiretto alla violenza o una giustificazione della violenza o dell'odio, come ad esempio le dichiarazioni che stigmatizzano un gruppo umano, etnico, religioso ecc. In questo caso le dichiarazioni non hanno alcun contenuto informativo e mirano specificamente alla lesione della dignità altrui;

- “La necessità di tener conto del contesto in cui è proferito il discorso comporta l'adozione, da parte della Corte, di un metodo che viene definito “highly context-specific” e che obbliga a soppesare tutte le modalità con cui si svolge la comunicazione e la sua eventuale capacità di recare conseguenze dirette o indirette di offesa”²⁰;

1.2.2 Il diritto assoluto di manifestare il proprio pensiero

Questo diritto fondamentale, per il ruolo centrale che gioca nei regimi liberaldemocratici, finisce a volte per metterne a nudo le irrisolte ambiguità. Tale libertà, da un lato, costituisce fonte di legittimazione e condizione essenziale di vita e di crescita del sistema; dall'altro, se esercitata con finalità aggressive, può manifestarsi come un potenziale pericolo per la stabilità dell'ordinamento o addirittura per i suoi valori di civiltà.

Sulla base di questa ambiguità si è sviluppato un acceso dibattito dottrinale circa la presunta natura assoluta del diritto alla libera manifestazione del pensiero. È possibile individuare, in prima approssimazione, due posizioni:

- L'una, muovendo da una concezione intransigente della libertà in questione, ne caldeggia la pressoché illimitata potenzialità d'espansione, nella convinzione che le limitazioni penalistiche a tale libertà introducano “un elemento totalitario dell'ordinamento democratico-liberale”, e siano dunque in contrasto con i principi liberali che garantiscono “l'assoluta libertà di esporre dottrine contrarie alla libertà”²¹. A sostegno della tesi sull'assolutezza della libertà di espressione pare eccessivo ipotizzare che la difesa di quest'ultima finisca per attribuire molte più chances di vittoria a una parte (quella del dissenso eversivo) rispetto all'altra (quella dell'assetto costituito); per un altro, rappresenta una mera illusione l'affermazione che la presenza di norme penali incriminanti ipotesi

²⁰ Ibidem.

²¹ 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*, cit., pag. 75.

particolari di espressione del pensiero non costituisca una seria minaccia alla libertà di esprimere le proprie idee;

- L'altra, dimostrandosi forse più matura, "prende atto della tensione fra valori concorrenti ed ugualmente desiderabili e, ammettendo un bilanciamento di interessi fra le ragioni della libertà dell'individuo e quelle dell'assetto costituito, ritiene legittimo che un ordinamento, anche liberaldemocratico, possa reprimere manifestazioni del pensiero che tendono ad attivare i destinatari verso la rottura della legalità"²² come, ad esempio, le opinioni che possano urtare, scioccare o inquietare.

Questa tesi trova riscontro anche nella scelta dei nostri Costituenti. Difatti, il valore della libertà di parola non fu realisticamente individuato, in Assemblea costituente, come un "assoluto". Anzi, i Costituenti non si mostrarono particolarmente ottimisti circa l'uso dell'art. 21 Cost. Ne deriva, allora, che il suddetto articolo costituzionale tutela bensì la più ampia circolazione del pensiero, ma lo fa compatibilmente con la salvaguardia degli altri interessi che dovranno trovare fondamento in particolari disposizioni costituzionali. Essa quindi ha una portata amplissima, corrispondente all'area costituzionalmente garantita alla libertà di espressione.

Storicamente, la posizione preferita dalle moderne costituzioni liberaldemocratiche europee appare la seconda. La nota, invece, più rilevante è la lenta evoluzione della giurisprudenza d'oltreoceano: anche il "free marketplace of ideas", di concezione statunitense, incomincia a vacillare e il Primo Emendamento non viene più interpretato come un "assoluto".

1.3 La democrazia "militante" tedesca

Uno degli stati che si identifica maggiormente nell'ideale di "democrazia protetta" è sicuramente la Repubblica federale tedesca, la quale mira alla tutela di alcuni valori fondamentali per la stessa sopravvivenza dell'ordine democratico dello Stato.

Va peraltro notato un elemento rilevante che condiziona tuttora le scelte di ogni singolo paese: "proprio laddove le vicende storiche hanno più da vicino minato la

²² Ibidem.

stessa sussistenza democratica dello Stato, le norme previste a difesa dell'ordinamento sono divenute particolarmente puntuali e sistematiche"²³.

Lo Stato democratico tedesco viene ripristinato successivamente ai tragici avvenimenti della Seconda Guerra mondiale e ne rispecchia fortemente l'ideologia rivolta a far sì che non fosse più possibile compiere le scelte che portarono alla deriva democratica. Viene inaugurata per questi motivi quella "democrazia militante" in aperto contrasto con la "democrazia tollerante" tipica degli Stati Uniti d'America.

L'idea della democrazia militante ha a lungo costituito "una tessera fondamentale del mosaico giurisprudenziale con cui il BVerfG ha cercato di costruire una concezione organica dei "valori supremi" contenuti nel GG"²⁴.

"Per ordinamento fondamentale liberale e democratico si deve intendere, ai sensi dell'art. 21, comma 2 GG, un ordinamento che, esclusa ogni forma di violenza e di dispotismo, costituisca un regime di stato di diritto fondato sulla autodeterminazione del popolo secondo il volere della rispettiva maggioranza, nonché sulla libertà e sulla eguaglianza. Tra i basilari principii di questo ordinamento sono almeno da annoverare: il rispetto dei diritti umani così come realizzati nella Legge Fondamentale, e in primo luogo del diritto alla vita e al libero sviluppo della personalità, la sovranità popolare(...), il pluralismo partitico e le pari opportunità per tutti i partiti politici con il diritto a costituire e a esercitare una opposizione nelle forme previste dalla Costituzione"²⁵.

Si tratta quindi di una legislazione articolata e a volte fin troppo minuziosa, rivolta anche ai "nemici" dello Stato democratico in modo tale che non possano intraprendere un'azione politica in grado di portare al sovvertimento dello stesso e dei principi democratici. Questo obiettivo viene perseguito anche attraverso forme di repressione dei movimenti ideologici sovversivi e con l'adozione di misure sanzionatorie piuttosto severe rivolte a chi intende discriminare un certo soggetto o un dato gruppo per motivi etnici, religiosi, nazionali, ecc. La libertà di manifestazione del pensiero diviene così un diritto che deve essere inquadrato e comparato con valori ritenuti fondanti all'interno del GG, come ad esempio la dignità umana.

²³ L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, Padova, 2009, pag. 60.

²⁴ E. Caterina, *La metamorfosi della "democrazia militante" in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 1 del 2018, pag. 242.

²⁵ BVerfGE 2, 1, 12 s.

1.3.1 Gli articoli fondamentali contenuti nel GG

Uno degli articoli più importanti contenuti nella Legge Fondamentale è l'art. 5, primo comma, il quale statuisce che "ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni e di informarsi, senza essere impedito, da fonti accessibili a tutti". Tuttavia, esso, nel suo secondo comma, prevede tre ordini di limitazioni alla libertà di parola e di comunicazione laddove viene specificato che "questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto all'onore della persona".

La linea guida seguita dalle disposizioni della Legge Fondamentale tedesca, in relazione ai problemi della libertà di manifestazione del pensiero, è espressa dall'art. 18 GG, secondo il quale "chiunque abusa della libertà di manifestazione del pensiero per combattere l'ordinamento fondamentale liberaldemocratico, decade da tale diritto fondamentale". Questa enunciazione di principio esprime un'indicazione di ordine generale che risolve il "paradosso della tolleranza" enunciato da Karl Popper: "(...)la tolleranza deve essere estesa a tutti tranne a coloro che negano il principio di tolleranza o, più brevemente, tutti debbono essere tollerati tranne che gli intolleranti"²⁶.

Peraltro, "il principio della democrazia militante non deve essere confuso con una licenza generalizzata e aspecifica di comprimere il godimento di beni costituzionalmente protetti. Se un intervento di tal segno, finalizzato a difendere l'ordinamento fondamentale liberale e democratico, sia giustificabile o meno, è una questione da risolvere di caso in caso, a seconda della interpretazione della disposizione costituzionale da applicare in concreto"²⁷.

La legislazione tedesca ha previsto anche specifiche misure di contrasto all'odio o al suo incitamento.

Il paragrafo 130 del codice penale tedesco incrimina "chiunque inciti all'odio o all'aggressione alla dignità umana di parte della popolazione". Inserito nei delitti contro l'ordine pubblico, esso tutela la pace pubblica.

L'applicazione che ne è derivata rispecchia pienamente l'ideologia "militante" tedesca perché, "seppure la norma preveda un legame diretto con la turbativa della pace pubblica da parte di chi attentati all'altrui dignità umana o inciti all'odio contro una parte della popolazione, la giurisprudenza non ha concretamente svolto un attento scrutinio di pericolosità sociale, quanto piuttosto ha trattato il

²⁶ K. Popper, *The Open Society and Its Enemies: The Spell of Plato*, Volume 1, Princeton, 1945.

²⁷ BVerfGE 134, 141, 180.

reato sulla base di un pericolo astratto o presunto”²⁸ per la pubblica tranquillità, indipendentemente dal se e dal quando esso si realizzerà.

La scelta del legislatore tedesco, che come si sottolineava precedentemente è sicuramente influenzata dal contesto storico, è stata quella di punire anticipatamente ogni forma di incitamento all’odio per eliminare alla fonte qualsiasi pericolo che minacci la pubblica tranquillità o la dignità di individui o minoranze a prescindere dalle modalità e dalle tempistiche della lesione.

Le analisi socio-giuridiche rilevano come queste manifestazioni siano ancora vive e aggressive, provenienti da una società che ha costruito in maniera troppo forzata un consenso sociale in cui probabilmente la gente non si identifica. “Una democrazia “sedata” che nonostante l’alto numero di norme a protezione continua ad incontrare e affrontare un’elevata quantità di casi giudiziari che richiederebbero probabilmente argomentazioni nuove, più incisive e condivise”²⁹.

1.3.2 Il recente cambiamento con la sentenza “NPD”

Il costituente tedesco ha dovuto valutare se la libertà di costituire partiti di qualsivoglia ideologia non debba trovare limitazioni nel riconoscimento dei principii portanti di ogni democrazia, e se proprio grazie al rispetto di tali principi possano essere esclusi dalla vita politica quei partiti che intendono eliminare la democrazia servendosi formalmente dei suoi stessi mezzi.

Il GG cerca con l’art. 21 di risolvere la problematica.

La norma si articola in due parti in cui, da un lato, viene sancito il principio per cui la costituzione di partiti è libera ma, dall’altro, viene prevista la possibilità che vengano impedito le attività di partiti antisistema.

L’importanza dei partiti nell’ordinamento democratico giustifica un’esclusione degli stessi dal dibattito pubblico e dalla vita politica non già quando questi si oppongono con mezzi legali a singole disposizioni o anche a intere istituzioni previste dalla costituzione, ma solo quando vogliono infrangere o modificare i supremi valori fondanti dello stato costituzionale liberale che il GG considera indispensabili per il mantenimento di un sano ordinamento democratico

È da analizzare attentamente la sentenza NPD del 2017: essa introduce importanti novità pur sempre mantenendo un collegamento con il passato giurisprudenziale del paese.

²⁸ L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, cit., pag. 69.

²⁹ Ivi, pag. 105.

Nella sentenza rimane inalterata la divisione tra il giudizio teorico sull'ideologia e quello pratico sulla "pericolosità". L'elemento di rottura è che tale divisione viene accentuata e portata alle conseguenze estreme. Nel caso NPD, il BVerfG ha infatti accertato sia l'anticostituzionalità del partito sia la sua non pericolosità, dato che la NPD non aveva alcuna possibilità di ottenere peso nelle istituzioni e quindi di influenzarle.

Le due opposte valutazioni si sono risolte in una sentenza che a tratti può essere definita paradossale: il partito è incostituzionale, ma non vietato.

La decisione ha fatto così chiarezza su un punto molto controverso, ovvero se siano necessari o meno ulteriori elementi, oltre a quel "contegno aggressivo" già richiesto precedentemente dal BVerfG. La risposta è positiva e la Corte ora richiede anche un giudizio sulla potenzialità di influenza istituzionale del partito; quest'ultima è però valutata direttamente dal BVerfG, mantenendo in capo ad esso un certo margine di discrezionalità dai contorni non ben definiti.

Ciò che va maggiormente sottolineato è che gli esiti del processo sono stati incisivamente condizionati da un mutamento nell'impostazione teorica di fondo della Corte in materia di democrazia militante: il carattere influenzante sarebbe l'apertura del processo politico. Inoltre non è da sottovalutare l'influenza della giurisprudenza della Corte EDU in materia di divieto di partiti politici: l'autorevolezza di quest'ultima ha avuto certamente un ruolo di primo piano nel cambio del paradigma tedesco.

La svolta teorica è profonda: la democrazia militante, da principio cardine e pervasivo viene ora considerato come un fenomeno secondario nel complessivo disegno del GG. Anzi, forse viene persa completamente la valenza di "principio" nel ragionamento della Corte. Ciò non significa tuttavia che l'idea di democrazia militante sia definitivamente tramontata nell'ordinamento costituzionale tedesco. Difatti, se essa consiste "in una auto-limitazione del principio democratico volta esclusivamente alla preservazione dello stesso, allora ne segue necessariamente che i suoi strumenti trovino applicazione solo in circostanze eccezionali, quando sussiste un serio pericolo per la sopravvivenza del regime democratico"³⁰.

Nella sentenza NPD, oltre all'esame inerente al "Parteiverbot", la Corte afferma che l'ordinamento fondamentale liberale e democratico è fondato su pochi e centrali principii fondamentali. Tali principii sono 3:

- La dignità umana, il quale ha da lungo tempo assunto il connotato di un "super valore" costituzionale nella giurisprudenza del BVerfG e che comprende, in particolare, "la garanzia della personalità, dell'identità e della integrità dell'individuo";

³⁰ E. Caterina, *La metamorfosi della "democrazia militante" in Germania*, cit., pag. 249.

- La democrazia, il quale comprende la possibilità per tutti i cittadini di partecipare in modo egualitario alla formazione della volontà politica del Paese;
- Il principio dello Stato di diritto, o meglio quel principio che “mira a vincolare e a limitare il potere pubblico al fine di proteggere la libertà individuale”.

I presupposti per il Parteiverbot sono integrati quando un partito si adoperi per eliminare anche solo uno di questi 3 elementi e abbia la concreta possibilità di metterli in pericolo.

In conclusione, il BVerfG ha individuato tre “superprincipii” che possono essere collocati addirittura al di sopra dei principii che limitano il legislatore costituzionale.

A seguito del mutamento giurisprudenziale, lo zelante legislatore tedesco ha operato una revisione costituzionale dell’art. 21 GG introducendo due nuovi commi:

- “I partiti, che per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti mirano ad attentare all’ordinamento costituzionale democratico sono esclusi dal finanziamento pubblico”.
- Sia sulla incostituzionalità, sia sull’esclusione dal finanziamento pubblico decide il Tribunale Costituzionale Federale.

La sentenza del 2017 sembra quindi segnare un abbandono, da parte del BVerfG, del principio costituzionale della democrazia militante, ma non anche del concetto di democrazia militante.

“La sentenza opera, come già accennato, una significativa rottura con il passato: riconosce espressamente un carattere eccezionale alle disposizioni che esprimono il principio della democrazia militante, innalza in modo apprezzabile la soglia richiesta per l’emanazione di un Parteiverbot, agganciandola anche a un criterio più oggettivo come la “potenzialità” e le “chances di successo” del partito e si allinea alla giurisprudenza della CEDU”³¹.

È necessaria comunque un’analisi appropriata della nuova filosofia che orienta e che orienterà il BVerfG. La revisione costituzionale ha sicuramente introdotto un procedimento molto meno severo contro i partiti anticostituzionali, ma è pur vero che questo procedimento non sostituisce il Parteiverbot tradizionale, ma va ad aggiungersi andando a costituire uno strumento in più nell’armamentario a difesa della costituzione. Non va nemmeno omessa l’importanza della sottrazione del finanziamento pubblico: essa rappresenta una forte misura limitativa tale che molti vi hanno intravisto un vero e proprio Parteiverbot surrettizio.

³¹ Ivi, pag. 256.

“La ridefinizione della soglia oggettiva e di quella soggettiva è sicuramente ispirata ad un ideale di maggiore tolleranza verso i soggetti “ostili alla costituzione”³². Tuttavia, ciò non comporta di per sé l’abbandono di un modello ispirato all’idea della democrazia militante.

Si deve dunque concludere che in Germania il modello della democrazia militante rimane ben presente, anche se, dopo la sentenza NPD, viene di conseguenza declinato in modo diverso rispetto al passato.

1.4 La democrazia “tollerante” americana

Spostando il discorso oltreoceano, è utile specificare in via introduttiva come la libertà di parola venga riconosciuta “non solo come fondamentale, ma quasi come sacrale e come simbolo stesso della cultura statunitense”³³ la cui base di partenza si fonda su forti radici filosofiche. Secondo la concezione di fondo contenuta nel Primo Emendamento, la democrazia americana ha concepito la libertà di espressione come una delle libertà proprie del singolo, con la conseguenza dell’impossibilità per lo Stato di ingerirsi nell’applicabilità di quest’ultima.

Per questo motivo, nella giurisdizione americana è circostanza eccezionale l’apposizione di limiti alla libertà menzionata: “la dottrina, ma ancor prima la giurisprudenza, hanno sviluppato un attento test sul content neutrality, ovvero si sono occupati di specificare quali siano quelle espressioni che non possono godere della tutela summenzionata in quanto non solo non rappresentano l’elaborazione di un’idea, ma possono anche arrecare danno nei confronti di interessi collettivi”³⁴.

Una delle ragioni più rilevanti circa le differenze tra il costituzionalismo europeo e americano la si identifica nell’atteggiamento dei consociati verso il potere pubblico.

Gli Stati Uniti sono una nazione dove sono presenti sentimenti molto radicati quali l’individualismo e la diffidenza generalizzata nei confronti dell’autorità: questi valori si uniscono per mettere pressione sul discorso pubblico. È possibile che l’interpretazione fornita sul Primo Emendamento sia così attenta alla tutela della libertà di parola perché il discorso pubblico negli USA ha l’arduo compito di garantire la legittimità democratica in un clima di grande sospetto e timore.

³² Ibidem.

³³ L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, cit., pag. 108.

³⁴ Ivi, pag. 109.

Il contesto socio-giuridico in Europa è profondamente diverso dato che, rispetto alla controparte americana, la forma di governo democratica è una nuova arrivata; la tradizione europea di deferenza verso l'autorità politica risulta provata dalla grande tolleranza con cui i cittadini continentali guardano all'Unione Europea. Si può sostenere quindi che gli Stati europei, a differenza degli USA, non hanno l'esigenza e di conseguenza non si servono della pressione sulla sfera comunicativa pubblica al fine di mantenere aperta la partecipazione del singolo individuo.

“Nelle ricostruzioni frutto del pensiero politico nord-americano emerge la caratura politica, in funzione democratico-partecipativa, della libertà di manifestazione del pensiero. I Padri costituenti americani individuarono un nesso inscindibile tra libertà di espressione e sovranità popolare, ponendo le base per la teoria “democratica” della libera diffusione del pensiero. Secondo questa ricostruzione, la libertà di espressione non coincide con uno spazio di liceità ma contribuisce a definire l'autonomia politica dell'individuo che legittima in senso democratico-sostanziale il potere pubblico”³⁵.

Questa teoria la si può facilmente ritrovare, in particolare, nella giurisprudenza della Corte Suprema sulla libertà di manifestazione del pensiero. Per quest'ultima, il dibattito pubblico, per svolgere adeguatamente il proprio ruolo, “deve mantenersi contenutisticamente neutrale e necessariamente aperto al “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”³⁶.

Si può quindi affermare che la Corte Suprema si è ritagliata il ruolo di custode del discorso pubblico, concepito quale assoluto costituzionale non intaccabile dal potere pubblico, inaugurando “una vera e propria “tolleranza militante” con un marcato interventismo giudiziale in tutti i casi in cui non fosse rispettato il paradigma di neutralità imposto dal Primo Emendamento”³⁷.

In generale, astraendosi dal rapporto individuo-autorità, “l'approccio prevalente, per lo meno nel contesto nord-americano, è quello teso a negare l'ammissibilità di limiti alla libertà di manifestare pensieri odiosi e discriminatori, sulla base della constatazione che la limitazione dell'espressione odiosa è in grado di trasformarsi nella limitazione dell'accesso all'arena pubblica a svantaggio, soprattutto, di categorie di soggetti che non avrebbero possibilità diverse ed ulteriori di esternare

³⁵ C. Caruso, *La libertà d'espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2013, pagg. 329-330.

³⁶ Ivi, pag. 333.

³⁷ Ibidem.

le proprie opinioni”³⁸. Paradossalmente, viene sottolineato come proprio i gruppi minoritari, soggetti maggiormente a discriminazioni e tendenzialmente più propensi all’utilizzo di un linguaggio sferzante e poco articolato, possano risultare avvantaggiati dalla massima apertura possibile del mercato delle idee. Inoltre, alcuni dei sostenitori della costituzionalità dei discorsi odiosi individuano una possibile obiezione: “le espressioni odiose e discriminatorie, se ripetutamente perpetrate nei confronti dei medesimi gruppi di soggetti, potrebbero essere in grado, per lo meno sul lungo periodo, di operare in funzione di “silenziatore” delle opinioni e delle istanze di interi gruppi, i quali potenzialmente ambirebbero invece ad entrare nella competizione ideale”³⁹.

Non c’è una soluzione che soddisfi tutte le parti in gioco: il rischio che la libertà di espressione di determinate categorie di soggetti possa essere limitata poiché sono oggetti delle manifestazioni di odio da parte degli “individui dominanti” è accettato, in quanto “l’alternativa determinerebbe comunque l’immediata repressione di alcune forme espressive e quindi l’automatica esclusione di determinati gruppi dal dibattito pubblico”⁴⁰.

La tendenza a negare l’ammissibilità di limiti alla libertà di espressione è oggetto, soprattutto con l’avvento dei social network, di una lenta evoluzione che sta mutando e muterà la giurisprudenza americana, non snaturandone comunque l’impostazione di riferimento. Difatti, sono sempre di più i casi in cui vengono ammessi limiti e imposizioni a ciò che si esprime nei confronti, soprattutto, di gruppi discriminati.

1.4.1 Analisi del I Emendamento

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or of the press”⁴¹.

La filosofia della “tolleranza verso gli intolleranti” contraddistingue in maniera piuttosto netta la giurisprudenza nord-americana, secondo un’esegesi del I Emendamento tesa a sottolinearne la dimensione assolutistica. L’ermeneutica della Corte Suprema trova un riferimento teorico importante nella formulazione di una teoria generale del principio di manifestazione del pensiero come forma di

³⁸ D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Armando Editore, Roma, 2011, pag. 129.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ The National Archives Experience – Costituzione degli Stati Uniti, da www.archives.gov.

edificazione e rafforzamento dello spirito di tolleranza degli individui e nella società. “Nella visione di Bollinger, non soltanto un’analisi costi-benefici dei rischi connessi alla limitazione dell’espressione odiosa e intollerante o all’accettazione della libertà di espressione degli intolleranti conduce a ritenere preferibile la seconda soluzione, in quanto coerente rispetto al significato ed alle finalità della democrazia che per lo meno non abdicerebbe a sé stessa, ma è la stessa accettazione dell’hate speech a poter determinare positivamente un processo virtuoso di educazione degli individui alla tolleranza dell’altro, per quanto promotore di idee e concezioni distanti dal sentire della maggioranza, e, per i loro contenuti, considerabili come inaccettabili”⁴².

Nella legislazione e nella giurisprudenza si è peraltro consolidata un’interpretazione moderata del principio costituzionale appena riportato, nel senso che esso vieta le limitazioni arbitrarie, ma non quelle irragionevoli della libertà di manifestazione del pensiero.

Il rimedio ad un messaggio sgradito è, quasi sempre, “more speech”, salvo che le circostanze oggettive impongano di interrompere la discussione come lo “scarso valore sociale” del dibattito.

L’impostazione di fondo tradizionale, che attribuisce alla libertà di pensiero la funzione di arricchire il “marketplace of ideas”, cooperando al funzionamento del dibattito pubblico, “consente infatti di censurare il pensiero che non contribuisce al raggiungimento delle finalità collettive e il cui unico obiettivo sia quello di istigare all’odio”⁴³ e alla violenza.

1.4.2 Il “free marketplace of ideas”

Il giudice Holmes coniò la metafora del free marketplace of ideas, esprimendo in una dissenting opinion il suo parere: “Che si persegua taluno per le opinioni espresse mi sembra perfettamente logico. Chi non ha dubbi circa le premesse da cui parte o le proprie capacità e desidera un certo risultato con tutto il cuore, esprime naturalmente i propri desideri in termini di legge, e spazza via ogni opposizione. Consentire l’opposizione mediante la parola è un po’ considerare la parola impotente, come quella di chi affermasse che ha fatto quadrare il cerchio, o non avere effettivamente a cuore il risultato o dubitare sia delle proprie

⁴² E. Stradella, *Protezione dell’hate speech e tutela dell’espressione avente rilevanza pubblica negli Stati Uniti d’America: il caso Snyder vs. Phelps*, in *STALS Rivista*, 2012, pag. 4.

⁴³ M. Manetti, A. Pace, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli Roma-Bologna, 2006, pag. 229.

premesse o delle proprie capacità. Ma una volta constatato che il tempo ha avuto ragione di molte fedi battagliere, possiamo giungere a credere che il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati. Questa, in ogni caso, è la teorica accolta dalla nostra Costituzione. La quale, come tutta la vita, è un esperimento, ogni anno, se non ogni giorno, dobbiamo scommettere la nostra salvezza su qualche previsione fondata su conoscenze imperfette. Finché tale esperimento fa parte del sistema, penso che dobbiamo costantemente vigilare contro il tentativo d'impedire l'espressione delle opinioni che detestiamo e consideriamo esiziali, tranne che minaccino d'interferire così da vicino con i leciti e urgenti fini del diritto da rendere necessario un riparo immediato per la salvezza del Paese"⁴⁴.

La teoria del "free marketplace of ideas" corrisponde all'ammissione incondizionata di tutte le opinioni, sempre che non minaccino l'ordine democratico; chiunque può partecipare al mercato con le sue idee e, attraverso la discussione, scambiarle con altri. Le idee e le opinioni competerebbero così tra di loro, e ciascuno di noi avrebbe la possibilità di valutarle, di pesarle nel loro reciproco confronto e poi di scegliere quella preferita. Milton propone un'interessante metafora paragonando il dibattito pubblico ad una "streaming fountain", le cui acque (ovvero le informazioni) si inquinano quando vengono imposti dei blocchi al loro continuo fluire.

"Alla base delle teorie legate al free marketplace of ideas vi è la radicale convinzione liberista secondo la quale gli individui in quanto razionali sono capaci di discernere i prodotti e i servizi migliori in un mercato libero"⁴⁵. In quanto consumatori razionali di idee, sceglieremo le migliori tra le tante. Così come i cattivi prodotti sono espulsi dal mercato e i buoni prodotti hanno successo determinato dalla loro qualità, così le buone idee dovrebbero prevalere mentre quelle odiose e non veritiere dovrebbero essere marginalizzate.

Peraltro, John Stuart Mill, acceso sostenitore del "free marketplace of ideas", "riteneva che anche le opinioni false potessero essere ipoteticamente valide dal momento che l'uomo non può dare come assodate le proprie verità: tale assunto equivarrebbe a sostenere che l'uomo ha raggiunto il massimo sapere e, pertanto, il confronto tra le opinioni non avrebbe alcun significato"⁴⁶. Da tale analisi, si può

⁴⁴ O. W. Holmes, *Abrams v. United States*, 10 novembre 1910, 250 US 616, 624, in O.W. Holmes, C. Geraci (a cura di), *Opinioni dissenzienti*, Giuffrè, Milano, 1975, pag. 105.

⁴⁵ G. De Gregorio, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *Medialaws* n° 1 del 2017, pag. 95.

⁴⁶ Ivi, pag. 96.

argomentare che anche le opinioni false possono avere una parte di verità che non può essere sacrificata per ragioni censorie dal momento che l'uomo non è a conoscenza della verità assoluta.

Per Mill "non esiste un unico concetto di verità ma sussistono diverse opinioni che, seppur in parte false o incomplete, nel loro confronto possono formare una verità completa o possono contribuire ad arrivare a quest'ultima via attraverso un processo dialettico che avviene in un libero mercato delle idee"⁴⁷.

1.5 L'introduzione di nuovi strumenti di protezione della democrazia

A fronte delle problematiche esaminate, è utile indagare circa l'esistenza, nelle nostre democrazie liberali, di un "diritto di non tollerare gli intolleranti".

La domanda collegata alla tematica dell'"intolleranza" verte soprattutto sulla possibilità di introduzione ex novo di ulteriori strumenti di protezione della democrazia. La soluzione affermativa è avvalorata in quei sistemi in cui solo da poco le istituzioni si apprestano a vivere una nuova stagione di pluralismo (a causa di un precedente regime autoritario): vi è dunque la necessità di una maggiore tutela. "Non sempre peraltro è vigile in questa linea di pensiero il senso dei rischi oggettivamente presenti in ogni forma di accentuata protezione del regime democratico: rischio di integralismo democratico, rischio di scivolare dalla democrazia protetta alla democrazia blindata (vicende della Repubblica Federale Tedesca). Si tratta peraltro di rischi potenziali, controbilanciati d'altra parte da quelli che può correre una democrazia senza difesa"⁴⁸.

Al contrario, le misure repressive a tutela della democrazia non sono più giustificabili in ordinamenti in cui il pluralismo è oramai affermato solidamente. Molto spesso il consenso popolare alla democrazia, e la conseguente reazione dei cittadini ad ogni tentativo di attaccarla, rappresentano il migliore e più consolidato strumento di contenimento delle derive antisistema, utile a salvaguardare l'ordine costituito democratico.

Non si può pensare comunque che i più drastici strumenti di tutela dell'ordinamento democratico, come l'eliminazione di un partito pubblico, possano essere in contrasto con la volontà popolare.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ 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*, cit., pagg. 79-80-81.

Utilizzando le teorie di Dahl sugli alti costi sostenuti dalle democrazie pluraliste nel tentare di mettere a tacere le organizzazioni antidemocratiche, si può ritenere che anche l'ordine di scioglimento di un partito dovrà essere preceduto da un'attenta analisi dei costi che il sistema sociale è chiamato a sostenere e sulla possibilità di preservare nel tempo gli effetti ottenuti. Questo anche in memoria degli errori passati, dove misure repressive eccessive applicate a degli ordinamenti hanno permesso il dilagare di odio e la formazione di partiti politici antidemocratici.

Sembra opportuno evidenziare, in chiusura di questo capitolo, che se è indubbio che le ragioni ideali del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero portano, tra l'altro, all'affermazione dello Stato democratico, non è però vera la reciproca affermazione: le ragioni ideali della democrazia difatti non si identificano esclusivamente con i valori della libertà di manifestazione del pensiero. Il paradosso è che se così non fosse la realizzazione della democrazia si risolverebbe nella sola tutela della libertà di manifestazione del pensiero mediante i mezzi di cui si abbia la disponibilità materiale e giuridica.

Ancorché "liberale", la "democrazia" deve pur sempre essere democrazia. E perciò, in quanto tale, deve tendere alla rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono sia la libertà che l'eguaglianza. Tra una libertà moderata estesa all'universale, e una libertà assoluta assicurata a pochi a spese dei molti, è sicuramente meglio una libertà media: questa, nei suoi termini essenziali, è la democrazia. Alla luce della quale la ratio della più ampia circolazione delle più diverse idee assume una valenza non solo qualitativa, ma anche quantitativa.