

media LAWs

Rivista di diritto dei media
1/2021 aprile



Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*

Ottavio Grandinetti

Abstract

Il lavoro, partendo dall'analisi di tre ordinanze cautelari con le quali il Tribunale di Roma ha deciso in modo opposto due casi analoghi in cui Facebook ha disattivato le pagine di due associazioni politiche di estrema destra (CasaPound e Forza Nuova), esamina le ragioni più profonde che hanno determinato questi opposti esiti, individuandole nella diversa qualificazione, da parte dei giudici, del nostro ordinamento democratico come democrazia "protetta" o, invece, "aperta" e nella diversa ricostruzione del rapporto tra disciplina costituzionale e sovranazionale delle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero. Lo studio evidenzia altresì le insidie che possono nascere dalla disciplina multilivello di questi diritti fondamentali ed individua i possibili criteri per risolvere eventuali contrasti tra la disciplina costituzionale, quella UE e quella CEDU. Viene inoltre preso in considerazione il ruolo giocato da Facebook nell'esercizio di queste libertà fondamentali da parte dei cittadini/utenti e si propone la qualificazione dei maggiori social media come "poteri privati", al ricorrere di determinate condizioni.

The essay focuses on three rulings by the Court of Rome resulting in different decisions on the legitimacy of the ban enacted by Facebook vis-à-vis two far-right political associations. It explores the reasons which gave rise to such opposite outcomes in the respective courts' reasoning; among them, it highlights the framing of the Italian Republic as a militant democracy rather than a tolerant one and the different understanding of the relationship between freedom of association and freedom of expression in the national and supranational legal order. The essay also underlines the possible risks inherent to the multilevel protection of these fundamental rights and points out possible criteria for the resolution of the relevant conflicts. Moreover, it tackles the role played by Facebook in the context of the exercise of these fundamental rights

*Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

by citizens and argues that under certain circumstances the most important Internet platforms should be treated as “private powers”.

Sommario

1. Premessa. – 2. I fatti salienti e l’iter motivo dei provvedimenti cautelari in esame. – 2.1. L’ordinanza cautelare monocratica del Tribunale di Roma sul ricorso di Casa-Pound. – 2.2. L’ordinanza cautelare monocratica del Tribunale di Roma sul ricorso di Forza Nuova. – 2.3. L’ordinanza collegiale del Tribunale di Roma sul reclamo di FB. – 3. La posizione “speciale” di FB e le libertà costituzionali in gioco. – 4. Le ordinanze in esame e la problematica ricomposizione della disciplina delle libertà di associazione e di espressione tra Costituzione e fonti sovranazionali. – 4.1. Le ordinanze in esame e la disciplina costituzionale. – 4.1.1. La libertà di associazione... – 4.1.2. ...e la libertà di manifestazione del pensiero. – 5. Considerazioni finali.

Keywords

Internet - social media - manifestazione del pensiero - libertà di associazione - potere privato

1. Premessa

I provvedimenti giurisdizionali oggetto del presente lavoro suscitano numerosi profili di interesse che vanno ben oltre la circostanza (comunque significativa) che giudici dello stesso Tribunale di Roma abbiano deciso in modo opposto due casi analoghi. Ciò che più importa ai fini della presente analisi sono invero le ragioni ultime sottese a tali opposti esiti, che di seguito si tenterà di analizzare.

Le opposte conclusioni cui sono pervenuti i giudici capitolini sembrano infatti spiegabili *in apicibus* anzitutto con la diversa ricostruzione del nostro ordinamento democratico da parte dei giudici: vale a dire, se esso si conformi ai canoni di una c.d. democrazia “protetta” o, invece, a quelli di una democrazia “aperta”.

In secondo luogo, i giudici hanno manifestato due concezioni sensibilmente diverse in ordine al rapporto che dovrebbe intercorrere tra norme costituzionali e norme sovranazionali, con particolare riferimento alla tutela delle libertà fondamentali e, tra di esse, di quelle di associazione (a fini politici) e di libertà di manifestazione del pensiero. A ben vedere, il problema posto dai provvedimenti cautelari in esame rappresenta uno dei temi più ardui tra quelli che, riprendendo la nota definizione di Arturo Carlo Jemolo, potremmo qualificare come “problemi pratici della libertà”: cioè, se in uno Stato che voglia dirsi liberaldemocratico si debba garantire libertà ai c.d. negatori di libertà¹. Non a caso, le ordinanze in esame (per la verità, soprattutto la prima) hanno subito suscitato interesse tra gli studiosi, ancorché i commenti siano stati redatti perlopiù “a

¹ A.C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, 57 ss.

prima lettura”².

Motivo di ulteriore interesse è che i giudici abbiano dovuto affrontare tali temi passando per la diretta applicazione delle disposizioni costituzionali a rapporti tra privati, aspetto assai delicato e che trascina il giurista in quel particolare ambito in cui le frontiere tra diritto pubblico e diritto privato tendono a sfumare, se non a scemare del tutto³.

Di conseguenza, un passaggio fondamentale delle ordinanze è stato quello di qualificare giuridicamente il rapporto intercorrente tra Facebook ed i suoi utenti, nonché di misurarsi con la particolare posizione assunta dalla stessa piattaforma nell’ambito dei social network.

Si tratta di temi tutti del massimo interesse e che potranno qui essere affrontati solo per sommi capi, senza alcuna pretesa di esaustività e con l’aggiunta di una doverosa avvertenza: quando si affrontano, come in questo caso, temi relativi alle libertà di associazione e di espressione in ambito politico, occorre lasciare in disparte le proprie opzioni ideologiche ed ogni genere di emotività per non farsi, per quanto possibile, condizionare nella soluzione dei problemi giuridici.

2. I fatti salienti e l’iter motivo dei provvedimenti cautelari in esame

Le ordinanze in esame trovano la loro comune origine nella decisione assunta il 9 settembre 2019 da Facebook Ireland Ltd. (in prosieguo, “Facebook” o “FB”) – che gestisce in Europa i servizi dell’omonimo social network statunitense – di disattivare le pagine di due associazioni di estrema destra: l’Associazione di Promozione Sociale CasaPound Italia (in prosieguo, “CasaPound” o “CP”) e l’associazione Forza Nuova

² Si v. in ordine cronologico, tra i commenti che si sono potuti rintracciare: R. Bin, *Casa Pound vs. Facebook: un’ordinanza che farà discutere*, in *lacostituzione.info*, 15 dicembre 2019; A. Venanzoni, *Pluralismo politico e valore di spazio pubblico della piattaforma social Facebook: la vicenda Casapound*, in *dirittodiinternet.it*, 12 dicembre 2019; A. Caputo, *Quella su Facebook nel caso CasaPound è una sentenza (in)giusta*, in *buffingtonpost.it*, 13 dicembre 2019; C. Melzi d’Eril - G. E. Vigevani, *Facebook vs. Casapound: un social network è davvero un servizio pubblico?*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 dicembre 2019; A. Manconi, *Note su Facebook, Casapound e l’esclusione dal dibattito pubblico*, in *dinamopress.it*, 18 dicembre 2019; la Redazione della rivista *Diritto dell’informatica*, *Facebook vs Casapound: analisi dell’ordinanza cautelare del Tribunale di Roma. Nuovo ruolo del social network?*, in *dirittodellinformatica.it*, 20 dicembre 2019; C. Caruso, *La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*, in *sidiblog.org*, 20 gennaio 2020; P. De Sena - M. Castellaneta, *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, *ivi*, 20 gennaio 2020; F. Pallante, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in *questionegiustizia.it*, 20 gennaio 2020; P. Zicchittu, *I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *giurcost.org*, 5 marzo 2020.

³ Riguardo alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, all’ormai classica voce di S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 696 ss., può aggiungersi il recente saggio di S. Cassese, *Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?*, in G. Conte-A. Fusaro-A. Somma-V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, 51 ss. Anticipando la citazione di un Autore che si è occupato con profondità e per alcuni aspetti “preveggenza” dei problemi di Internet, si può ricordare quanto affermava già nel 1971 S. Rodotà: «diviene ogni giorno più arduo ritrovare nella realtà di oggi le ragioni e le occasioni intorno alle quali venne edificandosi la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato» (citazione tratta dalla commemorazione del compianto giurista tenuta il 16 giugno 2017 dal prof. G. Azzariti all’Università La Sapienza di Roma).

(in prosiegua anche solo “FN”).

In entrambi i casi Facebook adduceva la violazione, da parte delle due associazioni, delle Condizioni d’uso del social.

2.1. L’ordinanza cautelare monocratica del Tribunale di Roma sul ricorso di CasaPound

Avverso la disattivazione della propria pagina (e del profilo del suo rappresentante⁴) CasaPound adiva in via d’urgenza il Tribunale di Roma, chiedendo che Facebook venisse condannata all’immediata riattivazione della pagina dell’associazione.

Facebook si difendeva eccependo che la chiusura della pagina dell’associazione sarebbe dipesa dalla violazione delle Condizioni d’uso, cui accedono i c.d. Standard della community⁵ (in prosiegua “Standard”) che l’utente al momento della registrazione al servizio è tenuto ad accettare nel loro complesso ed a rispettare.

In particolare, ai sensi dell’art. 5 delle Condizioni d’uso, gli Standard individuano le regole relative, tra l’altro, ai contenuti pubblicabili su FB ed hanno la funzione di garantire la sicurezza e la salvaguardia dei servizi offerti dal social e della sua comunità. In caso di violazione degli Standard/Condizioni d’uso è previsto il potere di Facebook di disporre, a carico dell’utente, la sospensione dell’utilizzo del servizio FB e, nei casi più gravi, la disabilitazione dell’account, sia temporanea che definitiva, anche senza alcun preavviso.

Nello specifico, Facebook opponeva alle richieste cautelari dell’associazione che gli Standard vietano espressamente le organizzazioni che incitano all’odio ed alla violenza, mentre CasaPound avrebbe divulgato contenuti di questa natura “attraverso la promozione, nelle pagine di CasaPound, degli scopi e delle finalità dell’associazione” (p. 4 dell’ordinanza). A sostegno di tali affermazioni il social richiamava e documentava, anche attraverso articoli di stampa e di quotidiani online – ma, a quanto pare, non con contenuti pubblicati su FB – «una serie di episodi connotati da atteggiamenti di odio contro le minoranze o violenza, che hanno visti quali protagonisti membri di CasaPound⁶.

Il 12 dicembre 2019 il Tribunale, con l’ordinanza in esame (in prosiegua “Ordinanza monocratica CP”) ha disatteso le difese di Facebook, accogliendo per l’effetto il ricorso di CasaPound ed ordinando quindi al social di riattivare immediatamente la pagina dell’associazione.

⁴ Com’è noto, su Facebook il “profilo” è un account che permette di raccontare al suo titolare chi egli sia (immagine di profilo e informazioni personali) e quali siano i suoi interessi e i suoi stati d’animo. Il profilo rappresenta perciò l’identità di quel determinato soggetto sul social e coerentemente Facebook permette di creare un solo profilo per utente, per fini personali e non commerciali. Collegate a un profilo personale ci possono essere una o più “pagine pubbliche” (dette anche Fan Page) che Facebook mette a disposizione dell’utente per promuovere la propria attività imprenditoriale o professionale oppure altre iniziative come, nel caso in esame, un’associazione. Nel presente lavoro ci si concentrerà sulla posizione dell’associazione piuttosto che su quella del suo rappresentante, benché anche quest’ultimo abbia agito in giudizio a tutela del suo profilo.

⁵ Gli Standard della comunità di FB sono leggibili all’indirizzo it-it.facebook.com/communitystandards/.

⁶ Trib. Roma, sez. impresa, ord. 12 dicembre 2009.

L'iter motivo dell'ordinanza cautelare si è snodato attraverso i seguenti principali passaggi.

Innanzitutto, il Tribunale ha richiamato il «ruolo centrale e di primaria importanza ricoperto dal servizio Facebook nell'ambito dei social network»⁷ ed il «rilievo preminente assunto dal servizio Facebook (e da altri social network ad esso collegati) con riferimento all'attuazione dei principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano (...)»⁸, desumendone che Facebook ricoprirebbe una «speciale posizione»⁹.

Sicché, il rapporto tra FB e l'utente che intenda registrarsi al servizio non sarebbe assimilabile «al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi», ciò in quanto «una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione: tale speciale posizione comporta che Facebook, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente»¹⁰.

In particolare, l'esclusione di CasaPound si porrebbe in contrasto con «il diritto al pluralismo [politico] di cui si è detto, eliminando o fortemente comprimendo la possibilità per l'Associazione ricorrente, attiva nel panorama italiano dal 2009, di esprimere i propri messaggi politici»¹¹.

Con riferimento alla possibile violazione di quegli stessi principi costituzionali da parte dell'utente, il Tribunale ha pure escluso che gli episodi di incitamento all'odio richiamati da Facebook potessero giustificare la disattivazione della pagina FB, poiché detti episodi, pur riferiti da vari organi di informazione, non avrebbero «trovato ingresso nella pagina Facebook di CasaPound»¹² e, dall'altro lato, la responsabilità di eventi e comportamenti (anche penalmente illeciti) riguardanti singoli appartenenti ad un'associazione non potrebbero «ricadere in modo automatico sull'Associazione stessa (che dovrebbe così farsene carico) e che perciò solo ad essa possa essere interdetta la libera espressione del pensiero politico su una piattaforma così rilevante come quella di Facebook»¹³, tanto più che nel nostro ordinamento le ipotesi di «responsabilità oggettiva o 'da posizione' ... va[nno] interpretate restrittivamente»¹⁴.

Non rileverebbe neppure la pubblicazione di contenuti riguardanti la c.d. croce celtica o altri simboli, trattandosi di «episodi che singolarmente non paiono infrangere il limite di cui si è parlato sopra e che infatti non hanno generato la disabilitazione dell'intera pagina, ma la rimozione di singoli contenuti ritenuti non accettabili» e considerando che, a differenza di altri casi, la pagina non era stata utilizzata dall'associazione ri-

⁷ Ivi, 3.

⁸ Ivi, 5.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Ivi, 4.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

corrente per “promuovere un partito che perseguiva scopi contrari alla Costituzione (...)»¹⁵.

2.2. L'ordinanza cautelare monocratica del Tribunale di Roma sul ricorso di Forza Nuova

Anche FN, a fronte della coeva disattivazione della propria pagina FB¹⁶, ricorreva in via d'urgenza al Tribunale di Roma sostenendo ragioni analoghe a quelle spese da CasaPound nell'altro procedimento cautelare.

Questa volta, tuttavia, il giudice non ha seguito l'iter motivo della precedente ordinanza, ma ha preliminarmente ricostruito il quadro normativo di diritto nazionale, internazionale ed unionale in merito ai limiti apponibili alla libera manifestazione del pensiero in relazione ai messaggi di incitamento all'odio ed alla discriminazione basati su motivi riferibili alla razza, all'orientamento religioso, all'orientamento sessuale o all'origine etnica¹⁷.

All'esito di questa amplissima rassegna di fonti nazionali e sovranazionali¹⁸ ed all'altrettanto diffusa ricostruzione di numerosi episodi (aventi, secondo l'ordinanza, ad oggetto da un lato l'apologia del fascismo se non direttamente la ricostituzione del partito fascista e, dall'altro lato, manifestazioni discriminatorie e talvolta di odio in danno di rom, migranti, omosessuali) tratti da organi di informazione e considerati «fatti notori»¹⁹, il giudice ha quindi concluso nel senso che «Facebook non solo poteva risolvere il contratto grazie alle clausole contrattuali accettate al momento della sua conclusione²⁰, ma aveva il dovere legale di rimuovere i contenuti, una volta venutone a conoscenza, rischiando altrimenti di incorrere in responsabilità»²¹.

Per pervenire a questa soluzione, il giudice si è anzitutto focalizzato sulle fonti internazionali²² che non offrono «alcuna protezione a messaggi di incitamento all'odio o alla

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Nonché di due altre associazioni non legate direttamente a FN, le cui pagine erano state pure rimosse poiché amministrate dallo stesso amministratore di FN.

¹⁷ Risultando, per quel che attiene ai profili sovranazionali, ampiamente debitrice del contributo di P. De Sena – M. Castellaneta, *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, cit.

¹⁸ Essa occupa le pagine da 1 a 14 dell'ordinanza.

¹⁹ Con un ricorso, nella specie, quantomeno problematico all'art. 115, c. 2, c.p.c.

²⁰ Il riferimento è all'art. 3.2. delle Condizioni d'uso, secondo il quale qualora «l'utente abbia violato chiaramente, seriamente e reiteratamente le proprie condizioni o normative, fra cui in particolare gli Standard della community, Facebook potrebbe sospendere o disabilitare in modo permanente l'accesso dell'utente al suo account».

²¹ Trib. Roma, sez. diritti della persona, ord. 23 febbraio 2020, 43.

²² Vengono citati: l'art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata in sede O.N.U. il 9 dicembre 1948, che garantisce la tutela da ogni discriminazione e contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione; gli artt. 1 e 4 della Convenzione di New York sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (ratificata dall'Italia con l. 654/1975), in base ai quali gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza e si impegnano ad adottare misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione, nonché a dichiarare crimini ogni diffusione di idee basate sulla discriminazione

discriminazione e richied[ono] interventi volti a prevenire e ad arginare la diffusione di detti messaggi sul presupposto che essi costituiscano un pericolo per la democrazia»²³. L'ordinanza è poi passata ad esaminare il diritto UE primario e derivato, richiamando: l'art. 2 del TUE secondo il quale la dignità umana è uno dei valori su cui poggiano le fondamenta dell'Unione; il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in prosieguo "CDFUE"), in base al quale l'Unione si fonda «sui valori universali della dignità, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà umana; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto»²⁴; l'art. 11 della stessa Carta (libertà di espressione e d'informazione), nonché il suo art. 21 che vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»²⁵, ciò in sintonia con gli artt. 9, 10 e 19 del TFUE che individuano la lotta contro ogni tipo di discriminazione quale obiettivo delle politiche unionali.

A livello del diritto secondario UE, l'ordinanza ha invece valorizzato la decisione del Consiglio Europeo 2008/913/GAI²⁶ sulla lotta ad alcune forme di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, in cui – pur riconoscendosi che «la lotta contro il razzismo e la xenofobia richiede vari tipi di misure in un quadro globale e non può essere limitata alle questioni penali»²⁷ – si richiede tra l'altro che gli Stati membri perseguano come reati forme di razzismo particolarmente gravi come «l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di gruppi di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore alla religione, all'ascendenza o all'origine etnica o nazionale»²⁸ o l'«apologia, la negazione, la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra quali definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale»²⁹. La stessa ordinanza ha poi richiamato la direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

Accanto a questa decisione, il giudice ha citato anche il Codice di condotta UE adottato per far fronte al proliferare dell'incitamento all'odio razzista e xenofobo online, al

razziale ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda che incitano alla discriminazione razziale; l'art. 20 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, che impone agli Stati di vietare qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, citandosi in proposito la decisione del Comitato dei diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, 15 dicembre 1966, nel caso *Faurisson c. Francia*; l'art. 7 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, che prevede come crimine contro l'umanità la persecuzione contro qualsiasi gruppo o collettività identificabile per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi, sessuali, ovvero per altri motivi che siano universalmente riconosciuti come inammissibili dal diritto internazionale.

²³ *Ivi*, 2.

²⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Decisione del Consiglio Europeo 2008/913/GAI.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

quale hanno aderito prima Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube e successivamente Google+, Instagram, Snapchat e Dailymotion. In base al Codice, i post ed i commenti discriminatori e d'odio vanno prontamente valutati dalle piattaforme online (entro 24 ore dalla segnalazione) e rimossi.

Sul diverso versante del “sistema CEDU”, l’ordinanza ha richiamato l’art. 14 CEDU, secondo il quale «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione»³⁰ e la giurisprudenza della Corte EDU³¹ in materia di limiti apponibili alla libertà di espressione di cui all’art. 10 CEDU, in base al quale tale libertà può essere subordinata a limitazioni necessarie in una società democratica ed al rispetto dei “diritti altrui”.

Con riferimento al diritto nazionale, invece, il giudice, dopo aver ricordato che la repressione penale delle fattispecie discriminatorie dovrebbe rappresentare l’*extrema ratio*, elenca le disposizioni del codice penale (in particolare quelle ora contenute nella Sezione I-bis, Capo III, Titolo XII, del Libro II c.p. intitolato “Delitti contro l’uguaglianza”) e delle leggi speciali³² che sanzionano numerose fattispecie violative dell’altrui dignità, vietando altresì qualsiasi «organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»³³.

L’ordinanza si sofferma poi sull’applicazione giurisprudenziale di tali previsioni³⁴, ricordando come la Corte di Cassazione abbia sistematicamente giudicato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale di queste disposizioni, ritenendo che la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) non ha valore assoluto, ma dev’essere coordinata con altri valori costituzionali di pari rango, come la pari dignità e l’eguaglianza di tutte le persone, e va temperata anche con il rispetto degli obblighi internazionali di cui all’art. 117, c. 1, Cost., in base al quale la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto, oltre che della Costituzione, dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, già sopra richiamati per quel che attiene al tema in esame.

³⁰ Art. 14 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo.

³¹ Vengono citate le pronunzie della Corte EDU *Garandy c. Francia*, ric. 65831/01 (2003); *Gündüz c. Turchia*, ric. 35071/97 (2004); *Erbakan c. Turchia*, ric. 59405/00 (2007); *Feret c. Belgio*, ric. 15615/07 (2009); *Vejdeland ed altri c. Svezia*, ric. 1813/07 (2012); *Király e Dömötör c. Ungheria*, ric. 10851/13 (2017); *Kaboglu e Oran c. Turchia*, ricc. 1759/08, 50766/10 e 50782/10 (2018).

³² Il riferimento è alle leggi: n. 645/1952 (c.d. Legge Scelba); n. 654/1975, il cui art. 3 è stato abrogato e trasfuso nell’attuale art. 604-bis c.p.; n. 205/1993 di conversione del d.l. 122/1993 (c.d. Legge Mancino); n. 482/1999; n. 85/2006; n. 115/2016; n. 167/2017; le quali, anche integrandosi e modificando le prime due leggi, hanno punito penalmente, in modo progressivamente più rigoroso, varie ipotesi di comportamenti razzisti e xenofobi.

³³ Art. 604-bis c.p.

³⁴ Vengono citate le seguenti sentenze della Corte di Cassazione penale: sez. I, 3 febbraio 1997, n. 724; sez. I, 7 giugno 2001, n. 23024; sez. III, 10 gennaio 2002, n. 7421; sez. III, 11 ottobre 2007, n. 37390; sez. III, 3 ottobre 2008, n. 37581; sez. I, 17 giugno 2009, n. 25184; sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819; sez. V, 22 luglio 2019, n. 32862.

Ma anche sul piano extra-penale – ricorda l’ordinanza – si registrano norme finalizzate a vietare comportamenti discriminatori, come nel caso del testo unico sull’immigrazione (che tutela lo straniero da atti di discriminazione) e della normativa nazionale di recepimento della citata direttiva 2000/43/CE, nonché quella sulla tutela delle persone con disabilità³⁵.

Sulla base della ricostruzione del quadro giuridico nazionale e sovranazionale di riferimento, l’ordinanza passa poi ad analizzare la posizione di Facebook e le regole applicabili alla fattispecie in forza delle Condizioni d’uso e degli Standard.

Riguardo al primo aspetto, il giudice afferma – con implicita, ma chiara dissociazione da quanto ritenuto nell’Ordinanza monocratica CP – che «Facebook è un soggetto privato, pur svolgendo un’attività di indubbio rilievo sociale, ed il rapporto tra le parti in causa è regolato, oltre che dalla legge, anche dalle condizioni contrattuali alle quali la parte aderisce quando chiede di iscriversi al social network»³⁶. In particolare, ricorda il giudice, le Condizioni d’uso da un lato prevedono che, al fine di creare una community in cui le persone si sentano al sicuro, sono vietati usi impropri dei servizi FB e comportamenti dannosi per gli altri utenti, dall’altro lato fanno rinvio agli Standard³⁷, secondo i quali sono vietati i contenuti che possano essere interpretati come «discorsi di incitazione all’odio»³⁸, cioè un «attacco diretto alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi [...] discors[i] violent[i] o disumanizzant[i], dichiarazioni di inferiorità o incitazioni all’esclusione o alla segregazione»³⁹.

Gli Standard «[p]er impedire e interrompere atti di violenza reali, non permett[ono] la presenza su Facebook di organizzazioni o individui⁴⁰ che proclamano missioni violente o che sono coinvolti nelle seguenti attività: terrorismo; odio organizzato; omicidio di massa (compresi i tentativi) o omicidio plurimo; traffico di esseri umani; violenza organizzata o attività criminale»⁴¹, rimuovendo i «contenuti che esprimono supporto o elogio di gruppi, leader o individui coinvolti in queste attività»⁴². Ancor più in dettaglio gli Standard definiscono «organizzazione che incita all’odio» qualsiasi «associazione di almeno tre persone con un nome, un segno o simbolo e che porta avanti un’ideologia, dichiarazioni o azioni fisiche contro individui»⁴³ in base alle caratteristiche sopra richiamate, non consentendo «la condivisione sulla [...] piattaforma di simboli che rappresentano una delle organizzazioni o degli individui di cui sopra se non a fini di condanna o di discussione»⁴⁴, né «contenuti che elogiano le organizzazioni e gli indivi-

³⁵ Si tratta rispettivamente del d. lgs. 286/1998, del d. lgs. 215/2003 e della l. 67/2006.

³⁶ Trib. Roma, 23 febbraio 2020, cit., 14.

³⁷ Artt. 3.2 e 5 delle Condizioni d’Uso.

³⁸ Standard della community di Facebook.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Definite “persone e organizzazioni pericolose”.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

dui di cui sopra o atti da loro commessi»⁴⁵.

Alla luce dell'analisi delle informazioni reperibili in rete, l'ordinanza qualifica perciò FN come “organizzazione d'odio” ai sensi della normativa nazionale e sovranazionale, nonché ai sensi delle Condizioni d'uso e degli Standard di FB, in quanto l'associazione per un verso si richiama «agli ideali del fascismo»⁴⁶, per altro verso si è resa «protagonista di iniziative di discriminazione in danno di rom, migranti e omosessuali»⁴⁷, così pervenendo il giudice a conclusioni che, per la loro inconciliabilità con quelle contenute nell'Ordinanza monocratica CP, hanno fatto pensare – come si vedrà, troppo presto – ad una sua implicita “riforma”⁴⁸.

2.3. L'ordinanza collegiale del Tribunale di Roma sul reclamo di FB

Pochi mesi dopo, il Tribunale di Roma, investito del reclamo proposto da FB avverso l'Ordinanza monocratica CP, l'ha confermata integralmente, ancorché effettuando alcune precisazioni in merito all'iter motivo seguito nella fase monocratica⁴⁹.

Il collegio ha innanzitutto sgombrato il campo dall'asserita “specialità” del rapporto intercorrente tra FB ed i suoi utenti nonché dal rilievo assegnato alla qualità di partito politico di CasaPound.

Riguardo al primo punto, l'ordinanza collegiale afferma perentoriamente che al rapporto intercorrente tra FB e gli utenti si applicano le ordinarie regole civilistiche. Ciò peraltro – soggiunge il Tribunale – non vuol affatto significare che l'esercizio dei poteri contrattuali sia insindacabile o senza limiti, dovendosi sempre applicare, in base alla giurisprudenza⁵⁰, sia i limiti dell'ordine pubblico e del buon costume, da interpretarsi «secondo i principi costituzionali»⁵¹ e sempre apponibili a qualsivoglia manifestazione di autonomia privata, sia le clausole generali della buona fede e del divieto di abuso del diritto ai sensi degli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., così che il giudice può «intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, tanto più ove dette clausole possano incidere sull'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti»⁵², non potendosi lasciare alla contrattazione fra le parti ed al «rapporto di forza fra le stesse»⁵³ la limitazione di tali diritti, «tanto più in assenza di una giustificazione oggettiva nella funzione riconosciuta al contratto»⁵⁴.

Di qui, la ritenuta infondatezza di tutte le argomentazioni di FB basate su un'asserita

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Trib. Roma, 23 febbraio 2020, cit.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ P. Zicchittu, *I movimenti “antisistema” nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, cit., 7.

⁴⁹ Trib. Roma, sez. XII, ord. 29 aprile 2020.

⁵⁰ Viene citata Cass. pen., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

⁵¹ Trib. Roma, 29 aprile 2020, cit.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Ivi, § 8.

sottrazione a qualsiasi controllo delle regole dettate dallo stesso social network per l'utilizzo del suo servizio, al punto che – secondo FB – «neanche una disposizione normativa espressa potrebbe limitare il suo diritto di decidere quali contenuti ospitare e quali escludere»⁵⁵ ed ancora che non assumerebbe perciò alcuna rilevanza il fatto che «un'organizzazione [sia o meno] proibita dalla legge italiana»⁵⁶.

Riguardo al secondo aspetto, il Tribunale ha ritenuto l'irrilevanza della qualità di partito politico di CasaPound, sottolineando che da tale qualità non può derivare alcuna tutela ulteriore rispetto a quella già ampiamente riconosciuta a qualsiasi soggetto dagli artt. 18 e 21 Cost. nei rapporti interprivati (§ 10).

Sempre in via preliminare, il Tribunale ha pure sottolineato che «se la posizione del gestore è riconducibile alla libertà di impresa tutelata dall'art. 41 della Costituzione, quella dell'utente è riconducibile, di fronte a contestazioni relative alle opinioni espresse sulla piattaforma, alla libertà di manifestazione del pensiero protetta dall'art. 21 e, di fronte a contestazioni relative alla natura ed agli scopi dell'associazione, all'art. 18 e quindi a valori che nella gerarchia costituzionale si collocano sicuramente ad un livello superiore»⁵⁷.

Su queste basi, il Tribunale ha poi esaminato le sopra richiamate clausole delle Condizioni d'uso e degli Standard, ritenendo che, se in linea di principio la qualificazione di “organizzazione che incita all'odio” (alle quali del tutto legittimamente potrebbe essere negato l'accesso al social) può essere tratta anche da evidenze non direttamente riferibili all'utilizzo di FB, tuttavia dette clausole devono essere interpretate «conformemente alle leggi dello Stato che nel rispetto, o in attuazione, dei principi costituzionali o di fonti sovranazionali definiscono i limiti della libertà di associazione e di manifestazione del pensiero»⁵⁸.

Per il Tribunale, la necessità di ricondurre il giudizio di liceità di un'associazione al parametro legale «è imposta dall'impossibilità di riconoscere ad un soggetto privato, quale è Facebook Ireland, sulla base di disposizioni negoziali e quindi in virtù della disparità di forza contrattuale, poteri sostanzialmente incidenti sulla libertà di manifestazione del pensiero e di associazione, tali da eccedere i limiti che lo stesso legislatore si è dato nella norma penale»⁵⁹.

Su queste basi il collegio è passato ad esaminare le disposizioni (richiamate anche nell'Ordinanza FN) volte a vietare la ricostituzione del partito fascista e la discriminazione razziale, etnica e religiosa, ma ha fornito di queste norme un'interpretazione volta soprattutto a valorizzare la giurisprudenza costituzionale in materia di limiti alla libertà di associazione e di divieto di ricostituzione del partito fascista.

Così l'ordinanza ricorda come, ai sensi dell'art. 18 Cost., i cittadini abbiano il diritto di associarsi liberamente per fini non vietati ai singoli dalla legge penale e che la Corte costituzionale ha ritenuto come la portata di tale libertà sia tale da consentire «l'attività di associazioni che si propongono anche il mutamento degli ordinamenti politici

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ivi*, § 9.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ivi*, § 13.

⁵⁹ *Ivi*, § 59.

esistenti, purché questo proposito sia perseguito con metodo democratico, mediante il libero dibattito e senza ricorso, diretto o indiretto, alla violenza»⁶⁰.

La XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, pur vietando la ricostituzione del disciolto partito fascista (a tutela del nascente ordinamento democratico⁶¹), rimette tuttavia al legislatore ordinario la compiuta formulazione del divieto, il quale con le norme attuative ha però inteso reprimere non «l'associazione neofascista in sé ma il suo modo di operare nella vita politica e non [ha] limita[to] la manifestazione del pensiero, se non in quanto connessa ad atti di ricostituzione del partito fascista che presentino i caratteri oggettivi da essa previsti e siano idonei a determinare il risultato»⁶², sicché a più forte ragione è stata ritenuta estranea al divieto la costituzione e l'attività di movimenti che facciano propria non l'intera ideologia fascista, ma soltanto alcuni dei suoi punti programmatici⁶³, con la conseguenza ultima che «questa fattispecie, configurata in termini di pericolo concreto, non consente di affermare il carattere illecito di una associazione sulla sola base del richiamo all'ideologia fascista ma richiede elementi ulteriori, attinenti alle specifiche finalità perseguite ed alle modalità di azione»⁶⁴.

Passando infine all'esame della normativa antidiscriminatoria, il Tribunale riconosce che in questo diverso contesto normativo l'associazione viene ritenuta illecita al ricorrere della «finalità dell'incitamento all'odio»⁶⁵, finalità che può essere legittimamente desunta dal «suo statuto e dal suo programma politico»⁶⁶; ma lo stesso Tribunale constata che nel programma di CasaPound non è rintracciabile «alcuna dichiarazione o punto programmatico di carattere razzista o discriminatorio»⁶⁷, proponendosi piuttosto, da parte di FB, una deduzione automatica, in base alla quale il richiamo anche all'ideologia fascista, seppur limitatamente ad aspetti diversi da quelli razzisti e discriminatori, possa sorreggere questa assimilazione.

Senonché, secondo il collegio, anche le norme contro il razzismo e la discriminazione «in nessun caso sanzionano la mera manifestazione del pensiero, ma fanno riferimento a condotte di diversa gravità ed intensità che presentano connotazioni ulteriori che le qualificano secondo i casi come diffusione, propaganda, istigazione, incitamento, apologia»⁶⁸, con la conseguenza che, in assenza di dichiarazioni o punti programmatici in tal senso, il divieto «colpirebbe solo un contenuto del pensiero imputato sulla base di una deduzione astratta»⁶⁹, mentre «la libertà di pensiero implica logicamente la libertà di individuare i contenuti ed i valori cui aderire, anche scegliendo, rielaborando, variamente combinando quelli già noti [...], non potendo ridursi alla scelta iniziale fra l'uno e l'altro sistema codificato, come se una tale scelta fosse necessaria e come se potesse

⁶⁰ Vengono citate le sentenze Corte cost. n. 87/1966 e n. 114/1967.

⁶¹ Così Corte cost., sent. 74/1958.

⁶² Trib. Roma, 29 aprile 2020, cit.

⁶³ A supporto vengono citate Cass pen., sez. II, 5 marzo 1982, n. 7560 e 27 ottobre 1980, n. 1564.

⁶⁴ Trib. Roma, 29 aprile 2020, cit.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

esaurire l'esercizio dello spirito critico»⁷⁰; in conclusione, «il giudizio di valore sui riferimenti storici ed ideali richiamati da ciascun attore del dibattito politico [...] rimane affidato al libero confronto delle idee»⁷¹.

3. La posizione “speciale” di FB e le libertà costituzionali in gioco

Nell'accingersi allora a commentare provvedimenti giurisdizionali di così rilevante spessore, sembra innanzitutto opportuno individuare preliminarmente le posizioni dei singoli soggetti contrapposti e le libertà costituzionali da ciascuno rivendicate.

Per quanto riguarda Facebook, sembra di poter partire da due affermazioni effettuate dallo stesso social network nel corso delle controversie in esame: FB svolge attività d'impresa tutelata dall'art. 41 Cost. (§ 5 dell'Ordinanza collegiale CP) e vanta un numero di utenti pari a 2,8 miliardi⁷² (ivi, § 26).

È particolarmente significativo che la stessa FB non abbia rivendicato la propria libertà di espressione, neppure sotto il profilo del rispetto della libertà dei media (art. 21 Cost. ed art. 11, par. 2, CDFUE), restando perciò fedele all'impostazione in forza della quale essa non risponde dei contenuti caricati dagli utenti sulla piattaforma, essendo solo questi ultimi responsabili, con la sola eccezione degli obblighi imposti agli intermediari di Internet dalla direttiva 2000/31/CE⁷³, com'è noto assai meno rigorosi di quelli gravanti sui fornitori di servizi di media audiovisivi di cui alla direttiva 2010/13/UE⁷⁴. Dagli stessi documenti contrattuali che regolano i rapporti tra FB e gli utenti si evince chiaramente che il social network si auto-qualifica come un creatore di «tecnologie e servizi che consentono agli utenti di connettersi fra di loro, creare community e far crescere le aziende»⁷⁵ e fa proprio «l'impegno verso la libertà di espressione»⁷⁶ degli utenti (non della propria), affermando di volere che «le persone possano esprimersi apertamente sui temi che hanno a cuore, anche se alcune persone potrebbero essere in disaccordo o trovarli discutibili»⁷⁷.

Un “manifesto” che, per un verso, sposa nell'accezione più ampia la libertà di espressione dei singoli utenti, assegnando alla piattaforma in linea di principio un ruolo rigorosamente “neutro” rispetto ai contenuti condivisi dagli utenti e, per altro verso, esclude che FB possa rivendicare un proprio interesse ad una determinata “linea editoriale”

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Ivi, § 24.

⁷² In realtà, le piattaforme social che fanno capo a Mark Zuckerberg sono utilizzate da circa 7 miliardi di utenti, v. P. Licata, *Zuckerberg controlla i dati di un terzo della popolazione globale*, in *corrierecomunicazioni.it*, 14 agosto 2020.

⁷³ Per l'analoga problematica negli USA si v. A. Venanzoni - M. Monti, *Il tramonto della frontiera digitale? Note a prima lettura dell'executive order del 28 maggio 2020 emanato per prevenire la censura online da parte dei social media*, in *diritticomparati.it*, 8 giugno 2020.

⁷⁴ Anche dopo le modifiche apportate dalla direttiva (UE) 2018/1808.

⁷⁵ Così l'introduzione alle Condizioni d'uso di FB.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Introduzione degli Standard della Community.

dei contenuti presenti sulla piattaforma.

Su queste basi non risulta perciò persuasivo il richiamo, nel caso di FB, alla libertà di espressione degli editori e delle imprese televisive e, di conseguenza, alla legittimità o meno di imporre a FB obblighi di “servizio pubblico”, volti ad assicurare la presenza di tutte le voci rappresentate nel Paese⁷⁸.

In altri termini, qui non si è dinanzi al conflitto di due posizioni entrambe riferibili alla libertà di espressione e di informazione: quella dell'utente/associazione politica che intenda esprimere le proprie convinzioni politiche e quella dell'editore che si richiami alla stessa libertà, quantomeno *sub specie* di libertà dei media a darsi una propria linea editoriale. Nel caso in esame l'art. 21 Cost. è infatti invocabile (e concretamente invocato) solo da parte degli utenti e non dalla piattaforma (a differenza di quel che avviene per gli editori)⁷⁹.

Beninteso, con ciò non può certamente considerarsi automaticamente risolta la questione in esame, ma sembra conseguentemente corretto l'assunto da cui parte l'Ordinanza collegiale CP, in cui viene affermato che FB esercita la propria libertà di iniziativa economica privata *ex art.* 41 Cost., mentre l'utente esercita libertà direttamente riferibili all'art. 21 Cost. e, se del caso, all'art. 18 Cost., disposizioni che hanno ad oggetto libertà tendenzialmente *potiori* rispetto alla prima.

La ragione per cui detto inquadramento non può portare all'automatica prevalenza delle altre libertà su quella di iniziativa economica è presto detta.

È infatti ben vero che il secondo comma dell'art. 41 Cost. assoggetta espressamente l'iniziativa economica privata, tra l'altro, alla condizione di “non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”, ma questo indiscutibile rilievo risulterebbe risolutivo solo ove si accedesse alla tesi secondo la quale, almeno riguardo al limite del rispetto delle “libertà”, non sia necessaria la c.d. *interpositio legislatoris*, atteso che – sempre secondo questa tesi – il diritto di iniziativa economica nascerebbe già strutturalmente condizionato, a livello costituzionale, dal rispetto di tali limiti, non essendovi quindi necessità di un previo intervento del legislatore⁸⁰.

Tale tesi non sembra tuttavia aver trovato riscontro nella giurisprudenza costituzionale, in base alla quale la riserva di legge derivante dall'art. 41 Cost. attiene anche ai limiti discendenti dal rispetto delle “libertà”⁸¹.

⁷⁸ In tal senso, P. De Sena – M. Castellaneta, *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, cit.; P. Zicchittu, *I movimenti “antisistema” nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, cit.; e, a prima lettura, C. Melzi d'Eril - G. Vigevani, *Facebook vs. Casapound: un social network è davvero un servizio pubblico?*, cit.. Naturalmente, con quanto osservato nel testo non si vuole affatto negare che FB sia titolare del diritto alla libertà di espressione quando essa manifesta, come spesso fa, la propria posizione nel dibattito pubblico.

⁷⁹ Sulla qualificazione dell'attività dei social network dal punto di vista costituzionale, nello stesso senso v. M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014, 19; per ricostruzioni alternative non esaminate nel presente lavoro (anche perché non evocate nelle controversie in esame), ma che potrebbero condurre ad esiti non diversi da quelli indicati nel testo, v. M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista di informatica e diritto*, 1, 2019. Sul tema si v. anche le riflessioni di M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 223 ss.

⁸⁰ In tal senso, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali (p. s.)*, Padova, 1992, 483 ss.

⁸¹ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali (p. s.)*, cit., ed ivi le citazioni dei precedenti costituzionali; sulla necessità dell'*interpositio legislatoris* si v. nella giurisprudenza di legittimità, per giunta nell'ambito

Ricorrendo pertanto al più tradizionale strumento del bilanciamento dei contrapposti diritti costituzionali, per evitare che la libertà di iniziativa economica sia totalmente anientata dalla sistematica ed incondizionata prevalenza delle altre libertà, occorrerebbe verificare la compatibilità tra l'esercizio della libertà d'impresa di FB e l'esercizio delle libertà di espressione e associazione da parte degli utenti.

Senonché, a questo riguardo soccorre la già menzionata circostanza che FB individua il *proprium* della sua attività imprenditoriale nella finalità che le persone possano «creare community»⁸² ed «esprimersi apertamente sui temi che hanno a cuore, anche se alcune persone potrebbero essere in disaccordo o trovarli discutibili»⁸³. Come si vede, una finalità che, almeno nella dichiarazione contenuta nelle Condizioni d'uso e negli Standard, porta alla sostanziale coincidenza tra il programma dell'impresa ed il più ampio esercizio delle libertà di espressione e di associazione da parte degli utenti. Ed è probabilmente da leggersi in questo senso il passaggio contenuto nell'Ordinanza collegiale CP riguardo alla problematica compatibilità tra la pretesa di FB di riservarsi il potere di disattivare le pagine delle «organizzazioni [da FB insindacabilmente ritenute] di odio»⁸⁴ e la «giustificazione oggettiva della funzione riconosciuta al contratto»⁸⁵ tra l'utente e FB.

In definitiva, la destinazione impressa dalla stessa FB alla sua attività, nel senso della più ampia esplicazione delle menzionate libertà costituzionali da parte degli utenti, rende il rapporto contrattuale ancor più “permeabile” alle esigenze di tutela di queste libertà⁸⁶.

Ciò posto, occorre valorizzare l'altra circostanza sopra evidenziata, vale a dire l'enorme potere di FB nel settore dei social network: si tratta – utilizzando un'espressione non nuova, ma che non ha certamente perso la sua attualità – di un “potere privato”⁸⁷, in relazione al quale si pongono delicate esigenze di tutela dei soggetti che entrano in rapporto con l'organizzazione che lo detiene.

E sembra difficile negare che, nel caso di FB, ci si trovi dinanzi ad un “potere privato”, cioè ad un soggetto che agisce nelle forme del diritto privato, ma che, per la sua posizione di forza economica e/o sociale, è capace di incidere sull'esercizio delle libertà fondamentali dei singoli⁸⁸.

lavoristico di norma particolarmente sensibile al tema, Cass. civ., sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031.

⁸² Standard della community di Facebook.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Trib. Roma, 29 aprile 2020, cit.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Per interessanti spunti in tal senso si v. M. Esposito, *Volantinaggio elettorale nei centri commerciali: un caso di Drittwirkung?*, in *Giur. cost.*, 2000, 3461 ss., in relazione ad una controversia per alcuni aspetti assimilabile a quelle oggetto delle sentenze della Corte Suprema *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972) e *Hudgens v. NLRB*, 424, U.S., 507 (1976) entrambe in tema di *state action doctrine*.

⁸⁷ Sul concetto di potere privato risultano sotto molti aspetti ancora attuali le riflessioni di G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970. Per un'acuta e completa trattazione dell'applicazione di tale categoria agli intermediari di Internet, si v. M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, cit., 107 ss. (ma *passim*) con ampia citazione di letteratura europea e statunitense.

⁸⁸ Per una definizione di potere privato sostanzialmente analoga, si v. M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, 6 e nt. 11; con riferimento agli intermediari di Internet si v. la recente *Indagine sui Big Data*, svolta congiuntamente dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato,

Sotto questo profilo, potrebbe forse spiegarsi il riferimento, contenuto nell'Ordinanza monocratica CP, alla "speciale" posizione di FB: affermazione che è tuttavia rimasta non meglio esplicitata e, quindi, ambigua nell'ordito motivazionale del provvedimento. Sin dal secolo scorso (quando si è cominciato a prendere consapevolezza del tema), l'esigenza di garantire i singoli nei confronti dei poteri "non pubblici" ha indotto tra l'altro⁸⁹ ad elaborare, nella tradizione europea, la c.d. *Drittwirkung* dei diritti costituzionali (in sostanza, l'efficacia di questi diritti anche nei rapporti tra privati) e, oltreoceano, la c.d. *state action doctrine* (in base alla quale si è cercato di rispondere a compressioni di diritti fondamentali realizzate da soggetti che, pur non appartenendo formalmente agli organi dello stato, vengono assoggettati alle garanzie del XIV emendamento della costituzione americana⁹⁰).

Com'è noto, nella dottrina civilistica più recente, progressivamente seguita in ciò dalla giurisprudenza anche di legittimità, a questa esigenza si è risposto, nell'ambito del diritto contrattuale, facendo transitare i diritti costituzionali attraverso la c.d. "costituzionalizzazione" dei limiti all'autonomia privata del buon costume e dell'ordine pubblico (artt. 1322 e 1418 c.c.) nonché mediante l'applicazione "evolutiva" delle clausole generali della correttezza e della buona fede (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.).

Sta di fatto che è proprio in adesione a tale tendenza che il Tribunale ha potuto affermare nell'Ordinanza collegiale CP di dover valutare ed interpretare alla luce dei principi costituzionali le clausole contrattuali la cui applicazione possa incidere su libertà fondamentali di singoli o loro associazioni.

Su questa base è stata rigettata, in particolare, la pretesa di FB di ritenersi affrancata dal rispetto dei valori costituzionali dello Stato in cui la piattaforma viene ad operare, respingendo così il tentativo del social network di creare nella community un sistema di valori parallelo ed autonomo, tentativo che del resto si allinea alle più generali tendenze ad appropriarsi delle costituzioni statuali ovvero a crearne di alternative⁹¹ e, da ultimo,

dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali, 10 febbraio 2020, in cui si segnala come detti intermediari generino «nuove concentrazioni di potere, inteso non solo come potere di mercato, ma più in generale come potere economico e potere tout court, interessando i diritti fondamentali, i profili concorrenziali, il pluralismo e la stessa natura dei sistemi democratici» (79 ss. e spec. 114); su tali temi sia consentito anche un rinvio a O. Grandinetti, *La par condicio ai tempi dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora tutti attuali*, in *questa Rivista*, 3, 2019, spec. 104 ss.

⁸⁹ Per profili diversi da quelli trattati nel testo, potrebbero peraltro richiamarsi anche le disposizioni a favore del contraente "debole" di cui agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. e, più di recente, le norme ora contenute nel Codice del consumo (d. lgs. 206/2005).

⁹⁰ «Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi» (Section 1). Sulla *state action doctrine* e sulla sua discussa applicabilità agli intermediari di Internet, tema che qui non può essere affrontato, v. M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., 42 ss.; Id., *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 811 ss.; e da ultimo A. Venanzoni - M. Monti, *Il tramonto della frontiera digitale?*, cit.; nonché M. Bassini *Internet e libertà di espressione*, cit., 229 ss.

⁹¹ C. Caruso, *La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*, cit., e, *amplius*, C. Caruso, *L'individuo nella rete: i diritti della persona ai tempi di Internet*, in *forumcostituzionale.it*, 28 aprile 2013, richiamando la nota teorica di G. Teubner, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Riv. Giur. Studenti Università di Macerata*, 2010, 45 ss. Sulla prospettiva dell'adozione di costituzioni civili per Internet, S.

a darsi persino “corti supreme” investite del compito di interpretarle⁹².

In proposito Facebook si è addirittura spinta a sostenere che sarebbe stato del tutto irrilevante, al fine della disattivazione delle pagine di un’associazione, che questa sia «un’organizzazione proibita o meno secondo la legge italiana»⁹³, con l’ulteriore conseguenza che - sempre secondo FB - «neanche una disposizione normativa espressa potrebbe limitare il suo diritto di decidere quali contenuti ospitare e quali escludere»⁹⁴, dovendo su tutto prevalere quanto previsto nelle condizioni generali unilateralmente predisposte dalla stessa FB.

Al di là della davvero problematica sostenibilità di tali affermazioni (che infatti il Tribunale non ha potuto che respingere), questa impostazione della questione porta allo scoperto alcuni dei valori effettivamente in gioco in queste controversie, ancorché non immediatamente evidenti, probabilmente a causa della particolarità dei casi decisi e, forse, delle associazioni coinvolte (ma su ciò si tornerà nelle considerazioni finali).

È pur vero che, in senso critico, potrebbe osservarsi come, attraverso la costituzionalizzazione del diritto civile, si venga in sostanza a consentire al giudice di effettuare quel bilanciamento tra valori costituzionali che dovrebbe essere riservato al legislatore in base alla riserva di legge di cui all’art. 41 Cost.; ma è questo un tema di tale portata da eccedere largamente l’oggetto del presente lavoro, sollevando la controversa problematica della costituzionalizzazione del diritto civile: un tema talmente cruciale dal costituire uno dei più rilevanti criteri di discriminazione tra le varie scuole di pensiero in ambito civilistico⁹⁵.

Al riguardo, qui può solo dirsi che, anche per tale ragione, un intervento legislativo sarebbe non solo auspicabile – tra l’altro per sollevare i giudici da un’attività di “supplemento” che può portare, come dimostrano anche le decisioni in esame, ad esiti difficilmente prevedibili, con compromissione del valore della sicurezza giuridica e, in definitiva, dell’eguaglianza dei soggetti coinvolti nelle singole controversie⁹⁶ – ma sarebbe altresì del tutto legittimo, quantomeno con riferimento a quei social network che possedano

Rodotà, *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss., già osservava come «La prospettiva delle ‘costituzioni civili’ per internet segnerebbe la definitiva vittoria dei soggetti economici attualmente dominanti, sottomettendo ad essi la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà degli utenti» (373). Su tali temi si v. anche le interessanti riflessioni di M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, cit., 78 ss.

⁹² Come, da ultimo, con la creazione dell’Independent Oversight Board da parte di Facebook, su cui v. P. Bonini, *L’autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole dei contenuti politici*, in *federalismi.it*, 11, 2020, 277 ss.

⁹³ Trib. Roma, 29 aprile 2020, cit.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ V. A. Gentili, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2019, 39 ss., che distingue, anche in base a tale approccio, tra civilisti “conservatori”, “riformatori”, “rivoluzionari”, “reazionari”.

⁹⁶ Per autorevoli posizioni (non *mainstream*) che rivalutano tali esigenze, si vedano, pur nella varietà delle impostazioni e degli esiti, per i giusprivatisti N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, nonché G. D’Amico, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 443 ss.; per i giuspubblicisti, A. Pace, *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, (2005) ora in Id., *Per la Costituzione. Scritti scelti*, Napoli, 2019, vol. I, 35 ss.; M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. IX, Milano, 2017; Id., *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia*, 1, 2020, 67 ss.; A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2007.

in un determinato Paese una soglia elevata di utenti (criterio già utilizzato ad es. in Francia ed in Germania⁹⁷) e per i quali sia quindi possibile desumere la detenzione di un potere privato, nel senso in cui se n'è parlato più sopra.

L'ancoraggio dell'intervento del legislatore al raggiungimento di determinate soglie di utenti consentirebbe infatti di trovare una più solida giustificazione costituzionale, che, almeno per la comunicazione politica (l'ambito più specificamente interessato dai provvedimenti qui esaminati), potrebbe in sostanza ricollegarsi alla *ratio* sottesa alla risalente giurisprudenza in materia della Consulta, la quale, sebbene in un contesto in cui le potenzialità di Internet non erano neppure immaginabili, giustificò l'intervento del legislatore, dapprima con riferimento al solo periodo elettorale (fondandolo sulla necessità di assicurare che «lo svolgimento della vita democratica [...] non sia di fatto ostacolat[o] da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza»⁹⁸) e, poi, in un contesto tecnologico già radicalmente mutato, anche con riferimento ai periodi diversi da quelli elettorali, in presenza di situazioni di dominanza oligopolistica, nonostante in quest'ultimo caso si fosse di fronte a soggetti (le emittenti televisive) che con forza si richiamavano – a differenza di FB – all'art. 21 Cost.⁹⁹.

4. Le ordinanze in esame e la problematica ricomposizione della disciplina delle libertà di associazione e di espressione tra Costituzione e fonti sovranazionali

Nel precedente paragrafo si è affrontato il tema della posizione di FB e delle libertà costituzionali in gioco dando, per così dire, per scontato che le attività svolte sul social network dalle associazioni ricorrenti rientrino nell'ambito della tutela delle libertà costituzionali di associazione e di manifestazione del pensiero, cosa che invece, come si è visto, ha rappresentato uno dei punti di maggior divaricazione tra le ordinanze CP e quella relativa a FN.

Occorre pertanto affrontare questo secondo aspetto della questione, pur nella consapevolezza che sarebbe velleitario dipanare, per giunta in poche pagine, temi di questa complessità, sicché l'esame verrà svolto in estrema sintesi e nei limiti strettamente funzionali alle finalità di questo lavoro e distinguendo, per ragioni di ordine espositivo, tra disciplina ricavabile dalla nostra Costituzione e quella derivante dalle fonti sovranazionali.

⁹⁷ Il riferimento è alla legge francese n. 2018-1202, pubblicata a dicembre 2018 ed entrata in vigore dal 1° gennaio 2019, ed a quella tedesca, la c.d. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, approvata nel giugno 2017 ed entrata al 1° gennaio 2018; per primi riferimenti su queste leggi sia consentito rinviare a O. Grandinetti, *La par condicio ai tempi dei social*, cit., 123 ss. ed ivi ulteriori citazioni.

⁹⁸ Corte cost., sent. 48/1964, avente ad oggetto la disciplina delle affissioni politico-elettorali di cui alla l. 212/1956.

⁹⁹ Al riguardo sia consentito rinviare a 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, 1315 ss.

4.1. Le ordinanze in esame e la disciplina costituzionale

4.1.1. La libertà di associazione ...

Conviene partire dalla libertà di associazione (di cui l'organizzazione di una forza politica rappresenta una specifica forma di esercizio), poiché – a ben vedere – sulla disattivazione delle pagine FB delle ricorrenti ciò che sembra aver pesato di più¹⁰⁰ è appunto la loro qualificazione come “organizzazioni d’odio” da parte di FB. Il social network non si è infatti limitato ad oscurare/rimuovere singoli contenuti postati sulla piattaforma (nel qual caso ci saremmo trovati di fronte ad un caso di “*social media censorship*”, su cui si tornerà nelle considerazioni finali), ma ha decretato un vero e proprio “*social media banning*” delle stesse associazioni come tali, per quel che esse sono (o sono ritenute essere da parte di FB sulla base dei loro programmi politici), il che – per sottrarsi ad un’opposta accusa di illegittimo trattamento discriminatorio¹⁰¹ – richiede ovviamente un’analisi ben più rigorosa, allorché l’associazione oggetto di “proscrizione” dal social invochi in sede giudiziaria la violazione della sua libertà di associazione¹⁰².

Com’è noto, ai sensi dell’art. 18 Cost. il legittimo esercizio della libertà in esame può essere escluso solo se l’associazione persegua fini «vietati ai singoli dalla legge penale»¹⁰³ o allorché si tratti di associazioni segrete ovvero che perseguono «scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare»¹⁰⁴. È dunque la stessa disposizione costituzionale ad evocare, a fini di piena tutela della libertà di associazione, la normativa penale, rendendo così rilevanti solo le fattispecie di reato: in questo senso, non risulta pertanto decisivo che nei procedimenti cautelari in esame si fosse dinanzi ad una controversia civilistica e quindi lo strumento repressivo penale non venisse direttamente in discussione¹⁰⁵.

Nell’Ordinanza collegiale CP, il Tribunale ha ricordato l’amplessima tutela assicurata alla libertà di associazione dall’interpretazione fornita sin da subito dalla Corte costituzionale, al punto da averla indotta ad affermare perentoriamente che «in uno Stato di libertà, qual è quello fondato dalla nostra Costituzione, è consentita l’attività di associazioni che si propongano anche il mutamento degli ordinamenti politici esistenti, purché questo proposito sia perseguito con metodo democratico, mediante il libero dibattito e senza ricorso, diretto o indiretto, alla violenza»¹⁰⁶. In altri termini, la *condicio sine qua non* sarebbe il rispetto del “metodo democratico” e non dell’“ordinamento de-

¹⁰⁰ Ciò, quantomeno per CP: secondo l’Ordinanza collegiale CP, infatti, le difese di FB erano «incentrate non tanto sulle specifiche violazioni quanto sui caratteri dell’associazione e sulla sua affermata incompatibilità con gli standard di Facebook e con i principi costituzionali» (§ 17).

¹⁰¹ Com’è noto, una differenza di trattamento peggiore basata su determinate condotte di un soggetto ben può essere compatibile con la normativa antidiscriminatoria, mentre assai più problematica e complessa è la valutazione di un trattamento peggiore basato su presunte “qualità” del soggetto.

¹⁰² Naturalmente, sempre che si aderisca a quanto sostenuto nel precedente paragrafo riguardo alla qualificazione di FB come “potere privato” ed alle conseguenze da essa desumibili sul piano giuridico.

¹⁰³ Art. 18 Cost.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Così, invece, l’Ordinanza FN (§ 1.4).

¹⁰⁶ Corte cost., sent. 114/1967.

mocratico”: distinzione apparentemente sottile, ma fondamentale, poiché in quest’ottica il rispetto del metodo democratico (libero confronto dialettico, rifiuto del ricorso anche indiretto alla violenza) non impone necessariamente l’adesione dell’associazione ai contenuti ed ai valori dell’ordinamento democratico¹⁰⁷.

Di qui, almeno in linea di principio, una totale libertà nell’individuazione degli scopi “ideali” da perseguire attraverso la libertà di associazione, purché essi siano sostenuti nell’ambito di un libero dibattito, fermo in ogni caso l’insuperabile limite del divieto di ricorso alla violenza come strumento di lotta politica.

Ciò posto, la XII disp. trans. e fin. della Costituzione pone invece, com’è noto, un limite “ideologico” all’esercizio della libertà di associazione in ambito politico (art. 49 Cost.), identificandolo nel divieto di “riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista”. È stata così introdotta un’eccezione¹⁰⁸, che per alcuni costituisce un’auto-rottura del principio politico pluralistico che impronta la nostra Costituzione; per altri è ben spiegabile alla luce del fondamento antifascista che ha costituito il vero punto di coesione tra le forze politiche costituenti¹⁰⁹, divise per il resto su quasi tutto, creando peraltro un’indiscutibile asimmetria, visto che il divieto viene ritenuto dalla maggioranza degli studiosi non estensibile a nessun altro partito antisistema, benché eventualmente anch’esso ispirato a principi illiberali¹¹⁰. Un’eccezione, non temporanea¹¹¹, che peraltro confermerebbe l’adesione del nostro Costituente ad un modello di “democrazia aperta”, in cui il dissenso radicale delle forze antisistema (purché non violente o clandestine) tende ad essere recuperato attraverso l’inserimento nel gioco democratico¹¹².

Che sia stato per la convinta adesione a questa fondamentale connotazione del nostro ordinamento ovvero per neutralizzare il contenuto più marcatamente politico della Costituzione (cioè, l’antifascismo) nella temperie di forte contrapposizione tra forze politiche (vecchie e nuove) connotante soprattutto gli anni del secondo dopoguerra¹¹³, sta di fatto che nella sua giurisprudenza sulla Legge Scelba (attuativa della citata XII di-

¹⁰⁷ G. E. Vigevani, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 25 ss.; sul distinguo si v. anche R. Zaccaria, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, in robertozaccaria.it, 4 novembre 2017.

¹⁰⁸ P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 113, secondo il quale l’art. 49 [Cost.] e la XII disp. trans. [si pongono come] la regola e la sua eccezione», che rappresenterebbero peraltro le due facce di una stessa medaglia, cioè l’accordo politico antifascista su cui è nata la Costituzione; parla di natura “bifronte” della XII disposizione «deroga all’art. 49 Cost. e insieme espressione di un valore fondante della Repubblica» G. E. Vigevani, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, cit., 36.

¹⁰⁹ Per approfondimenti, M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, 189 ss.

¹¹⁰ Su tutti questi aspetti si rinvia al lavoro di A. Longo, *I simboli (del Fascismo) e il tempo della Costituzione: pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in *Rivista AIC*, 3, 2014.

¹¹¹ Secondo Corte cost., ord. n. 323/1988, il primo comma della XII disposizione è da qualificarsi norma “finale” e non “transitoria”.

¹¹² G.E. Vigevani, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, cit., 30; Id., *Associazione (libertà di)*, in *Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese*, Milano, 2006, 481.

¹¹³ In quest’ultimo senso, M. Manetti, *Ordine pubblico e giurisprudenza costituzionale*, in A. Pace - M. Manetti (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna – Roma, 2006, 221.

sposizione) la Corte costituzionale, pur mandando sistematicamente esenti da dichiarazioni di illegittimità costituzionale le fattispecie incriminatrici ivi previste (anche quelle non strettamente concretizzantesi nella ricostituzione del disciolto partito fascista), ha comunque sempre richiesto il ricorrere di un “effettivo pericolo” di ricostituzione di tale partito¹¹⁴.

Un requisito, quello dell’“effettivo pericolo”, che richiama la posizione del Tribunale costituzionale tedesco, il quale richiede anch’esso la ricorrenza di un «pericolo attuale e concreto» di compromissione dell’ordinamento democratico: e ciò persino nell’ambito di un ordinamento costituzionale che viene considerato un esempio di democrazia “protetta” o “combattiva”¹¹⁵, in quanto vieta tout court i partiti antisistema (tanto di destra quanto di sinistra¹¹⁶), affidando al giudice costituzionale tedesco il potere di decretarne l’incostituzionalità, con conseguente scioglimento e divieto di ricostituzione. Nel dettaglio, la concretezza ed attualità di tale pericolo viene riscontrato, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale tedesca¹¹⁷, allorché si rischi che questi partiti entrino a far parte delle assemblee parlamentari della Federazione o dei Länder.

Di conseguenza - anche di fronte al concreto accertamento dell’adesione ad ideologie di chiaro stampo neonazista da parte del Partito nazionale tedesco (e di sue varie formazioni affiliate) ed a numerose condotte penalmente rilevanti tenute da parte di suoi aderenti - il Tribunale costituzionale ne ha escluso lo scioglimento in quanto il partito neonazista, pur avendo ottenuto qualche seggio nelle assemblee di pochissimi Länder ed uno soltanto nel Parlamento Europeo, è stato ritenuto non godere fra gli elettori tedeschi di un riscontro tale da far presumere la ragionevole probabilità di successo nel sovvertire o aggredire l’ordinamento costituzionale tedesco (nel quale, secondo il Tribunale costituzionale, si concretizza il “pericolo attuale e concreto”). Riprendendo un significativo passaggio di una sua precedente sentenza, il giudice costituzionale tedesco ha chiarito che «un’importante garanzia contro la rinascita del nazionalsocialismo è rappresentata dal rispetto dei principi dello Stato di diritto, che mostra la sua forza proprio quando tratta i suoi nemici secondo le regole generali valide per tutti»¹¹⁸. Beninteso, queste prese di posizione non hanno certamente “scriminato” i singoli illeciti penali addebitabili al Partito nazionale tedesco ed ai suoi aderenti; tuttavia la repressione di

¹¹⁴ Il riferimento è a Corte cost., sentt. 1/1957, 74/1958 e 254/1974; su tali pronunzie si v. G.E. Vigevani, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, cit., 36 ss.

¹¹⁵ Si v. gli artt. 9, 18 e 21 della Legge fondamentale tedesca, in particolare l’art. 21, c. 2, prevede che i partiti che «in ragione delle loro finalità e del comportamento dei loro aderenti, si prefiggono di compromettere o annientare il libero ordinamento democratico, oppure mettono a rischio l’esistenza della Repubblica federale tedesca, sono incostituzionali». Per riferimenti sul sistema tedesco si v. M. Bonini, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo?*, in *Rivista AIC*, 2, 2017.

¹¹⁶ Com’è noto, nella Repubblica Federale Tedesca il partito comunista fu dichiarato incostituzionale nel 1956 dal Tribunale costituzionale, proprio in applicazione di tale previsione.

¹¹⁷ Tribunale costituzionale federale tedesco, 17 gennaio 2017. Ma, per un analogo iter motivato, si v. la precedente decisione del 5 maggio 2001, relativa al Partito nazionaldemocratico, citata in M. Manetti, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Associazione deicostituzionalisti*, 18 gennaio 2004, 19.

¹¹⁸ *Ibid.*

tali condotte è stata lasciata all'intervento, caso per caso, della giurisdizione penale¹¹⁹, senza poter portare allo scioglimento coattivo della formazione antisistema.

Ma quel che più interessa ai nostri fini è sottolineare la *ratio* della decisione, in base alla quale neppure in una democrazia protetta è sembrato possibile sottoporre a sindacato di merito le finalità delle associazioni politiche, a prescindere dal verificarsi di un concreto pericolo per la sopravvivenza dell'ordinamento democratico¹²⁰.

Può allora tornarsi alle ordinanze oggetto del presente lavoro. Non sfugge infatti come l'Ordinanza collegiale CP, nel rievocare la necessità di un "effettivo pericolo" nel rischio della ricostituzione del partito fascista, si sia attenuta alla giurisprudenza costituzionale che ha imposto questo requisito come condizione per un'interpretazione costituzionalmente conforme delle fattispecie incriminatrici della Legge Scelba. A questo rilievo si riallaccia poi un gruppo di argomenti, utilizzati sia nell'Ordinanza collegiale CP che in quella monocratica.

In proposito, viene innanzitutto in considerazione il mancato scioglimento di Casa-Pound (ma lo stesso può dirsi anche per FN) all'esito del procedimento previsto dalle leggi speciali sopra richiamate, le quali – diversamente da quel che si è visto per la Germania – affidano il potere di scioglimento al Ministro dell'interno (sentito il Consiglio dei ministri), ma solo dopo che l'illecita ricostituzione del partito fascista sia stata accertata, con il rispetto delle correlate garanzie, dall'autorità giudiziaria¹²¹.

Il secondo argomento ha avuto ad oggetto la partecipazione alle elezioni di CP quantomeno sino al 2009 (ma lo stesso può tuttora dirsi per FN), con conseguente concreta possibilità di suo insediamento nelle istituzioni (cioè, quel che, secondo la giurisprudenza costituzione tedesca, rappresenterebbe il vero "pericolo attuale e concreto").

Le Ordinanze CP sembrano così rifiutare l'idea che un siffatto accertamento, tanto delicato dall'essere stato assegnato in altri ordinamenti alle corti costituzionali (a loro volta ben conscie, come si è visto, dell'estrema delicatezza del compito loro affidato), possa essere compiuto, per così dire, attraverso la "delibazione incidentale" di condotte penalmente rilevanti e, per giunta, nel corso di un procedimento cautelare: operazione che, invece, non ha sollevato analoghe perplessità nell'Ordinanza FN, in cui i pur numerosissimi episodi tratti da fonti di informazione non risultavano ancora definiti attraverso alcuna sentenza. E se è vero che, com'è stato osservato¹²², l'inerzia

¹¹⁹ Che peraltro applica una normativa in materia che, come ricordato sempre da M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, cit., è connotata in Germania da particolare ampiezza delle ipotesi incriminatrici.

¹²⁰ A meno di non voler concludere che la democrazia tedesca abbia, con le decisioni degli ultimi anni, "rinunciato a difendersi", avvicinandosi in ciò alle posizioni delle democrazie aperte (in tal senso si v. M. Manetti, *Regolare Internet*, in *questa Rivista*, 2, 2020, 38, contributo che si segnala anche per altre lucide riflessioni); in altra ottica, potrebbe dirsi che l'adesione ai principi liberaldemocratici rende problematico il sindacato di merito delle finalità delle associazioni politiche, anche negli ordinamenti costituzionali in cui ciò sarebbe consentito dalla Costituzione.

¹²¹ Art. 3 l. 645/1952. L'applicazione di tale disposizione si è verificata in Italia solo per Ordine Nuovo nel 1973 e non è stata applicata nel 1976 anche per Avanguardia Nazionale, solo a seguito del suo spontaneo scioglimento. L'ordine di scioglimento del Fronte Nazionale è invece stato adottato nel 2000 sulla base dell'art. 7 della Legge Mancino. Per maggiori riferimenti si v. M. Bonini, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo?*, cit.

¹²² F. Pallante, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, cit., § 3.

nell'esercizio del potere di scioglimento di determinate associazioni o di divieto di loro partecipazione alle competizioni elettorali non può certo valere da "alibi per il giudice", è altrettanto vero che coerenza vorrebbe che, una volta che si sia effettuato un accertamento "incidentale" di tal fatta (ove naturalmente lo si ritenga possibile), gli atti venissero quantomeno trasmessi alla competente Procura della Repubblica per l'avvio delle conseguenti iniziative (cosa non verificatasi neppure nell'Ordinanza FN)¹²³.

4.1.2. ... e la libertà di manifestazione del pensiero

Se la XII disp. trans. e fin. impatta pacificamente sul legittimo esercizio della libertà di associazione nei termini sopra riferiti, sono invece prevalenti in dottrina le tesi tendenti ad escludere che la stessa disposizione possa rappresentare un limite alla libertà di espressione¹²⁴: in estrema sintesi, la XII disposizione derogherebbe agli artt. 18 e 49 Cost., ma non all'art. 21 Cost.

La posizione della dottrina è risultata, sul punto, del tutto in sintonia con la giurisprudenza della Corte costituzionale – almeno secondo la ricostruzione proposta da una delle più attente studiose di questi temi¹²⁵ – sino al 1973, allorché la Corte affermò, in modo tanto perentorio quanto apodittico (riguardo ad un tema che avrebbe invero richiesto ben maggiore approfondimento), che anche «la libertà di pensiero è limitata in materia dalla XII disp. trans. fin.»¹²⁶. Sempre secondo questa ricostruzione, è tutt'altro da escludere che la genesi di questo cambio di passo possa trovare la sua spiegazione nelle coeve iniziative di carattere internazionale dirette a reprimere la diffusione non solo di attività, ma anche di idee razziste: in tal modo, lo statuto della libertà di pensiero nel nostro ordinamento sarebbe stata agganciata – ma sempre "attraverso la Costituzione" – all'«ordine pubblico ideale internazionale»¹²⁷. Peraltro, come si dirà, la Consulta non ha sinora avuto modo di pronunciarsi su queste nuove fattispecie, per cui manca al riguardo un riscontro in successive decisioni.

Ad ogni modo, le nuove fattispecie di reato (di origine sovranazionale) relative a manifestazioni razziste sono venute ad inserirsi in un contesto già predisposto alla loro

¹²³ È peraltro recente la notizia dell'apertura, da parte della Procura della Repubblica di Bari, di un'indagine per ricostituzione del partito fascista a carico di alcuni militanti pugliesi di CP: G. Foschini, *Riorganizzazione del partito fascista. Il processo che inchioda CasaPound*, in *la Repubblica*, 9 ottobre 2020.

¹²⁴ A partire da C. Esposito, *Osservazione a C. cost. n. 74/1958*, in *Giur. cost.*, 1958, 958, sino ad arrivare, più di recente, a G.E. Vigevani, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, cit., 38; D. Piccione, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giur. cost.*, 2017, 1941 ss.; A. Longo, *I simboli (del Fascismo) e il tempo della Costituzione: pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, cit., 3-4 e nt. 6; C. Caruso, *La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*, cit.. Più possibilisti, riguardo ai limiti che potrebbero derivare anche all'art. 21 Cost., a seguito del limite alla libertà di associazione, P. Ridola, *Partiti politici*, cit., e R. Zaccaria, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, cit., 13.

¹²⁵ M. Manetti, *Ordine pubblico e giurisprudenza costituzionale*, in A. Pace - M. Manetti (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 261.

¹²⁶ Corte cost., sent. 15/1973: M. Manetti, in *Ordine pubblico e giurisprudenza costituzionale*, cit., definisce icasticamente il richiamo "fulminante".

¹²⁷ M. Manetti, *ibid.*

recezione. Infatti, per un verso, la Legge Scelba già puniva fattispecie similari, benché a seguito dell'interpretazione fattane dalla Consulta venisse esteso a questa fattispecie il requisito del "concreto pericolo" di ricostituzione del partito fascista. Per altro verso, la scelta della Corte costituzionale è stata quella di non dichiarare – salvo che nelle fattispecie irrimediabilmente inconciliabili con il nuovo ordinamento democratico – l'illegittimità costituzionale dei reati di opinione largamente previsti nel codice penale Rocco, di marcata impostazione autoritaria, bensì di procedere con sentenze interpretative di rigetto (volte a "sostituire" i beni giuridici originariamente protetti da quelle norme con altri in linea con il nuovo ordinamento democratico) e con il richiedere la ricorrenza del "concreto pericolo" di compromissione dell'ordine pubblico, lasciando così alla valutazione del giudice ordinario una valutazione "caso per caso" della ricorrenza di tale requisito e della conseguente punibilità delle singole condotte.

Sebbene la dottrina abbia radicalmente contestato quest'ultima giurisprudenza della Corte (innanzitutto in considerazione della mancanza dell'ordine pubblico tra i limiti espliciti della libertà di manifestazione del pensiero, oltre che per la sua mancata considerazione nella prima parte della Costituzione¹²⁸) ed abbia, in ottica subordinata, sollecitato la Corte almeno ad assumere una nozione di ordine pubblico "materiale" (sostanzialmente corrispondente all'incolumità e sicurezza pubblica), anziché una "ideale" (intesa come complesso dei principi e degli interessi giuridicamente tutelati dall'ordinamento giuridico¹²⁹), c'è una certa concordia in dottrina riguardo al fatto che la giurisprudenza costituzionale sia stata in materia tutt'altro che costante¹³⁰.

Con specifico riferimento alle ordinanze in esame, non ci si può peraltro sottrarre alla sensazione che non sia stato tenuto nella dovuta considerazione almeno un principio chiaramente enunciato in una delle numerose sentenze in materia della Corte costituzionale, secondo cui integra apologia di reato (art. 414, ult. c., c.p.) «non la propaganda volta ad ottenere l'abrogazione di una legge penale, ma l'apologia concretamente idonea a provocare la commissione di delitti». L'Ordinanza FN (§ 3.1.) sembra invece addebitare all'associazione l'inserimento, tra i punti del suo programma, della mera intenzione di «abrogare le leggi Mancino e Scelba»¹³¹, prospettandolo come significativo elemento di dimostrazione dei fini illeciti dell'associazione.

Ad ogni modo, è un dato di fatto che, a partire dal 1967, soprattutto a seguito di obblighi assunti a livello sovranazionale, nel nostro ordinamento sono state introdotte numerose nuove fattispecie di reati di opinione, connotate dal comun denominatore di avere ad oggetto manifestazioni basate sulla diversità di razza, etnia, sesso o religione: prima, a seguito dell'adesione alla Convenzione per la prevenzione e la repressione dei delitti di genocidio¹³²; poi, alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discri-

¹²⁸ Si v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 411 ss.

¹²⁹ A. Pace, *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, cit., 286, ricorda che anche l'ordine "democratico" è manifestazione di un'accezione di ordine pubblico ideale, alla stessa stregua dell'ordine pubblico "socialista" o "fascista", ed è quindi suscettibile di essere leso da mere manifestazioni di pensiero contrarie alle opzioni ideologiche dei detentori del potere.

¹³⁰ R. Zaccaria, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, cit., 11.

¹³¹ Trib. Roma, 23 febbraio 2020, cit.

¹³² L. cost. 1/1967 e l. 962/1967, in base al cui art. 8 la giurisprudenza ha ritenuto punibile l'apologia di genocidio come reato di pura condotta, indipendentemente dalla pericolosità di istigare la commissione

minazione razziale¹³³; e, ancor più di recente, dall'attuazione della decisione quadro UE 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressione di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale¹³⁴.

Si tratta di nuovi reati di opinione che hanno sollevato notevoli perplessità tra i costituzionalisti¹³⁵, in quanto difficilmente conciliabili con l'adesione della nostra Costituzione al modello di una democrazia "aperta" (ancorché non "disarmata" contro atti prodromici ad iniziative violente¹³⁶), oltre che con la concezione c.d. individualistica della libertà di manifestazione del pensiero, in forza della quale il diritto di manifestazione del pensiero nella nostra Costituzione "è garantito al singolo come tale, indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato"¹³⁷.

Anche in questo caso si è peraltro assistito ad un'ulteriore "sostituzione" di valori, visto che all'ordine pubblico sono subentrati i riferimenti a valori, come l'uguaglianza e la dignità umana (in questi casi tuttavia sganciata dal riferimento ad un determinato individuo¹³⁸), sicuramente più idonei ad incontrare la sensibilità e le opzioni ideali degli interpreti, nonostante si tratti di valori non privi di ambiguità, ove utilizzati per reprimere manifestazioni del pensiero, piuttosto che concreti atti.

Dal canto loro, i giudici ordinari, se in relazione all'interpretazione della Legge Scelba avevano valorizzato la lettura della Corte costituzionale assumendo un atteggiamento

dei delitti ivi puniti: su questi aspetti si v. M. Manetti, *Manifestazioni fasciste e razziste*, in A. Pace - M. Manetti (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 288 e nt. 41.

¹³³ L. 654/1975.

¹³⁴ Art. 5 l. 167/2017, che ha introdotto l'aggravante dell'istigazione e incitamento fondati in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio

¹³⁵ Si v. ad esempio M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, in *Rivista AIC*, gennaio 2004, 34, la quale ritiene che si tratti di "un reato da cancellare"; R. Zaccaria, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, cit., 15, secondo il quale «tutti questi interventi anche se motivati da ragioni nobilissime come fanno capire solo i titoli delle leggi ... contengono disposizioni dirette a colpire svariati tipi di comportamenti ideali, di pensiero, di ricerca o di manifestazioni (ad esempio gli striscioni negli stadi) non in grado di minacciare concretamente quei valori»; A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

¹³⁶ Lo ricorda A. Pugiotto, *ibid.*

¹³⁷ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.

¹³⁸ Rileva A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, cit., 15, che «i 'nuovi' reati di opinione ... chiamano in causa la tutela della dignità umana collettiva, sganciata dalla dimensione individuale: un'idea astratta di dignità umana, dalla non facile declinazione»; M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, cit., 34, richiama la posizione di quelle dottrine che paventano che «il concetto di dignità, inteso in senso oggettivo, entri in conflitto con il pluralismo delle nostre società, sfociando in una nuova forma di paternalismo»; secondo A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 533, punire una manifestazione del pensiero in nome della tutela della dignità umana introduce un cortocircuito, perché anche l'esercizio della libertà di espressione è essa stessa manifestazione della dignità umana individuale della persona cui si imputa di aver diffuso discorsi d'odio in violazione di una dimensione collettiva della stessa dignità umana. Più in generale, sull'opinabilità del concetto del "valore della persona umana" che «assume un significato diverso a seconda che ne parli un cattolico, un musulmano, un marxista, un liberale un radical-libertario o un anarcoliberalista», si v. A. Pace, *Comunicazioni riservate e manifestazioni*, in A. Pace - M. Manetti (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 23, riflessione che induce l'insigne Autore a sostituire, quale fondamento della libertà di manifestazione del pensiero, il valore della "più ampia circolazione delle idee" a quello della persona umana, così distaccandosi dalla ricostruzione di Carlo Esposito (che per il resto l'A. condivide, attualizzandola ed arricchendola).

garantista¹³⁹, hanno invece dimostrato un'opposta attitudine rispetto alle nuove fattispecie di derivazione sovranazionale, rivalutando anche le norme interne, come se le prime avessero infuso nuova linfa nella disposizione XII e nelle leggi ordinarie di attuazione. Ne è derivato che i giudici, per un verso, hanno sistematicamente negato l'accesso alla Corte costituzionale delle qq.ll.cc. riguardanti le nuove norme punitive (ritenendole manifestamente infondate), per altro verso hanno accettato un'anticipazione della tutela penale rispetto a condotte in cui il "pericolo concreto" (richiesto in passato) ha finito con lo scolorarsi grandemente, trasformando per questa via i reati di opinione in reati di pura condotta ovvero di pericolo presunto¹⁴⁰.

Per quel che rileva ai fini del presente lavoro, il ragionamento seguito dalla giurisprudenza ordinaria può così "sillogisticamente" riassumersi: il fascismo non soltanto ha fatto propria un'ideologia razzista (di supremazia di una razza sull'altra), ma vi ha anche dato corpo attraverso l'adozione delle famigerate leggi razziali del 1938; le associazioni e le opinioni che si ispirano anche solo in parte al fascismo aderiscono a questa ideologia; *ergo*, a queste associazioni ed alle loro esternazioni devono senz'altro applicarsi i nuovi reati che reprimono le organizzazioni e le espressioni razziste e discriminatorie¹⁴¹.

L'Ordinanza FN aderisce senz'altro a quest'ordine di argomentazioni; l'Ordinanza collegiale CP, invece, se ne distacca.

In quest'ultima ordinanza infatti il collegio osserva, sotto un primo profilo, che l'attribuzione di posizioni razziste e discriminatorie non può derivare da una "deduzione" in base alla quale dal richiamo (nel programma di un'associazione) ad alcuni punti dell'ideologia fascista deriverebbe, in modo automatico e meccanicistico, l'adesione di quella formazione a tutti i punti programmatici di quella ideologia (ed in particolare alla discriminazione razziale), ancorché nessun riferimento sia reperibile in tal senso nei suoi punti programmatici. Di talché, piuttosto che colpire un'associazione o una manifestazione razzista o discriminatoria, si colpirebbe un «contenuto di pensiero imputato sulla base di una deduzione astratta, secondo la quale il soggetto non potrebbe non avere un pensiero corrispondente a quello la cui manifestazione si assume illecita, quando invece la libertà di pensiero implica logicamente la libertà di individuare i contenuti ed i valori cui aderire, anche scegliendo, rielaborando, variamente combinando quelli già noti»¹⁴², con la conseguenza che «qualunque criterio in base al quale si pretenda di attribuire posizioni razziste o discriminatorie per derivazione da contenuti di pensiero in cui obiettivamente tali contenuti non si ritrovano non può che essere arbitrario e quindi radicalmente inidoneo a definire i confini dei limiti legittimamente segnati alla libertà di manifestazione del pensiero; il giudizio di valore sui riferimenti storici ed ideali richiamati da ciascun attore del dibattito politico, come quello sulla coerenza con tali riferimenti dei principi affermati nel tempo presente, rimane affidato

¹³⁹ Se non addirittura lassista, cfr. M. Manetti, *Manifestazioni fasciste e razziste*, in A. Pace - M. Manetti (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 279.

¹⁴⁰ Per la ricostruzione di tale parabola giurisprudenziale si v. M. Manetti, *Manifestazioni fasciste e razziste*, in A. Pace - M. Manetti (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit.

¹⁴¹ Si v., a titolo esemplificativo, Cass. pen., sez. I, sent. 23024/2001, cit.

¹⁴² Trib. Roma, 29 aprile 2020, cit.

al libero confronto delle idee»¹⁴³.

Difficile non riconoscere, in questo iter argomentativo, una lettura “costituzionalmente adeguata” che salvaguardi almeno il nucleo essenziale della libertà di manifestazione del pensiero, lettura che del resto viene proposta dal Tribunale per non doverne dedurre il contrasto tra le nuove figure incriminatrici ed i principi che fanno del nostro ordinamento una democrazia aperta. E sempre in questa direzione sembra andare la sottolineatura che, sebbene queste nuove figure facciano riferimento ad espressioni del pensiero variamente denominate come «diffusione, propaganda, istigazione, incitamento, apologia»¹⁴⁴ (peraltro di diversa natura e gravità), occorre comunque che possa dirsi ricorrere l’offensività della condotta, che il Tribunale ravvisa nello scopo dell’«incitamento»¹⁴⁵ alla discriminazione ed alla violenza, che deve pur essersi concretizzato nel mondo materiale e non può essere, anch’esso, «dedotto»¹⁴⁶.

4.2. Le ordinanze in esame e le fonti sovranazionali

Come detto, per corroborare la propria motivazione, l’Ordinanza FN si è largamente richiamata a fonti sovranazionali come la CEDU (e la relativa applicazione giurisprudenziale da parte della Corte EDU), la CDFUE, la decisione quadro 2008/913/GAI, il Codice di condotta UE sull’incitamento all’odio. Anche in questo caso non è possibile passare in rassegna tutti i vari aspetti.

Per un primo inquadramento della problematica, sembra opportuno partire da una constatazione: «Costituzioni nazionali, Carta dei diritti dell’Unione Europea e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo concorrono indubbiamente al rafforzamento del sistema delle garanzie [dei diritti fondamentali]. E tuttavia i loro reciproci rapporti sono tutt’altro che lineari e immediati»¹⁴⁷. Di norma, i diritti fondamentali protetti dalle Costituzioni nazionali, dalla CDFUE e dalla CEDU convergono, ma si tratta «pur sempre di una “armonia tra diversi?”»¹⁴⁸.

Con specifico riferimento alla libertà di espressione va, poi, considerato che le differenze tra i modelli di tutela approntati a livello nazionale e quelli fatti propri dai due sistemi sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali (CDFUE e CEDU) - nonché tra questi ultimi - «superano di gran lunga le analogie»¹⁴⁹; e si tratta di differenze che non sempre possono essere superate «attraverso l’utilizzo dei criteri propri del pluralismo costituzionale e cioè con la ricerca di un’interpretazione omogenea dei diritti che

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 13. Sul punto si v. anche S. Gambino, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, Convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti.*, in *federalismi.it*, 13, 2014, ed ivi ampi riferimenti dottrinali.

¹⁴⁸ M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 5.

¹⁴⁹ M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, cit., 27.

sia conforme ed accettabile nell'ambito di ciascuno degli ordinamenti considerati»¹⁵⁰. Non può tuttavia essere trascurato che, per quel che riguarda il sistema CEDU, esso è volto ad individuare un minimo comun denominatore nella protezione dei diritti fondamentali¹⁵¹, lasciando agli Stati firmatari il compito di innalzarne la tutela ed operare i necessari bilanciamenti con i diritti eventualmente concorrenti sulla base delle proprie scelte costituzionali e politiche¹⁵².

Pertanto, qualora davvero sussistesse un'insanabile divergenza tra gli esiti cui si perviene alla luce «degli obblighi convenzionali, vigenti sul piano internazionale ed europeo, [...] [e] quelli raggiunti [...] sul piano costituzionale»¹⁵³, allora ci si troverebbe al cospetto del profilo «più discutibile e più difficile da accettare» del fenomeno della tutela multilivello dei diritti fondamentali: vale a dire, «la limitazione che il godimento di diritti costituzionalmente riconosciuti può subire in funzione della tutela dei diritti dell'Uomo, così come è concepita dagli strumenti convenzionali e come è applicata dalle Corti chiamate a custodirli»¹⁵⁴.

Ma, al riguardo, non può dimenticarsi che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale sulla natura di parametri “interposti” di costituzionalità delle disposizioni CEDU ai sensi dell'art. 117 Cost.¹⁵⁵, le norme derivanti da obblighi internazionali devono comunque risultare compatibili con tutte le disposizioni costituzionali¹⁵⁶ (e non solo con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale¹⁵⁷).

Questioni solo parzialmente diverse si pongono con riferimento all'eventuale contrasto tra la CDFUE e la tutela costituzionale delle libertà costituzionali in esame.

A questo riguardo viene infatti in considerazione anzitutto la parabola giurisprudenziale che ha caratterizzato l'atteggiamento delle Corti costituzionali, le quali sono passate da una prima fase di “entusiastica apertura” all'applicazione generalizzata della CDFUE ad una più rigorosa verifica del suo ambito di efficacia, circoscritto (ai sensi del suo art. 51) all'attuazione interna del diritto UE o alle deroghe nazionali a norme

¹⁵⁰ Ivi, 208 e, per esemplificazioni, 192 ss.

¹⁵¹ Lo ricorda opportunamente, proprio con riferimento alla libertà di espressione, A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, cit., 17, richiamando anche l'art. 53 CEDU.

¹⁵² M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, cit., 28.

¹⁵³ In tal senso concludono - in contrapposizione all'analisi svolta da C. Caruso, *La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*, cit.; P. De Sena-M. Castellaneta *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, cit., § 4, all'esito di un'ampia rassegna delle fonti sovranazionali e della CEDU nonché della sua interpretazione giurisprudenziale, rassegna, come detto, poi ampiamente ripresa nell'Ordinanza FN.

¹⁵⁴ Così acutamente M. Manetti, *Il limite alle manifestazioni fasciste e razziste*, in A. Pace - M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 280.

¹⁵⁵ Corte cost., sentt. 348 e 349 del 2007 e, più di recente, sent. 49/2015.

¹⁵⁶ In tal senso, con particolare riferimento ai temi qui trattati, A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, cit., 17; C. Caruso, *La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*, cit.; P. Tanzarella, *La Costituzione italiana pluralista di fronte ai discorsi d'odio e ai discorsi fascisti*, in G. Avanzini - G. Mattucci - L. Musselli (a cura di), *Informazione e media nell'era digitale*, Milano 2019, 432 ss.

¹⁵⁷ Sul carattere più ampio dei controlimiti applicabili alla CEDU, rispetto alle disposizioni UE, si v. T.F. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *forumcostituzionale.it*, 11 dicembre 2007.

UE eventualmente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali¹⁵⁸. Sicché, in proposito, il primo problema che dovrebbe porsi al giudice (e, più in generale, all'interprete) è se si sia al cospetto di una controversia cui la CDFUE sia o meno applicabile. E, nei casi oggetto dei provvedimenti oggetto del presente lavoro, può seriamente dubitarsi che ciò si verifichi, posto che la disciplina della libertà di espressione in generale (e in ambito politico in particolare) rimane una competenza degli Stati membri, come più volte ribadito anche nelle direttive che avrebbero potuto esercitare un impatto su tale libertà¹⁵⁹.

Fermo quanto sopra, ove pure si ritenesse di poter superare il primo ordine di problemi, andrebbe presa in considerazione la previsione secondo la quale, allorché nella CDFUE vengano riconosciuti diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono da interpretarsi in armonia con dette tradizioni (art. 52.4 CDFUE)¹⁶⁰.

In sequenza, si dovrebbe ancora tener presente la clausola del massimo livello di protezione di cui all'art. 53 CDFUE, secondo la quale «[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri». E, sebbene il criterio "quantitativo" del massimo standard di protezione di un diritto fondamentale non sia talvolta risolutivo in considerazione del rapporto "relazionale" inevitabilmente sussistente tra i vari diritti fondamentali (*in primis*, nel caso di conflitto tra gli stessi)¹⁶¹, si tratta di un altro criterio che indica all'interprete un mezzo per risolvere eventuali contrasti tra discipline multilivello.

Da ultimo (ma certamente non per importanza), verrebbero in considerazione i c.d. controlimiti¹⁶², posto che sarebbe difficile negare la natura di principi supremi dell'ordinamento a libertà così fondanti per il nostro sistema costituzionale da farne discendere la qualificazione in termini di democrazia aperta.

In conclusione, qualora le controversie oggetto dei provvedimenti giurisdizionali in esame ponessero *effettivamente* un conflitto tra fonti sovranazionali e disciplina costituzionale (non componibile mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata dei diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali¹⁶³), l'interprete non potrebbe far

¹⁵⁸ Su questa parabola, v. M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 8 ss., in cui si esaminano le differenze intercorrenti al riguardo tra Corte cost., sent. 135/2002 e la n. 111/2017.

¹⁵⁹ Si v., a titolo meramente esemplificativo, il considerando 9 della direttiva 2000/31/CE ed il considerando 16 della direttiva 2010/13/UE.

¹⁶⁰ Per un approfondimento di questi complessi temi, che qui possono essere solo enunciati, si rinvia a M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., e S. Gambino, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, Convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti*, cit., anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁶¹ Lo ricorda assai opportunamente M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 16.

¹⁶² Su cui, agli AA. citati nelle precedenti note, *adde* almeno M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, anche per la sottolineatura del rapporto intercorrente tra controlimiti e principio democratico.

¹⁶³ Evenienza di cui però è lecito dubitare, come del resto dimostra proprio l'Ordinanza collegiale CP.

altro che dare prevalenza alla disciplina costituzionale.

5. Considerazioni finali

Sembra a chi scrive che, a margine dell'analisi delle ordinanze qui esaminate, emerga una serie di incongruenze, paradossi e sottovalutazioni, su cui val la pena di soffermarsi brevemente in chiusura di questa disamina.

Viene anzitutto in considerazione l'atteggiamento paradossale delle istituzioni statali, consistente nel "delegare" poteri sostanzialmente pubblicistici, oltre che delicatissimi per il corretto funzionamento del nostro sistema democratico, a soggetti privati – i social network e FB in particolare – che già detengono un enorme potere (privato) suscettibile di condizionare l'esercizio delle libertà fondamentali dei cittadini-utenti (si v. sopra il § 3), con il risultato di ampliare ancor di più il potere delle Big Tech, anziché limitarlo, come ci sarebbe da attendersi dalle istituzioni statali (oltre che sovranazionali). Sembra invero difficile qualificare in termini diversi l'affidamento ai social network del potere di decidere quali associazioni politiche possano esprimere le proprie convinzioni ideologiche, così ampliando i casi di c.d. "censura privata sostanziale", in cui «il bilanciamento fra libertà di espressione ed altri beni giuridici viene delegato dallo Stato direttamente alle piattaforme digitali»¹⁶⁴.

Per giunta, con l'ulteriore contraddizione che ad alcune formazioni, mentre sarebbe consentito (dallo Stato) di continuare la propria attività associativa e di partecipare addirittura alle elezioni inserendo propri rappresentanti nelle istituzioni (ciò che, secondo il Tribunale costituzionale tedesco, rappresenta il *vero* "pericolo attuale e concreto"), sarebbe al contempo impedito di esprimere le stesse opinioni attraverso uno dei maggiori social, in quanto associazione illecita volta a promuovere ideologie razziste ed a cui – almeno secondo l'Ordinanza FN – gli stessi social network sarebbero non solo facoltizzati, ma addirittura obbligati a disattivare le pagine.

A questi profili sembra affiancarsi la sottovalutazione della delega di tali poteri ad organizzazioni imprenditoriali che rivendicano in maniera piuttosto esplicita la propria autonomia (nel senso etimologico di "darsi da sé le proprie regole") anche nei riguardi dello Stato¹⁶⁵ e che – per fatturati, numero di utenti e "missione"¹⁶⁶ – si (pro)pongono su un piano di parità rispetto alle organizzazioni statali e sovranazionali, dandosi una propria Carta di valori (ed una propria "Corte costituzionale"¹⁶⁷) e dissimulandone l'a-

¹⁶⁴ M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, cit., 39 ss., cui si rinvia anche per la distinzione rispetto alla "censura privata funzionale", cioè quella imposta dallo Stato a seguito di un controllo giudiziale/amministrativo. Parla di un ruolo "paracostituzionale" delle piattaforme, M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, cit., 159, ma *passim*.

¹⁶⁵ Si pensi alla linea difensiva sostenuta da FB nella controversia CP, secondo la quale «neanche un disposizione normativa espressa potrebbe limitare il suo diritto di decidere quali contenuti ospitare e quali escludere» ed ancora non assumerebbe alcuna rilevanza il fatto che «un'organizzazione [sia o meno] proibita dalla legge italiana»

¹⁶⁶ Come affermato nel 2010 da Mark Zuckerberg: «*In a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company. We have this large community of people, and more than other technology companies, we're really setting policies.*».

¹⁶⁷ Si v. sopra § 3.

dozione unilaterale (al pari di tutte le altre condizioni generali predisposte dalle relative organizzazioni imprenditoriali per la fruizione dei servizi di social network) attraverso la continua evocazione di una “community”¹⁶⁸, alla quale non viene peraltro attribuito alcun concreto potere nella definizione delle regole da seguire sul social e che non ha alcuna modalità, tantomeno procedimentalizzata, per esprimere la sua volontà collettiva¹⁶⁹.

Non si vuole, con queste riflessioni, minimizzare il pericolo effettivamente rappresentato dalla sempre crescente diffusione e (almeno apparente) condivisione sui social e, più in generale, su Internet di espressioni e posizioni razziste: pericolo che peraltro non è detto venga evitato con la completa estromissione di queste posizioni dal dibattito pubblico¹⁷⁰, per giunta lasciando in circolo altre posizioni non meno discriminatorie nei confronti di alcune minoranze, sol perché espresse da partiti comunque facenti parte del “sistema”.

Ma viene da chiedersi se queste minacce non possano essere contrastate dallo Stato - in modo molto più efficace, legittimo e *tranchant* - con gli strumenti giuridici a propria disposizione, piuttosto che attraverso la contemporanea rinuncia all'utilizzo di questi rimedi e la delega a soggetti privati dell'estromissione dallo spazio pubblico di associazioni ritenute pericolose per le istituzioni democratiche (compito che spetterebbe allo Stato e di cui quest'ultimo non sembra evidentemente volersi far carico). E ci si chiede altresì se i pericoli per la democrazia derivanti da queste forze antisistema (tutto sommato marginali) siano maggiori di quelli suscettibili di derivare dallo strapotere delle Big Tech e dalla loro possibile alleanza con queste o altre forze politiche, anche “di sistema” (qui poco importa), al fine di condizionare se non determinare l'esito delle consultazioni elettorali e comunque il funzionamento delle nostre democrazie.

¹⁶⁸ Sull'ambiguità insita nell'insistito riferimento alla community, v. P. Bonini, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole dei contenuti politici*, cit., 276 ss.

¹⁶⁹ M. Mezzanotte, *Nuovi media e libertà antiche: la libertà di associazione in Internet*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, 237, sottolinea che «si tratta di una specie di codice di condotta ottriato, non scelto dagli utenti, ma concesso loro dall'alto».

¹⁷⁰ Per una, come sempre lucida ed equilibrata, disamina del problema del negazionismo, v. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma - Bari, 2012, 227 ss.