



## Verità e libertà nell' espressione del pensiero...Prendendo spunto da casi concreti ...

di

Vincenzo Baldini\*

SOMMARIO: 1. Premessa: verità e comunicazione. Il caso dei medici radiati (e non solo). 2. Approcci dogmatici nella determinazione della libertà di manifestazione del pensiero: ambito materiale, contenuti della garanzia, scopo della tutela. 3. Verità, cronaca, informazione. 4. La verità come contenuto necessario dell'informazione nella giurisprudenza costituzionale (straniera) e nella giurisprudenza della Corte EDU. 5. Diritto all'oblio e comunicazione post-fattuale. Verso una rimodulazione del concetto di verità ai fini della garanzia costituzionale ? 6. Conclusioni.

### **1. Premessa: verità e comunicazione. Il caso dei medici radiati (e non solo).**

Verità: parola suggestiva e, al tempo stesso, insidiosa che anche nella scienza giuridica apre orizzonti di riflessione interessanti ma nutre preoccupazioni nella pretesa di absolutezza. Essa si manifesta qui con tratti variegati e (non di rado) problematici che, piuttosto che riconnettersi in modo immediato ad interrogativi etico-filosofici ultimi (di quanta verità ha bisogno l'uomo)<sup>1</sup>, si pone a base, soprattutto in questo momento storico, di questioni pratiche (di quanta e, soprattutto, di che tipo di verità ha bisogno oggi la democrazia, per essere tale e per sopravvivere)<sup>2</sup> che nutrono una tensione interna allo Stato costituzionale di diritto.

*"Auctoritas, non veritas facit legem"*: la celebre frase attribuita a *Thomas Hobbes* descrive l'intrinseca debolezza della verità sostanziale quale fonte primaria di legittimazione del potere e della decisione politica. Ma un tale affermazione, pietra angolare del pensiero positivista, non vale a liquidare come privo senz'altro di ogni

---

\* Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

<sup>1</sup> R. Safranski, *Wieviel Wahrheit braucht der Mensch ?*, 9. Auf., Frankfurt am Main, 2005, part. p. 102 ss.

<sup>2</sup> In tema, in generale cfr. J. Nida Rümelin, *Demokratie und Wahrheit*, München, 2006, p. 37 ss.

interesse il riferimento alla verità, né ad esaurire il significato che un tale riferimento può avere nell'esperienza giuridica. Basti pensare al rilievo accordato, al riguardo, ad una cd. verità formale della legge, quale conseguenza della razionalità della procedura di decisione; o, ancora, alla verità processuale come fine dell'azione giudiziaria.

D'altro verso, la relazione -descritta come necessaria da una parte della dottrina- tra Stato costituzionale democratico di diritto e verità assume a presupposto l'esistenza di un assetto di valori (dignità, libertà, solidarietà) intesi come assoluti e irretrattabili, veri e propri tabù costituzionali<sup>3</sup> che sono sottratti ad ogni spazio di discussione mirato, in ultima analisi, a porli in questione. Si prefigura, così, una connessione funzionale necessaria tra questi ultimi e la buona politica nello Stato costituzionale, soprattutto in materia di diritti fondamentali.

Avuto riguardo, nello specifico, alla fisionomia del processo democratico il richiamo alla verità appare conseguente alla pratica del discorso razionale, vale a dire ad una particolare forma di determinazione della volontà politica attraverso il flusso della comunicazione pubblica che si compie nella deliberazione politica<sup>4</sup>. In questa direzione, anzi, sembra delinarsi il paradosso logico-giuridico di una verità formale – quella, appunto, della democrazia deliberativa- che mette in dubbio la verità assoluta – i suddetti tabù costituzionali- dello Stato democratico<sup>5</sup>.

D'altro verso, non manca di essere rilevato come proprio quest'ultimo postula necessariamente l'esistenza di un'etica di cittadinanza<sup>6</sup> che impegna il cittadino all'esercizio di una libertà responsabile e limitata dall'esigenza di tutela del Bene comune. Anche attraverso questa "terza via", in qualche modo parallela a quella della verità formale e della verità assoluta, si arriva a giustificare la ricerca della verità come una naturale tendenza dello Stato costituzionale democratico di diritto<sup>7</sup>, in quanto verità e Giustizia (*Gerechtigkeit*) vengono declinate qui in una relazione funzionale

---

<sup>3</sup> V. al riguardo J. Isensee, *Tabu im freiheitlichen Staat*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2003, part. p. 85 ss.

<sup>4</sup> Cfr. in particolare R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1978, p. 219 ss..

<sup>5</sup> V. ancora J. Isensee, op. cit., p. 15 ss.

<sup>6</sup> V. in tal senso (con ivi i richiami a Friedrich Schiller) J. Limbach, *Die Demokratie und ihre Bürger*, München 2003, p. 23 ss..

<sup>7</sup> Cfr. P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 1995, part. p. 79 ss.; J. Nida-Raumlin, *Demokratie und Wahrheit*, München 2006, p. 77 ss.

congiunta e indissolubile, la prima in funzione della realizzazione della seconda intesa quale obiettivo naturale dello Stato costituzionale democratico.

In una dimensione più contenuta, in fine, il richiamo alla verità si riconnette all'esercizio alla libertà di manifestazione del pensiero, nello specifico ai fini della pratica dei cd. diritti di informazione (cronaca) e, in tale prospettiva, la prima opera come una condizione per l'efficacia della scriminante del diritto di cronaca ex art. 21 Cost.<sup>8</sup>. A questo riguardo, l'interrogativo che si pone è se (ed eventualmente, in che termini) la verità rappresenti, un presupposto generale dell'esercizio della libertà di comunicazione, soprattutto nel quadro di un ordinamento contrassegnato dai principi e valori sopra richiamati, che finiscono per costituire una direzione di senso anche ai fini dell'esercizio dei diritti di libertà di chiara matrice personalistica. La questione muove dalla premessa che, per i diritti di informazione la verità della comunicazione si commisura, in ultima analisi, alla forma di conoscenza razionale, vale a dire all'esposizione di fatti ed eventi realmente accaduti e non soltanto emotivamente "sentiti"; in tal senso, essa può mostrarsi idonea a circoscrivere il contenuto della garanzia costituzionale escludendovi la non-informazione (la comunicazione storicamente falsa). Nondimeno, resta tutt'altro che pacifica, per la cd. verità "razionale", la natura di presupposto e condizione della tutela concessa dall'art. 21 Cost. alla libera espressione del pensiero, in tutte le altre forme in cui questa può realizzarsi. Ciò soprattutto quando si valorizzi la relazione tra l'esercizio di tale attività comunicativa e l'espressione di identità individuale, come tale garantita dalla Costituzione anche oltre la previsione dei singoli diritti fondamentali<sup>9</sup>. Un analogo discorso, come meglio si dirà avanti (v. *infra*) investe la percezione che la libertà di

---

<sup>8</sup> L'art. 656 c.p. punisce, come è noto, la diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose. Da ultimo Tribunale di Firenze, sent. n. 517/2017 a tal proposito fa riferimento alla verità oggettiva della notizia, della pertinenza e della continenza, ai fini dell'operatività della scriminante. Si veda ad es. il caso "Carolina di Monaco" in cui nel bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca i diversi giudici competenti –giudici di merito, Tribunale costituzionale federale, Corte EDU- hanno mostrato posizioni assolutamente diverse. Ancora, v. di recente la pronuncia della Cassazione (sez. I civile, sent. 24 giugno 2016, n. 13161).

<sup>9</sup> Per il Tribunale costituzionale federale tedesco, poi, il riferimento al "pensiero" di cui all'art. 5 GG include espressioni "che sono connotate dalla relazione soggettiva del singolo con i contenuti della sua dichiarazione". A tal fine, non ha rilievo se l'espressione di pensiero sia fondata o priva di ogni fondamento, "emozionale o razionale": BVerfGE, 90, 241, part. p. 247 ss.

manifestazione del pensiero assume sotto il profilo oggettivo-istituzionale, quale fondamento della democrazia.

Operata questa non inutile premessa, nel presente lavoro il fuoco dell'attenzione viene posto sulla portata della verità quale requisito, eventuale e/o necessario, connesso all'esercizio dei cd. diritti della comunicazione nello Stato costituzionale democratico. A tal fine, un primo spunto può trarsi dalle interessanti considerazioni svolte dal Garante Antitrust nel corso di un'intervista rilasciata ad un noto giornale inglese, in cui dopo aver rilevato che "in politica la *post-verità* è uno dei motori del populismo e una delle *minacce alla nostra democrazia*" il Garante ha precisato tra l'altro che "le piattaforme come Facebook hanno dato grandi benefici alle persone e ai loro clienti ... ma non è compito dei privati controllare l'informazione. Questo ... è storicamente compito dei pubblici poteri", che "devono garantire un'informazione corretta" (corsivi miei: n.d.r)<sup>10</sup>.

Un'ulteriore suggestione è offerta da alcuni recenti casi di cronaca, il primo relativo alla radiazione dall'Albo professionale, da parte dei rispettivi Consigli, di medici che avevano espresso un chiaro dissenso verso la recente politica del Governo, di estendere il numero dei trattamenti vaccinali obbligatori in seguito all'aumento di casi di malattie contagiose<sup>11</sup>. In proposito, preliminare ad ogni considerazione in merito è che quello sull'obbligatorietà dei trattamenti vaccinali si presenta come un tema delicato e controverso, posto all'incrocio di una serie di interessi costituzionali

---

<sup>10</sup> Le parole risalgono ad un'intervista rilasciata dal Garante Antitrust Giovanni Pitruzzella qualche tempo (30.12.2016) fa al quotidiano inglese *Financial Times*. Sull'eccesso di informazione, che caratterizza l'era contemporanea, v. anche B. P. Paal, M. Hennemann, *Meinungsbildung im digitalen Zeitalter*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2017, p. 641 ss., part. p. 643. Sulla dimensione giuridica di Internet e sull'esercizio della libertà di espressione del pensiero attraverso tale mezzo, v. in particolare E. Colarullo, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 2. Ed., Torino, 2006, p. 81 ss.; M. Betzu, *Regolare Internet – La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, prima ristampa, Torino 2012, in part. p. 33 ss. e p. 133 ss.

<sup>11</sup> Il caso particolare da cui prendono spunto le seguenti riflessioni è quello relativo alla radiazione dall'Albo di un medico, disposto dal Consiglio dell'Ordine (dei medici di Milano) come sanzione per avere quest'ultimo assunto posizioni fortemente critiche nei confronti della profilassi attraverso i vaccini. L'Ordine aveva aperto un'istruttoria dopo che il professionista, lo scorso dicembre, aveva preso parte ad un convegno «contro l'obbligo vaccinale» esprimendo posizioni critiche verso la scelta del Governo di estendere la profilassi vaccinale ricorrendo alla soluzione di cui all'art. 32 u.c. Cost. Lo stesso professionista aveva in seguito ribadito le proprie posizioni critiche fondate, essenzialmente, sull'assunto che i vaccini recano benefici ma comportano anche rischi, i quali andrebbero chiaramente riferiti alla popolazione. Il caso descritto segue di poco quello di un altro medico, radiato dall'Albo su deliberazione dell'ordine dei Medici (di Treviso), per aver espresso opinioni critiche verso l'utilizzo dei vaccini.

concorrenti -dal diritto alla salute inteso essenzialmente come libertà di autodeterminazione in materia di cure sanitarie<sup>12</sup>, al principio di solidarietà<sup>13</sup> che sottende l'intervento della legge statale generale sui trattamenti sanitari obbligatori ex art. 32 c. 2 Cost.<sup>14</sup>. L'irrogazione di misure sanzionatorie così gravi da precludere ai

---

<sup>12</sup> Su questo versante, il diritto alla salute comprende tra l'altro il diritto ad ottenere dal medico le necessarie informazioni su ogni profilo relativo al trattamento sanitario a cui ci si vuole sottoporre, funzionale alla scelta di autodeterminazione. Al riguardo, cfr. in giurisprudenza, tra le più recenti, Cassazione, sez. III civ., sent. 24 ottobre 2013, n. 24109; Cassazione, sez. III civ., sentenza 20 agosto 2013, n. 19220. Minor rilievo assume, nella vicenda che ci occupa, la consistenza del diritto alla salute come pretesa giuridica soggettiva alla prestazione sanitaria da parte dei poteri pubblici, tenuto conto in ogni caso dell'impegno, da parte dello Stato e degli enti territoriali competenti, a porre in essere un'efficiente strategia di prevenzione vaccinale che ne garantisca la copertura su tutto il territorio nazionale. Ciò, d'altronde, impone di considerare attentamente l'esigenza, in materia, di una leale cooperazione tra il primo e le autonomie territoriali come tratto indefettibile nella realizzazione dell'obiettivo di tutela della salute. Del resto, in tal senso spinge la novella dell'art. 117 Cost., che in materia, sancisce una competenza ripartita tra lo Stato e le Regioni, per quanto una siffatta attribuzione risulta intersecata dalla previsione di una riserva esclusiva in capo al legislatore statale a determinare i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (ex art. 117, lett. m), Cost.) \*; a tanto si aggiunge la previsione di legge (statale) generale in materia, appunto, di trattamenti sanitari obbligatori (Art. 32 c. 2. Cost.). Sulla natura di diritto umano del diritto alla salute che, per ciò, si pone a fondamento di un riconoscimento e tutela globale di tale diritto, v. da ultimo M. Kaltenborn, D. Tröppner, *Globales Gesundheitsrecht*, in *JZ*, 2017, p. 745 ss. (part. p. 746 ss.)

<sup>13</sup> Come è noto, sull'aumentata sensibilità verso il principio dispositivo in materia sanitaria si era basato, anni or sono, "il Piano nazionale vaccini 2005-2007" che aveva concesso alle Regioni, in materia, poteri derogatori della legge statale. Peraltro, sulla discussa legittimità della legislazione regionale (Legge regionale Veneto 23 marzo 2007, n. 7 -BUR n. 30/2007), intervenuta a disporre la sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva sancito dalla legge dello Stato (sul punto, cfr. ancora D. Messineo, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, cit., p. 331 ss., part. p. 334, in cui inoltre si mette in evidenza il rapporto tra diritto alla salute ed istanza solidaristica (come anche in M. Plutino, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n.1/2017. ). Su quest'ultimo profilo, peraltro, v. in particolare E. B. Cattinari, *Diritto alla salute e solidarietà verso gli altri. Il "dovere di curarsi" nella prospettiva costituzionale*, in *Salute e società*, n. 2/2016, p. 193 ss. (part. p. 205 ss.).

<sup>14</sup> Sulla riserva di competenza della sola legge statale cfr. tra gli altri B. Caravita, *Sub Art. 32 Cost.*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di V. Crisafulli, L. Paladin), Padova, 1990, p. 222 (in cui tuttavia è anche il richiamo ad una certa giurisprudenza "dissenziante" della Corte costituzionale: sent. n. 154/80). Tale impostazione, del resto, trovava un punto di conferma nella l. n. 833/78, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, il cui art. 33, riferisce alle "leggi dello Stato" la competenza all'individuazione dei casi per il quali l'autorità sanitaria può disporre "accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori". Peraltro, sulla questione v. anche D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, part. p. 198 ss., in particolare in quanto attiene alla possibilità per i legislatori regionali di intervento in materia. Il rapporto tra le previsioni, rispettivamente, del primo e secondo comma di questo articolo può ragionevolmente essere ricondotto entro lo schema tipico della distinzione tra norma principio

medici dissenzienti il prosieguo della loro attività professionale solleva più di una perplessità, non soltanto alla stregua della riserva di legge esistente in materia<sup>15</sup> (trattandosi di misura che incide sull'esercizio di diritti fondamentali) quanto – soprattutto per ciò che qui ci occupa – in ragione della indubitabile relazione causale tra tali misure e l'esercizio legittimo della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), dato che le posizioni critiche espresse dai professionisti si collocano all'interno del più ampio dibattito politico e medico-scientifico sulle strategie di prevenzione sanitaria<sup>16</sup>.

Un secondo caso di cronaca attiene alla decisione della Cassazione di ritenere legittima l'esclusione dall'ambito materiale della tutela connessa al diritto all'oblio

---

(la libertà di cura del singolo) e norma derogatoria (la disciplina di trattamenti sanitari obbligatori): al riguardo, in senso conforme, v. F. Modugno, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 308 ss., part. p. 313; ma v. anche S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1978, p.876 ss. Sul significato di "trattamento obbligatorio", nella proposta distinzione rispetto ai trattamenti "coattivi", v. da ultimo i riferimenti al dibattito riportati in M. Plutino, op. ult. cit.. Nel caso del ricorso al trattamento sanitario obbligatorio, pertanto, è del tutto ragionevole ritenere che la discrezionalità del legislatore debba soggiacere ad uno stretto scrutinio di costituzionalità per verificare l'effettiva sussistenza di quelle condizioni peculiari di gravità anche conseguente ad un probabile rischio epidemico –oltre che ad uno stato già conclamato– che sole siano in grado di giustificare sul piano giuridico il sacrificio del diritto fondamentale individuale alla libera scelta se sottoporsi o meno ad uno specifico trattamento sanitario.

<sup>15</sup> ...sembrando carente nello specifico un fondamento legislativo che legittimi l'esercizio del potere sanzionatorio da parte del Consiglio dell'Ordine, in una materia che interseca con la sfera materiale di diritti fondamentali (diritto al lavoro, diritto all'autodeterminazione in materia sanitaria etc).

<sup>16</sup> Un altro aspetto che viene in rilievo, della questione qui presa in esame, attiene alla relazione funzionale tra il provvedimento della radiazione adottato nei confronti dei medici "obiettori" sulla base di norme del codice deontologico e le garanzie attinenti al diritto al lavoro (art. 4 ss. Cost.), in particolare in quanto attiene all'esistenza di una relazione funzionale necessaria tra lo svolgimento della prestazione lavorativa e la conduzione di un'esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia (art. 36 Cost.). Ciò implica la previa esistenza di un parametro legislativo, alla cui stregua valutare l'adozione di provvedimenti che costituiscono di fatto o di diritto una limitazione del diritto al lavoro. Non è un caso che la l. n. 3/76 recante il nuovo ordinamento della professione di dottore agronomo e di dottore forestale abbia previsto all'art. 42, la radiazione del professionista dall'albo nei soli casi in cui quest'ultimo subisca una condanna con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dagli articoli 372, 373, 374, 377, 380, 381 del codice penale; o gli sia irrogata l'interdizione dai pubblici uffici perpetua o di durata superiore ai tre anni e la interdizione dalla professione per uguale durata. In fine, nel caso di ricovero del professionista in un manicomio giudiziario nei casi indicati nell'articolo 222, comma secondo, del codice penale, o l'assegnazione ad una colonia agricola, ad una casa di lavoro o ad una casa di cura e di custodia. In generale, sulla portata della *Wesentlichkeitstheorie* in materia di diritti fondamentali, cfr. per tutti K. Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in J. Isensee, P. Kirchhof *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V., cit., p. 94 (Rdn.86).

fatti, come quelli accaduti all'isola di Cavallo a Vittorio Emanuele di Savoia, per i quali quest'ultimo ha subito un processo penale da cui, in fine, è stato mandato assolto. Nella circostanza la Cassazione, confermando le argomentazioni dei giudici di merito, ha ritenuto che, in generale, il «“diritto all'oblio” sulle proprie vicende personali, che fa capo ad ogni persona, si deve confrontare ... con il diritto alla collettività ad essere informata sui fatti da cui dipende la formazione dei propri convincimenti, anche quando da essa derivi discredito alla persona che è titolare di quel diritto». Quindi lo stesso Collegio ha ritenuto nel caso in questione prevalente quest'ultimo diritto ed attuali i riferimenti alla questione pregressa ai fini della formazione di un'opinione pubblica<sup>17</sup>.

Negli evocati fatti di cronaca, un elemento comune è senz'altro costituito dalla verità posta a base delle relative pretese giuridiche soggettive, la prima relativa alla legittimità della comunicazione, la seconda alla cancellazione dalla memoria (anche informatica) di fatti di cronaca assunti dalla parte meritevoli di oblio. In ogni caso, essi si mostrano propizi a favorire una riflessione in merito alla dimensione effettiva della tutela connessa alla prescrizione costituzionale della libertà di espressione del pensiero nell'attuale contesto storico, anche alla luce del fatto che il profilo individualistico, nella specie, sempre più appare strettamente correlato a quello istituzionale che esalta i diritti di comunicazione quale snodo essenziale del processo democratico.

## ***2. Approcci dogmatici nella determinazione della libertà di manifestazione del pensiero: ambito materiale, contenuti della garanzia, scopo della tutela.***

In principio, è la libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta come diritto fondamentale a livello interno (art. 21 Cost.), internazionale (artt.18 e 19 Dich. Univ. dei diritti dell'uomo) ed europeo (art. 10 Convenzione EDU; art. 11 Carta dei diritti fondamentali UE), di cui appare un compito nient'affatto agevole determinare esattamente i contenuti della relativa garanzia.

Come è noto, nel dibattito costituente tale libertà assume una caratura precipuamente individualistica nella sua natura di libertà negativa, che consente di

---

<sup>17</sup> Cass. 5<sup>a</sup> sez. pen., sent. n. 38747/17. Ma cfr. anche, per i precedenti, Cass., 9/4/1998, n. 3679; 25/6/2004, n. 11864.

declinarla quale forma di espressione di identità personale<sup>18</sup>, alla maniera di *Carlo Esposito*<sup>19</sup> come anche di individuarne le “ragioni ideali del riconoscimento” nella “libera circolazione delle più diverse idee”<sup>20</sup>. Entrambi tali rappresentazioni (la prima, tuttavia, in una maniera più accentuata) esaltano con immediatezza la relazione funzionale sussistente tra l’esercizio di siffatta libertà e la più generale esaltazione del diritto all’autodeterminazione individuale<sup>21</sup>. Nella seconda rappresentazione, peraltro, sembra delinarsi con più chiarezza la dimensione pubblicistico-istituzionale nella prospettiva ultima del pluralismo della comunicazione quale presupposto e condizione delle dinamiche proprie degli ordinamenti democratici.

In definitiva, oltre a doversi tener conto dell’esistenza di un complesso di teorie dei diritti fondamentali<sup>22</sup> in grado di favorire, di volta in volta, l’esaltazione dell’uno piuttosto che dell’altro dei possibili approcci esegetici, non può negarsi che nel caso specifico della libertà di manifestazione del pensiero la percezione della sfera della garanzia costituzionale risente inevitabilmente delle inestricabili interdipendenze ed intrecci funzionali tra le suddette diverse connotazioni assiologiche. Così, l’approccio propriamente individualista e liberale a combinarsi inestricabilmente con quello di tipo oggettivo-funzionale e giuridico-obiettivo, mirato alla realizzazione di un generale obiettivo di Bene comune (l’informazione) nonché con quello propriamente istituzionale, diretto ad esaltare la consistenza dei diritti della comunicazione per la realizzazione della democrazia.

---

<sup>18</sup> In quest’ultimo senso, quantunque con riguardo all’ordinamento costituzionale tedesco, v. ancora A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, cit., p. 658.

<sup>19</sup> C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 12 ss. Per un riferimento allo “scontro” tra concezione individualistica (verso cui propende l’A.) e concezione funzionale della libertà in parola, v. ampiamente P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 9 ss.

<sup>20</sup> Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, 7 ed., Padova 1992, p. 386.

<sup>21</sup> La comunicazione rappresenta il tratto caratterizzante del processo democratico, realizzando con quest’ultimo un vincolo funzionale ineludibile. Pertanto, il richiamo ai diritti della comunicazione –piuttosto che alla libertà di espressione del pensiero- sembra porre in risalto soprattutto quest’ultima componente, dalla quale sembrano derivarsi limiti e/o condizioni di azionamento di tali diritti.

<sup>22</sup> Sulle varie teorie dei diritti fondamentali, cfr. soprattutto E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, p. 115 ss., part. p. 129 ss; e, dello stesso A., *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, ivi, p. 146 ss.

A tal riguardo, non riveste molto senso identificare esattamente chi sia o debba essere il soggetto che la Costituzione assume a titolare del diritto, vale a dire, l'individuo autonomo e indipendente in quanto dotato di un valore intrinseco prestatuale e pre-giuridico; oppure la persona responsabilmente collocata all'interno della comunità, non vocata all'esercizio arbitrario di libertà ma orientato comunque al Bene comune<sup>23</sup>. Quest'ultima posizione è anche quella che si mostra in maggiore sintonia con la teoria oggettivo-funzionale dei diritti fondamentali intesi (anche) quali valori della Costituzione, la cui giuridica consistenza, peraltro, non si esaurisce in una mera garanzia di libertà negativa ma giunge fino a richiedere, da parte del potere pubblico, l'adempimento di obblighi positivi ai fini del suo corretto ed ottimale esercizio. Alla base di una siffatta prospettazione è una visione della Costituzione quale unità in senso assiologico-culturale<sup>24</sup> - oltre la sua natura giuridico-formale di legge fondamentale- che si rivela attraverso il complesso dei principi e valori fondamentali mirati alla realizzazione degli obiettivi di Giustizia e di Bene comune<sup>25</sup>.

Il riferimento ad un siffatto *Menschenbild* che la Carta fondamentale lascia prefigurare costituisce allora una sorta di implicita premessa in grado di conformare i tratti dell'esegesi relativa ai singoli diritti fondamentali<sup>26</sup> orientandone, in generale, la percezione di senso, di contenuto e di relativa portata<sup>27</sup>. Del resto, il progressivo consolidamento di un approccio dogmatico mirato ad esaltare i contenuti di valore della Costituzione, ben oltre le sue singole prescrizioni, sembra costituire il tratto caratterizzante di un'esperienza, anche giurisprudenziale, che tende a proteggere tale modello culturale potenziandone le aspettative inclusive, pure in un quadro sociale fortemente dinamico e differenziato. L'obiettivo di un'ottimizzazione delle libertà

---

<sup>23</sup> Al riguardo, v. anche E. Schmidt-Jortzig, *Meinungs- und Informationsfreiheit*, in J. Isensee, P. Kirchhof *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg, 2009, p. 876 ss., secondo cui la Legge fondamentale farebbe riferimento unicamente all'individuo singolo e non quale parte della comunità.

<sup>24</sup> Al riguardo, v. soprattutto, P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin 1982, part. p. 18 ss.

<sup>25</sup> Sui vari significati funzionali della Costituzione, v. U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 39 ss..

<sup>26</sup> Al riguardo, sia consentito il rinvio a V. Baldini, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1/2017.

<sup>27</sup> S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn – Münch – Wien – Zürich, 2013, p. 16 ss. („Im freiheitlichen Staat bestimmt der Menschen kraft seiner Personalität vielmehr über sich selbst und sind Gerechtigkeit und Gemeinwohl aufgegeben, d.h. von den Menschen zu gestalten“: p. 17).

individuali si commisura alla più ampia consistenza della garanzia individuale che generi un adattamento senza tuttavia implicare una deformazione o una trasfigurazione del modello culturale in questione. Ciò si risolve nell'equilibrio tra gli interessi sottesi il singolo diritto, concorrenti e convergenti, fino all'osservanza tanto di limiti espressi e/o di limiti logici specificatamente rilevanti<sup>28</sup> quanto di limiti immanenti al diritto in questione<sup>29</sup>.

Pertanto, la garanzia costituzionale ex art. 21 Cost. se ha riguardo, in primo luogo, al generale divieto di un'indebita ingerenza da parte dei poteri pubblici che abbia l'effetto di contenere, limitandola, la libera scelta di ciò che si vuole comunicare<sup>30</sup> non si esaurisce in esso. La determinazione dei profili soggettivi relativi a tale garanzia (beneficiari e destinatari della garanzia) come anche la consistenza della relativa sfera materiale<sup>31</sup> risente della duplice connotazione –di diritto/valore fondamentale a carattere individuale nonché di diritto di natura istituzionale in relazione ai caratteri dello Stato costituzionale democratico- che è propria della libertà di manifestazione del pensiero<sup>32</sup>. Così, ad es., quale pretesa giuridica soggettiva a non subire “alcuna sanzione (...) in conseguenza tanto dei pensieri liberamente espressi, quanto di quelli

---

<sup>28</sup> Sull'inesistenza di limiti logici alla libertà ex art. 21 Cost., A. Pace, op. ult. cit., p. 386. Tuttavia di un “limite logico” di tale libertà riconosciuta all'imputato, in relazione unicamente alla pertinenza al processo, parla la Corte costituzionale (sent. n. 188/80)

<sup>29</sup> Sui limiti immanenti ai diritti fondamentali in Costituzione v. in particolare J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V., p. 143 ss., part. p. 173 (Rdn.56). Peraltro, critico nei confronti della possibilità di rinvenire limiti immanenti alla libertà di manifestazione del pensiero è A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, 7 ed., Padova 1992, p. 388 che, a presunta conferma della sua posizione, evoca (ivi) una certa linea di giurisprudenza costituzionale. Tuttavia, la posizione di questo A. appare piuttosto debole come canone dogmatico, dato che la deduzione nel tempo di sempre nuovi limiti immanenti (pacifica convivenza, pace scolastica etc.) ad alcune libertà fondamentali è il risultato di un'attività esegetica che risente, ovviamente, anche delle mutate condizioni interne al pluralismo sociale. Nello specifico, sull'esclusione del limite dell'ordine pubblico per la libertà di espressione del pensiero v. P. Caretti, *I diritti fondamentali*, 2. ed., Torino, 2005, p. 297 ss.

<sup>30</sup> Così A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in *JZ*, 2017, p. 653 ss., part. p. 657.

<sup>31</sup> Peraltro, pur non trovando un pieno e sistematico riscontro, lo schema ordinario di giudizio è quello basato, di norma, sulla previa determinazione dell'ambito materiale della tutela connessa al singolo diritto (*Schutzbereich*), rispetto al quale l'attività del potere pubblico inerente a tale sfera è valutato come ingerenza (*Eingriff*) nel (solo) caso in cui risulti priva di una giustificazione tale da farla ritenere legittima e, perciò, non inquadrabile come violazione del diritto fondamentale\*.

<sup>32</sup> V., tra le tante, Corte cost., sentt. nn. 94/77; 84/69; 9/65. In senso analogo, v. anche Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfGE), 7, 198, part. p. 208.

non espressi<sup>33</sup> la garanzia in parola rileva anche nei confronti del potere privato che assume una posizione di supremazia nei confronti del singolo (quale è il caso, ad es., del Consiglio di un ordine professionale).

Per ciò che attiene poi ai contenuti della libertà negativa, il diritto del singolo di esprimere liberamente il proprio pensiero tende naturalmente a rendersi immune da ogni condizionamento giuridico non strettamente connesso alla tutela di diritti ed interessi concorrenti. E' in questo senso che esso esprime tutto la sua astratta capacità induttiva ai fini della formazione del pensiero pubblico e, riconoscendo in ciò il proprio fine, si correla strettamente ed in modo pressoché esclusivo con la preservazione dell'identità personale. Ad ogni modo, la portata della comunicazione può essere tale da generare conflitti, oltre che con diritti individuali concorrenti, con una serie di interessi generali da cui la relativa libertà viene legittimamente (ed inevitabilmente) a subire limitazioni e condizionamenti, modali e sostanziali, che ne comprimono la relativa sfera di garanzia. La questione circa la (il)legittimità dei discorsi di istigazione all'odio o alla violenza<sup>34</sup>, su cui da ultimo è tornata ancora la Corte di Strasburgo<sup>35</sup> e,

---

<sup>33</sup> A. Pace, op. ult. cit., p. 396.

<sup>34</sup> Così anche W. Brugger, *Verbot oder Schutz von Haßrede ?*, in *AöR* 128 (2003), p. 372 ss. In proposito, v. da ultimo, le parole di V. Zagrebelsky espresse in un'intervista rilasciata di recente ad un quotidiano (V. Zagrebelsky, *Le nostre libertà non tutelano chi istiga all'odio*, in *La Stampa* del 22.8.2017. ): "Se nei paesi a prevalenza musulmana la libertà religiosa ai cristiani è negata, non per questo possiamo noi europei fare altrettanto nei confronti dei musulmani. Ma dall'altro lato il richiamo a una lettura violenta dei testi sacri dell'Islam, non può porre la propaganda e l'istigazione contro l'Occidente al riparo della libertà religiosa." ... né la libertà di espressione, né la libertà religiosa, né la libertà di riunione e associazione sono libertà assolute, sottratte a ogni limitazione da parte dello Stato. A partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, le libertà hanno limiti per assicurare agli altri la garanzia di quegli stessi diritti e libertà. Nella nostra epoca sia la Convenzione europea dei diritti umani, sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea espressamente escludono dalla protezione coloro che si impegnano in attività dirette alla distruzione dei diritti e delle libertà che esse prevedono. Ugual principio si trova nella Dichiarazione universale dei diritti umani e negli altri testi internazionali. Si tratta del divieto di abuso del diritto, di uso cioè distorto dei diritti e delle libertà propri delle democrazie, al fine di abatterle negandone i fondamenti." ... "Le democrazie devono (non solo possono) difendersi, combattendo le attività che pretendono di usare la libertà di espressione per negare i diritti e le libertà degli altri e distruggere i regimi democratici che li assicurano. Per questo la Corte europea ha negato protezione a chi fa discorsi incitanti al razzismo, all'antisemitismo e all'odio o alla violenza verso altri gruppi di persone. Simili leggi esistono negli Stati d'Europa, conformemente alle loro Costituzioni nazionali".

<sup>35</sup> Corte EDU, II sez. sent. *Fouad BELKACEM c/ Belgio*, del 27.6.2017. Peraltro, v. al riguardo anche Corte EDU, V sez., sent. del 2.10.2008, *Leroy c. France* (application no 36109/03) in cui la Corte rigetta il ricorso di un giornalista francese che aveva lamentato la violazione dell'art. 10 della Convenzione in ragione della sua condanna da parte delle autorità giurisdizionali

più in generale, l'espressione del pensiero che abbia ad effetto di recare pregiudizio ai valori ultimi dell'ordinamento democratico costituiscono esempi significativi di un potenziale terreno di scontro tra espressione libera del pensiero e complesso di diritti e valori concorrenti.

### 3. Verità, informazione, comunicazione.

Il riferimento ai discorsi di odio, sovente avanzati anche nel dibattito storico-politico (si pensi, ad es., alla negazione della strage degli Innocenti di Erode o, più di recente, dell'esistenza della Shoah)<sup>36</sup> sposta senz'altro il fuoco dell'interesse sulla questione centrale di questo lavoro, vale a dire il significato della verità ai fini della tutela costituzionale della libertà di comunicazione. Oggetto di attenzione, in particolare, è la questione circa la possibilità di accordare rilievo alla verità della comunicazione quale presupposto in grado di delimitare *a priori* i contenuti della garanzia costituzionale ex art. 21 Cost. e, non, invece, di operare come causa giustificativa di una (carente) inefficacia nel caso di specie di siffatta garanzia<sup>37</sup>.

Al riguardo, se è indubbio che informazione scientifica, politica, tecnica, nonché esercizio del diritto di cronaca configurino altrettanti segmenti tematici interni alla sfera della libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. che, anche perciò, si presenta poliedrica dal punto di vista funzionale, non è senz'altro scontato sia a quale concetto di verità possa o debba farsi riferimento (v. *infra*), sia di conseguenza la

---

nazionali per il reato di apologia di terrorismo, generata dalla pubblicazione su un quotidiano di una vignetta satirica relativa all' attentato alle torri gemelle dell'11 settembre 2001. Il rigetto del ricorso da parte dei giudici di Strasburgo e la conseguente conferma delle condanne emesse dai giudici francesi è motivato con il fatto che la vignetta non si limitava a manifestare un sentimento antiamericano, ma conteneva un'approvazione dell'operato dei responsabili della strage. Peraltro, la vignetta satirica, pur se dotata di uno spirito umoristico, era stata pubblicata subito dopo l'attentato, in un clima di grande disordine e paura, in un periodico distribuito in una regione a ridosso dei Paesi Baschi, in cui violenza e terrorismo come forma di lotta politica realizzano un pericolo serio e permanente. Siffatte circostanze il giornalista ha colpevolmente ignorato o sottovalutato anche al fine di poter ponderare con maggiore responsabilità la propria azione.

<sup>36</sup> Così anche W. Brugger, op. ult. cit., p. 375 ss.

<sup>37</sup> Tale schema dogmatico, diverso da quello tradizionale o prevalente si basa appunto sulla distinzione tra ambito materiale e contenuti della tutela costituzionale. Al riguardo, in tal senso, cfr. per tutti E.W. Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 2003, p. 174 ss.

premessa secondo cui la verità realizza, al riguardo, un presupposto necessario per la qualificazione della natura stessa dell'attività come informazione e/o comunicazione.

In generale, l'inquadramento della libertà di espressione del pensiero tra i diritti della personalità, come emerge chiaramente dall'orientamento della giurisprudenza costituzionale ed europea e come progressivamente si va affermando anche nella realtà in divenire di un diritto costituzionale transnazionale<sup>38</sup>, postula un approccio di tipo liberale che manifesta, in principio, indifferenza verso i contenuti (reali o meno) del pensiero espresso. Ciò, seppure non porta a riconoscere senz'altro un fondamento costituzionale al cd. diritto alla menzogna<sup>39</sup>, come pure a conferire tutela all'espressione anonima della comunicazione<sup>40</sup> non ne smentisce in ogni caso la possibilità in astratto alla stregua dell'art. 21 Cost., in ogni caso, nel quadro di un bilanciamento con interessi concorrenti, di natura individuale (rispetto dell'onore, della dignità, della riservatezza, etc.)<sup>41</sup> o generale (sicurezza, sanità, etc.)<sup>42</sup>. Ciò, comunque, sembra rivelare l'incongruenza di una limitazione della garanzia costituzionale alle sole manifestazioni del pensiero assunte come "obiettivamente veritiere"<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> In tema, sia consentito il rinvio a V. Baldini, *Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialog vor dem Hintergrund des italienischen Verfassungsrechts*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR)*, Band 65 (2017), p.687 ss.

<sup>39</sup> A. Pace, op. ult. cit., p. 398.

<sup>40</sup> In senso favorevole a tale tutela, v. S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn – Münch – Wien – Zürich, 2013, p. 16 ss. („Im freiheitlichen Staat bestimmt der Menschen kraft seiner Personalität vielmehr über sich selbst und sind Gerechtigkeit und Gemeinwohl aufgegeben, d.h. von den Menschen zu gestalten“: p. 17).

<sup>41</sup> ...per seguire l'impostazione critica nei confronti dell'attivazione dei limiti immanenti per i diritti fondamentali assistiti dalla riserva di legge: sul punto, cfr. soprattutto E.W. Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 2003, p. 165 ss., part. p. 170 ss.

<sup>42</sup> Rileva la genericità e la maggiore strutturazione dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero "quale "libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee", connessi all'art. 10 della Convenzione EDU, R. Zaccaria, *La libertà d'espressione e giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* (Relazione tenuta a Camerino il 25-26 settembre 2009, p. 2 ss. del paper.

<sup>43</sup> A. Pace, op. ult. cit.. Ciò anche tenendosi conto che la stessa Corte di Strasburgo ha riconosciuto come compresa nella sfera della garanzia ex art. 10 della Convenzione ogni tipologia di manifestazione del pensiero, indipendentemente dalla forma ovvero dallo specifico contenuto delle comunicazioni. Per Pace, in particolare, la garanzia comprende tutte le manifestazioni del pensiero "proprio", dunque anche "le espressioni di fatti obiettivamente errati, qualora in buona fede essi vengano ritenuti veri da parte di chi ne afferma l'esistenza" (p. 397). Peraltro, in una tra le ultime sentenze in materia (8 maggio 2012, n. 6902) la Cassazione, in armonia con la propria giurisprudenza pregressa, ha ancora una volta ribadito che il diritto di cronaca può essere esercitato anche quando ne derivi una lesione dell'altrui reputazione, costituendo così il primo una causa di giustificazione della condotta, a condizione che vengano

Nemmeno una siffatta conclusione sembra compromessa allorquando si intenda valorizzare precipuamente la dimensione funzionale-istituzionale della comunicazione quale condizione indefettibile del sistema democratico. Quest'ultimo vive "della capacità di orientamento del dibattito pubblico" così che "nel discorso e nel confronto dialettico circa vantaggi e svantaggi di una decisione politica si chiariscono gli argomenti"<sup>44</sup>. Ma, ai fini della positività di un tale confronto, non è tanto la verità della comunicazione esposta ad assumere rilievo decisivo nella costruzione di un fisiologico sviluppo del processo democratico quanto, soprattutto, il fatto che la stessa possa trovare in argomentazioni opposte il suo termine di verifica. L'esistenza -almeno in via astratta e potenziale- di un pluralismo dei flussi di comunicazione è idoneo a nutrire il confronto da cui, in fine, trae esito la formazione dell'opinione pubblica. In tal senso, il riferimento alla verità può essere inteso tanto con riguardo ad una verità parziale, quale è inevitabilmente (soprattutto in chiave politica) quella addotta da una fonte di informazione; quanto, anche, ad una (presunta) verità sostanziale quale emerge, in tesi, dall'ipotesi del confronto suddetto, vale a dire anche dall'impiego di procedure tipizzate (come quelle parlamentari), preordinate alla decisione democratica. In questo senso, allora, è il sistema delle regole che governano l'agire democratico assicurando, tra l'altro, il potenziale confronto pluralistico funzionale alla formazione dell'opinione pubblica a garantire presuntivamente l'informazione "vera", non, invece, la verità storicamente oggettiva ed assoluta della comunicazione ciò che rileva come elemento indefettibile della libera espressione di pensiero.

La forma pluralistica della comunicazione, in conclusione, è ciò che nutre compiutamente l'efficacia del modello di democrazia deliberativa. Da questo punto di vista, l'equilibrio tra libertà individuale e tutela di interessi generali concorrenti si mostra di non complessa ordinazione, tanto più che un tale equilibrio riesce presunto

---

rispettati i limiti della verità, della continenza e della pertinenza della notizia. Fondamentale è, a tal fine, che la notizia pubblicata sia vera e che sussista un interesse pubblico alla conoscenza dei fatti. Il diritto di cronaca, infatti, giustifica intromissioni nella sfera privata laddove la notizia riportata possa contribuire alla formazione di una pubblica opinione su fatti oggettivamente rilevanti. Tale decisione evidenzia allora uno dei casi in cui la verità dell'espressione del pensiero venga *ab initio* a limitare il contenuto materiale della garanzia ex art. 21 Cost.

<sup>44</sup> Così J. Limbach, *Die Demokratie und ihre Bürger*, München, 2003, p. 50..

anche attraverso la regolamentazione relativa all'accesso al pluralismo dei mezzi di informazione.

#### **4. La verità come contenuto necessario dell'informazione nella giurisprudenza costituzionale (straniera) e nella giurisprudenza della Corte EDU.**

Come accennato, la libertà di espressione del pensiero trova formale riconoscimento e tutela anche attraverso le Carte europee dei diritti (art. 10 Convenzione EDU; art. 11 Carta dei diritti fondamentali UE). In particolare, l'art. 10 della Convenzione EDU<sup>45</sup> sembra rafforzare la relazione tra siffatta libertà e la tutela dell'identità individuale allorquando sancisce, per i legislatori nazionali, la possibilità di introdurre limiti al suo esercizio unicamente allorquando essi si configurino quali "misure necessarie, in una società democratica" a salvaguardia tra l'altro della "sicurezza nazionale", dell' "integrità territoriale", della "pubblica sicurezza", per la "difesa dell'ordine", per la "protezione della salute o della morale" e per "impedire la divulgazione di informazioni riservate". In quest'ordine di idee, la verità della comunicazione tende a porsi in una relazione causale necessaria con i contenuti della libertà in questione soltanto se ed in quanto la prima sia ritenuta funzionale in termini di necessità alla preservazione dei suddetti interessi. Diversamente, la libertà di manifestazione del pensiero non contempla, in principio, la verità storica della comunicazione prodotta.

Soltanto nel caso dell' informazione in senso stretto, anch' essa ricadente nella sfera materiale della garanzia prestata dal diritto convenzionale la verità oggettiva configura un presupposto "naturale" della libertà di manifestazione del pensiero,

---

<sup>45</sup> Art. 10 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

intesa anche in funzione della tutela di altri diritti e valori fondamentali (salute, vita, onore etc.)<sup>46</sup>.

Un discorso più specifico è a farsi con riguardo alla condanna assoluta dei discorsi di odio che, come si è già detto (v. *supra*), si collocano al di fuori dei contenuti materiali del diritto in questione. Proprio nella più recente decisione a cui si è fatto cenno (v. *supra*) i giudici di Strasburgo hanno ribadito che tali discorsi (a prescindere da ogni esame sulla verità storica che, in teoria, potrebbe addursi a sostegno di certe posizioni) contrastano i valori della “tolleranza”, della “pace sociale” e della “non discriminazione” “che sono alla base della Convenzione”<sup>47</sup>. In definitiva, un’ingerenza dei poteri pubblici nella sfera di tutela della libertà di espressione per risultare legittima, ai sensi dell’art. 10 c. 2 della Convenzione EDU, deve realizzarsi attraverso un atto legislativo, deve perseguire uno scopo legittimo e deve mostrarsi necessaria in una società democratica<sup>48</sup>. L’apprezzamento della necessità dell’intervento limitativo, dunque, resta affidato in primo luogo alla decisione del legislatore rappresentativo, quindi a quella dei giudici chiamati eventualmente a verificarne la conformità rispetto al citato parametro convenzionale. In proposito si tratta -quello della Corte EDU- di un indirizzo giurisprudenziale che riflette in buona sostanza l’auspicio sancito dalla Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (artt.2 e 4)<sup>49</sup>, come dall’art. 20 del Patto

---

Cfr., in proposito, Corte EDU, sez. III, sent. S c/ Germania (del 17.10.2002), in cui la Corte giudica in contrasto con l’art. 10 CEDU la decisione dei giudici tedeschi di condannare un medico (meglio, di confermare la condanna inflitta dal Consiglio dell’Ordine dei medici) che aveva pubblicizzato i benefici di una tecnica innovativa, dallo stesso praticata, di chirurgia oculistica. Nello specifico, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato come la verità dell’informazione, funzionale alla migliore garanzia del diritto alla salute, realizzava un vantaggio generale e comunque non avrebbe giustificato l’adeguatezza della misura sanzionatoria inflitta al medico per avere violato, a dire del Consiglio dell’Ordine, il divieto di farsi pubblicità. Pertanto, la Corte EDU ha riconosciuto la violazione del diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero da parte del medico condannato.

<sup>47</sup>...una linea, quest’ultima, che va nella direzione di rafforzare ancor più la protezione degli interessi generali anche in considerazione del permanente pericolo generato dall’impiego del terrorismo come forma di lotta politica e ideologico-religiosa.

<sup>48</sup> Corte EDU, sent. del 17.12.2013, caso Perinçek c/ Svizzera, in cui si rilevava una violazione anche della libertà di espressione ex art. 10 Convenzione nella condanna irrogata dal giudice svizzero all’ultranazionalista turco Dogu Perinçek.

<sup>49</sup> La Convenzione, stipulata nel 1965 ed aperta alla firma a New York il 07.3.1966, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 654/75.

internazionale sui diritti civili e politici (1966)<sup>50</sup> di vietare da parte del legislatore nazionale ogni appello all'odio nazionale, razziale o religioso, auspicio che, del resto, ha trovato puntuale riscontro negli ordinamenti di molti Stati europei che condannano specificatamente l'incitamento all'odio razziale<sup>51</sup>.

Su un diverso versante, si mostra del pari di rilievo, rispetto al tema centrale della verità della comunicazione, la relazione funzionale che la stessa può mostrare rispetto alla tutela di altri diritti fondamentali ed interessi concorrenti. In proposito, emblematico appare l'indirizzo tracciato dal Tribunale costituzionale federale tedesco nel noto *Glykol-Urteil*<sup>52</sup>, in cui si è precisato che l'informazione (da parte del Governo federale) di una lista delle ditte che utilizzavano il glicole nella produzione di liquori (pubblicata in seguito allo scandalo –all'epoca scoppiato in Germania- del vino al glicole) non costituiva violazione alcuna del diritto alla libera attività professionale giacché quest'ultimo non offre garanzie di protezione nei confronti della diffusione di informazioni vere e riferite a casi concreti, che assumono un rilievo per la condotta della concorrenza economica e per l'ordinamento dell'economia. Nella specie, in una sorta di ideale parallelo con lo schema di giudizio impiegato dalla Corte di Strasburgo, i giudici tedeschi hanno ritenuto la verità dell'informazione, funzionale alla tutela del diritto alla salute e di altri interessi dotati comunque di rilievo costituzionale, prevalente rispetto alla libertà di svolgimento dell'attività professionale,.

In conclusione, al di là di un tenue tentativo della Corte EDU di prefigurare l'esistenza di un autonomo diritto alla verità inteso come pretesa di conoscenza di fatti storicamente dati, seppure riportandolo nel quadro delle violazioni procedurali dell'articolo 3 della CEDU<sup>53</sup>, verità e libertà della comunicazione si incrociano in modo contingente nella giurisprudenza costituzionale nazionale come anche nella giurisprudenza Corte EDU, rappresentando soltanto in casi specifici uno standard di

---

<sup>50</sup> ...., entrato in vigore in Italia, il 23 marzo 1976: Art.20, c.2, Conv. Int.: "Qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge".

<sup>51</sup> In diversi Paesi europei, tra cui il Belgio, la Danimarca, la Germania, l'Estonia, la Spagna, la Francia, l'Irlanda, i Paesi Bassi, il Portogallo e la Svezia, l'incitazione all'odio è specificamente considerato come reato.

<sup>52</sup> BVerfGE sent. Del 26.6.2002 – 1 BvR 558/91; 1 BvR 1428/91 (ora vedila in BVerfGE 105, 252 ss.).

<sup>53</sup> Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 21.10.2013, Janowiec e a. c. Russia, ric. nn. 55508/07 e 29520/09.

giudizio in cui la prima si configura come condizione intrinseca indefettibile del diritto di comunicazione.

##### **5. Diritto all'oblio e comunicazione post-fattuale. Verso una rimodulazione della garanzia costituzionale?**

Un altro e più complesso aspetto riguarda, per un verso, la relazione tra verità della comunicazione e diritto individuale alla preservazione di un'identità che si realizza anche attraverso la cancellazione dalla memori informatica di dati riguardanti la persona (diritto all'oblio). Per altro verso, la rilevanza che assumono quelle che potremmo definire come forme inedite e, per certi aspetti, originali- della comunicazione finalizzata alla formazione dell'opinione pubblica.

La libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., come si è visto, rivela nello Stato costituzionale democratico una dimensione funzionale pluridirezionale, seppure mirata principalmente all'espressione dell'identità personale, in cui, in generale e salvo aspetti particolari, il profilo dell'attività (il comunicare un pensiero proprio o un pensiero altrui)<sup>54</sup> fa premio sul profilo del contenuto (ciò che viene a comunicarsi). Tanto vale anche in relazione alla prospettiva del buon funzionamento dell'ordinamento democratico, in vista della realizzazione dell'obiettivo ultimo della decisione politica "razionale".

Sotto il fuoco dell'attenzione viene ora il riferimento alla verità quando si tratti dell'informazione in senso stretto (v. supra)<sup>55</sup> e, a tal fine, può forse meglio comprendersi la distinzione tra manifestazione del pensiero proprio e comunicazione/narrazione di fatti ed avvenimenti storicamente dati, laddove sul primo versante sussiste, di regola, la irrilevanza dei contenuti ai fini della formazione del pensiero pubblico. Sul secondo versante, in particolare nell'esercizio del diritto di cronaca la verità reale appare come un elemento intrinseco e, nel contempo, un presupposto della tutela costituzionale, cui si correla, in una dimensione, per così dire,

---

<sup>54</sup> La distinzione è riportata in A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, 7 ed., Padova 1992, p. 396 ss. Tuttavia, non appare semplice né praticamente possibile distinguere senz'altro, in concreto, il pensiero originale da quello non originale.

<sup>55</sup> Sulla distinzione tra manifestazione del pensiero ed "informazioni", queste ultime soltanto necessariamente intellegibili dai terzi, v. ancora A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 390.

apparentemente antitetica ma in modo necessario ed indefettibile, il diritto individuale all'oblio (v. *supra*). Quest'ultimo, come è noto, fonda la pretesa a non essere ancora menzionato nei canali pubblici di informazione (internet, stampa, etc.) per reati e/o per fatti avvenuti in un passato sufficientemente lontano, allorquando risulti esaurito ogni ulteriore interesse pubblico all'informazione. La previsione di un siffatto diritto non segna, come tale, una prevalenza della tutela della sfera di personalità individuale rispetto all'interesse generale e collettivo alla conoscenza degli accadimenti di rilievo ai fini della formazione di un pensiero pubblico, anche quando ciò rechi discredito alla persona titolare del diritto<sup>56</sup>. E esso, infatti, si rende effettivo unicamente quando quest'ultimo interesse viene ad essere valutato come non più attuale.

Il diritto all'oblio che, negli ultimi tempi ha assunto una crescente rilevanza nella giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>57</sup> nonché in seguito all'entrata in vigore del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali<sup>58</sup> il quale ha recepito pienamente i principi alla base di tale diritto, non può che postulare la verità dei fatti narrati in cronaca e di cui vuol cancellarsi il ricordo perché ritenuto non più corrispondente all'interesse attuale all'informazione<sup>59</sup>. Tale carenza che, si è detto, risulta decisiva ai fini di conferire legittimità alla pretesa individuale, si presta naturalmente all'apprezzamento del giudice ma la contestazione circa la falsità della esposizione dei fatti di cronaca avvenuti in passato precludono la stessa ammissibilità dell'esercizio del diritto in parola. Ciò in quanto la verità della comunicazione si mostra a tal fine, come un presupposto ineludibile della stessa costruzione teorica di un diritto all'oblio.

D'altro verso, non può essere sottaciuto che il concetto di verità è venuto manifestando, soprattutto di recente, una consistenza sempre più relativa e contingente assumendo connotazioni sempre meno oggettive e razionali, fino a patire una sorta di

---

<sup>56</sup> Cass. 5<sup>a</sup> sez. pen., sent. n. 38747/17, cit.

<sup>57</sup> Cfr. tra le altre anche Cassazione Civile, sez. I, sentenza 24/06/2016 n° 13161.

<sup>58</sup> Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali n. 2016/679.

<sup>59</sup> Trattasi, pertanto, di un diritto e strettamente correlato alla tutela dell'autodeterminazione in materia di dati personali, in relazione al quale l'illecito trattamento di dati personali viene ravvisato non nel contenuto e nelle originarie modalità di pubblicazione e diffusione *on line* dell'articolo di cronaca e nemmeno nella conservazione e archiviazione informatica di esso bensì, essenzialmente, nel mantenimento del diretto ed agevole accesso a quel risalente servizio giornalistico pubblicato tempo fa e della sua diffusione sul Web.

trasformazione intrinseca attraverso l'incedere della cd. comunicazione post-fattuale"<sup>60</sup>. Quest'ultima, infatti, appare connotata da una sostanziale natura inedita e, per molti aspetti, ancora poco esplorata in cui la formazione dell'opinione pubblica non consegue alla presa di coscienza di una verità storica oggettiva quale ineludibile punto di partenza a cui informare posizioni critiche individuali in chiave politica, scientifica, storica e/o sociale. La comunicazione post-fattuale si avvale, di regola, di notizie carenti di un fondamento di verità oggettiva (*fake news*) e tuttavia poste (consapevolmente) in circolazione al fine precipuo di favorire nella comunità di riferimento un dibattito. Quest'ultimo è sviluppato così sulla base soprattutto di suggestioni emotive che la notizia lanciata è comunque in grado di suscitare<sup>61</sup> piuttosto che di consapevolezza e conoscenze, le quali in questo caso, assumono un rilievo del tutto marginale.

La "post-verità" è dunque un *quid novi* che -rileva Timothy Williamson- non può ascriversi a sinonimo di verità, né ad equivalente di menzogna e falsità. Essa semplicemente "rende irrilevante la distinzione tra vero e falso"<sup>62</sup> così che la "realtà" diventa "solo una questione di "interpretazione" entro un'era di perturbazione"<sup>63</sup>, giacché il pensiero pubblico viene ad essere "influenzato meno da fatti oggettivi che da sollecitazioni di sentimenti e convinzioni personali"<sup>64</sup>. In un siffatto contesto, ciò che

---

<sup>60</sup> Al riguardo, v. da ultimo soprattutto A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in *JZ*, 2017, p. 653 ss.

<sup>61</sup> Sul punto, v. per tutti (in senso critico) S. Neiman, *Widerstand der Vernunft*, Salzburg, 2017, part. p. 13, in cui evidenzia la grande forza di manipolazione dei cittadini di siffatte notizie false. Ma v. anche B. P. Paal, M. Hennemann, *Meinungsbildung im digitalen Zeitalter*, cit., p. 644. La distinzione tra comunicazione, rispettivamente, „fattuale“ e „post-fattuale“ manifesta evidente affinità con quella operata da J. Habermas (v. soprattutto *Wahrheitstheorien*, in *Wirklichkeit und Reflexion*, in H. Fahrenbach (Hrsg.), *Festschrift für W. Schulz*, Pfullingen 1973, p. 214 ss., part. p. 218 ss.) tra „attività“ (*Handlung*) e „discorso“ (*Diskurs*), nel quale ultimo soltanto si aprono spazi per la discussione di informazioni (non legate ad un'esperienza oggettiva), sulla cui verità si pongono interrogativi. Del resto, in quest'ordine di idee lo stesso Habermas distingue le informazioni in affidabili e non affidabili, secondo le stesse si basino sull'esperienza soggettiva o su quella oggettiva. In tal modo, riesce confermata la natura tutt'altro che assoluta del concetto di informazione, inquadrata all'interno del più ampio concetto di comunicazione. Sulla ricostruzione della posizione di Habermas in materia, v. anche R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 138 ss.

<sup>62</sup> La citazione è riportata nel contributo di A. Crăciun, *Le prove della comunicazione nell'era della post-verità*, in [www.ferpi.it](http://www.ferpi.it).

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 653. Non è un caso che la parola "post-truth" (post-verità) sia stata dall' Oxford English Dictionary eletta, nel 2016, a parola dell'anno.

soprattutto ed in fondo vengono ad essere prodotte sono tematiche o argomenti<sup>65</sup>, le quali si pongono così al centro del dibattito comune che (solo) prende avvio dalla comunicazione post-fattuale. Ciò, a prescindere dal fatto che sia riconosciuta l'affidabilità del titolare della comunicazione e/o la verità oggettiva dei contenuti dichiarati<sup>66</sup>.

Nella specie, potrebbe dirsi, allora, che il concetto di verità svela tutta la sua natura relativa e polisensa, suscettibile di analisi e, conseguentemente, di differente declinazione dal punto di vista logico, linguistico e dell'esperienza<sup>67</sup>. Assodato tuttavia che una siffatta comunicazione nulla ha a che fare con la verità storica dell'esperienza e, pertanto, con l'esercizio del diritto di cronaca occorre chiedersi se abbia un senso legittimo escludere la volontaria circolazione di *fake news* allo scopo di suscitare giudizi di valore<sup>68</sup>, se non anche dalla sfera materiale, di certo dai contenuti della tutela accordata dall'art. 21 Cost., pur quando una tale attività non realizza alcun pregiudizio concreto ed attuale a diritti ed interessi -anche individuali- concorrenti<sup>69</sup>. Non sembra implausibile, per quanto fin qui si è venuto dicendo, ricondurre la comunicazione fondata su una "verità sentita o provata"<sup>70</sup> nella sfera materiale della garanzia assicurata dall'art. 21 Cost., trattandosi, anche nella specie, di una tutela connessa alla formazione dell'identità personale<sup>71</sup>; anche tale manifestazione di pensiero concorre in ogni caso a fomentare il dibattito pubblico e a favorire la formazione di un'opinione comune<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> R. Alexy, op. ult. cit., p. 139.

<sup>66</sup> J. Habermas, *Theorie und Praxis*, 4. Auf., Frankfurt am Main, 1972, p. 24 ss.

<sup>67</sup> P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, cit., p. 11.

<sup>68</sup> Così A. Steinbach, op.ult.cit., p. 657. Ad ogni modo deve ammettersi che anche nell'esercizio del (mero) diritto di cronaca la verità non traduce in ogni caso una descrizione obiettiva e -per così dire- asettica- dei fatti oggetto di comunicazione. In effetti, nel momento in cui quest'ultima è resa, essa subisce le conseguenze di un processo di naturale interiorizzazione e -a volte- inconsapevole manipolazione da parte di chi, avendo appreso i fatti, è chiamato ad esporli, fino a convertirsi in un pensiero proprio che perde quel grado di assoluta neutralità postulato al riguardo

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Così anche W. Brugger, *Verbot oder Schutz von Haßrede ?*, in *AöR* 128 (2003), p. 372 ss., part. p. 399.

<sup>72</sup> Del resto, in sintonia con una parte della dottrina, va rilevato come la distinzione tra espressioni del pensiero meritevoli di tutela ed altre, invece, che non lo sono può essere chiaramente marcata da una dose di soggettività, per superare la quale parrebbe necessario prefigurare parametri obiettivi alla cui stregua operare la suddetta distinzione. In questo senso,

Includere le *fake news* nei contenuti materiali della garanzia connessa alla suddetta prescrizione costituzionale può suscitare dubbi e critiche soltanto se accantonandosi ogni approccio di tipo individualistico-liberale si assuma come dominante una concezione assiologico-funzionale della democrazia e, così, della libertà di manifestazione del pensiero come necessariamente ed in modo assoluto orientata alla verità della comunicazione, ai fini di un virtuoso e responsabile esercizio della democrazia per tutti i cittadini<sup>73</sup>. In questo caso, tuttavia, sembra incontestabile che una costrizione dei contenuti della garanzia ex art. 21 Cost. che porti a escludere l'intenzionale messa in circolazione di notizie false, fatta allo scopo di orientare la formazione dell'opinione pubblica, finisce per disegnare i tratti di una specifica etica della democrazia e, così, dei valori che devono connotarla (a partire dalla dignità umana).

In ogni caso, sussiste un denominatore comune tra la comunicazione emotiva post-fattuale e quella, invece, basata sulla ragione della verità (dei fatti comunicati) che è dato dalla produzione di un effetto induttivo sulla formazione dell'opinione pubblica, senz'altro coerente, dunque, con il substrato teleologico sottostante la libertà di manifestazione del pensiero. Ciò parrebbe evidenziare ancora l'incongruenza della esclusione della comunicazione post-fattuale dall'ambito materiale della tutela costituzionale (ma anche di quella prestata dalle Convenzioni internazionali e sovranazionali avanti indicate) finché tale comunicazione non giunga a recare pregiudizio ad interessi concorrenti, di naturale individuale e/o generale<sup>74</sup>.

## **6. Conclusioni.**

Formulare qualche riflessione conclusiva in merito al difficile e precario equilibrio tra libertà di comunicazione, verità dei suoi contenuti ed orientamento dell'opinione pubblica appare, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, tutt'altro che agevole. Rileva, innanzitutto, come il concetto di verità, soprattutto con riguardo alle nuove espressioni del pensiero, si mostri del tutto relativo e privo oramai di

---

ad es., potrebbe ritenersi insuscettibile di tutela l'informazione errata per materie od oggetti che hanno riguardo diretto e specifico con il diritto alla salute o con il diritto alla vita, ad es., comunicando dati errati sulla tossicità di un prodotto al fine di favorirne il consumo.

<sup>73</sup> Così ancora –ma con tono critico e dubbioso– W. Brugger, op. cit., p. 397.

<sup>74</sup> Idem.

caratterizzazioni certe ed univoche. La sua pluralizzazione va di pari passo, del resto, con la nascita di nuove forme di comunità, anche di natura virtuale<sup>75</sup> che, ai fini delle dinamiche interne al processo democratico, affiancano i tradizionali corpi intermedi, colpiti da una crisi di esistenza per alcuni ritenuta irreversibile<sup>76</sup>.

Sembra, di conseguenza, del tutto congruente, oltre che coerente con la tendenza all'ottimizzazione, ritenere che la garanzia di cui all' art. 21 Cost. giunga ad includere anche espressioni della comunicazione post-fattuale, le quali, seppure chiaramente differenti dalla comunicazione oggettiva (e razionale) –quella, per intenderci, basata sulla verità dei fatti enunciati- concorrono in ogni caso ed effettivamente alla formazione dell'opinione pubblica. Ciò spiega, del resto, quella che potremmo definire una direzione plurima dissociata<sup>77</sup> della libertà ex art. 21 Cost., che, per un verso, incorpora i diritti di informazione in senso classico, la quale non può prescindere dalla verità storico-oggettiva della comunicazione; d'altro verso, non esclude dai contenuti materiali della garanzia la comunicazione emotiva, basata sulla verità soggettiva o supposta dei contenuti resi manifesti.

Tale apertura, pertanto, inclina a comparare gli esiti dell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, qualunque sia l'idea di verità che viene nello specifico in rilievo, in ragione essenzialmente degli interessi, individuali e/o generali, concorrenti, per verificarne l' eventuale pregiudizio subito a seguito di tale esercizio. In quest'ordine di idee, soprattutto, non può essere sottaciuto il fatto che la comunicazione post-fattuale, attraverso la circolazione di notizie non oggettivamente vere, sia potenzialmente in grado di lasciar sviluppare ed intensificare all'interno della comunità virtuale<sup>78</sup> quei discorsi d'odio che, si è detto (v. *supra*), restano senz'altro al di fuori dei contenuti della garanzia costituzionale connessa alla libertà in parola<sup>79</sup>.



---

<sup>75</sup> Sul punto, v. anche P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò, P. Passaglia, *Internet e Costituzione*, Torino 2014, p. 37 ss.

<sup>76</sup> G. Bottalico, *Considerazioni "inattuali" sui corpi intermedi nell'era globale*, in G. Bottalico, V. Satta, *Corpi intermedi*, cit., p. 9 ss., part. p. 10 ss. Ma, ivi, v. anche R. Prodi, *Prefazione*, cit., p. 6.

<sup>77</sup> ...per riprendere una nota espressione degli anni '70 di Enzo Cheli, impiegata per descrivere i caratteri dell'Esecutivo italiano: E. Cheli-V. Spaziante, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione di governo: analisi e prospettive*, Milano, 1977, p. 49.

<sup>78</sup> Sul punto, in particolare con riguardo alla capacità di influenza dell'informazione da parte delle differenti canali di informazione, ciò che pone una questione anche sui contenuti della democrazia, v. ancora B. P. Paal, M. Hennemann, *Meinungsbildung im digitalen Zeitalter*, cit., p.

Ad ogni modo, se si muove dalla premessa che anche la comunicazione post-fattuale soddisfi, in principio, i canoni dell'espressione di pensiero, quale esercizio di identità individuale, resta da determinare quando la sua limitazione possa o debba rappresentare un'ingerenza legittima nella sfera della tutela costituzionale o in quali casi siffatta tutela non includa senz'altro la comunicazione post-fattuale. Al riguardo, può ritenersi che la garanzia in parola non rilevi allorquando sussista una chiara relazione causale tra la notizia falsa e la realizzazione di condotte contrarie alla legge (es., istigazione all'odio, alla lesione dell'onore o anche alla commissione di reati più gravi). Una maggiore attenzione merita la relazione tra comunicazione post-fattuale e democrazia, nella misura in cui si ritiene da alcuni che la circolazione di *fake-news*, soprattutto di natura politica, vada a pregiudicare le dinamiche della "buona" democrazia, giustificando la non riconducibilità di siffatta comunicazione nella sfera di libertà garantita dall'art. 21 Cost.

In un senso contrario, riprendendo *mutatis mutandis* la nota considerazione di E.W. Böckenförde, secondo cui lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che esso stesso non è in grado di garantire<sup>80</sup> potrebbe dirsi che nel flusso pluralista della comunicazione, che lo Stato democratico è tenuto ad assicurare, non è dato selezionare a monte l'espressione virtuosa del pensiero da quella, invece, meno credibile e spetta unicamente al cittadino la responsabilità di discernere, in tale flusso, ciò che ritiene utile e proficuo per la propria consapevolezza. Vero è che la permanente concorrenza tra istanze ed interessi eterogenei (pubblici e soggettivi) implicati in relazione all'esercizio delle libertà non consente, in generale, di stabilire sempre con certezza ed *a priori* "quali diritti fondamentali possono essere opposti a quali provvedimenti"<sup>81</sup>. Nondimeno, nel caso di specie, la primazia assicurata dall'ordinamento costituzionale

---

643. In generale, sui caratteri della democrazia online, con particolare riguardo ai limiti costituzionali v. anche H. Aden, *Online-Demokratie*, in *Kritische Justiz*, 2002, p. 398 ss., part. p. 403 ss.

<sup>79</sup> Emblematico, in tal senso, può dirsi la notizia –messa in circolazione da alcuni giornali spagnoli– di una consapevole assenza di extra-comunitari alle Ramblas, il giorno dell'attacco terroristico. Seppure assolutamente non vera, tale notizia ha scatenato un flusso di comunicazione, soprattutto via Facebook, ostile all'accoglienza degli extracomunitari, in cui si accentuavano le dichiarazioni razziste e anti-integrazioniste da più parti paventandosi una affiliazione della gran parte degli extra-comunitari ai movimenti di matrice terroristica.

<sup>80</sup> E. W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora anche in *Id., Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main 1991, p. 112.

<sup>81</sup> J. Ipsen, *Staatsrecht*, II, Köln, 2007, p.36 Rdn. 117.

all'individuo in quanto singolo e come "centro di una molteplicità di relazioni che danno vita a organizzazioni autonome dallo Stato<sup>82</sup> tende a costituire un riferimento paradigmatico utile anche nell'operazione di bilanciamento tra i suddetti interessi, incluso il riferimento ai caratteri della "buona" democrazia e la libertà di comunicazione<sup>83</sup>. Ciò, a prescindere qui dall'indagine sulla questione se lo Stato costituzionale democratico assuma a naturale presupposto l'individuo astratto o l'uomo concreto -*l'homme situé*, per dirla con Burdeau<sup>84</sup>- incline all'esercizio responsabile della propria libertà. Anche in quest'ultimo caso, infatti, non parrebbe potersi in via di principio (salvo eccezioni, come quella innanzi prefigurata: v. *supra*) includere la verità dei contenuti della comunicazione come un presupposto necessario della garanzia ex art. 21 Cost., a tutela del corretto processo di formazione del pensiero pubblico e, perciò, della democrazia come forma di autogoverno del popolo, oltre che dell'esperienza giuridica in generale<sup>85</sup>.

Per tornare, ora, alle vicende di cronaca da cui si è partiti appare poco dubitabile che le opinioni espresse dai medici dissenzienti nel corso di interviste concesse a giornali o radio private o formalizzate in lettere di appello in cui, compiutamente, erano esposte le perplessità nei confronti della scelta politica volta ad estendere lo spettro dei trattamenti vaccinali obbligatori, configurino ipotesi di legittimo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, come tali coperte dalla garanzia costituzionale sopra richiamata. Le opinioni in questione si propongono, quali

---

<sup>82</sup> V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in AA.VV. (a cura di G. Amato, A. Barbera), *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, Bologna, 1997, p. 101.

<sup>83</sup> Il richiamo ai lavori della Costituente valgono a confermare il riferimento della garanzia precipuamente e di regola al libero dispiegarsi dell'attività mirata all'espressione del pensiero nelle forme indicate dalla stessa prescrizione costituzionale e "con ogni altro mezzo di diffusione" del pensiero. Sul richiamo a tali lavori, v. anche P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., p. 289 ss.

<sup>84</sup> G. Burdeau, *Traité de science politique*, Tome VII, *La démocratie gouvernante. Son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, 1973, in cui il concreto *homme situé* è contrapposto al cittadino astratto, definito come "celui que nous rencontrons dans les relations de la vie quotidienne, tel que le caractérisent sa profession, son mode et ses moyens de vivre, ses goûts, ses besoins, les chances qui s'offrent à lui, bref, c'est l'homme conditionné par son milieu" (p.27).

<sup>85</sup> "Der Verfassungsstaat setzt Menschen bzw. Bürger voraus, die sich auf den Weg der «Wahrheitssuche» begeben": P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 1995, p. 90.

prodotti di quel “libero mercato delle idee”<sup>86</sup> che l’art. 21 Cost. è chiamato a garantire, a cui ciascuno attinge ai fini della formazione di un proprio pensiero. Peraltro, si mostra *prima facie* assente una lesione di interessi e diritti concorrenti, tali da offrire una ragionevole giustificazione delle pesanti sanzioni irrogate ai medici dai rispettivi Consigli professionali. Sanzioni che, peraltro, appaiono comunque prive del necessario, previo fondamento legislativo che la Costituzione a tal fine richiede per la limitazione dei diritti fondamentali.

In ogni caso, al di là delle specifiche censure di illegittimità, tali sanzioni sembrano rivestire anche un significato latamente politico, quale riflesso sul piano giuridico-formale di una effettiva intolleranza di un cd. “pensiero forte” verso opinioni minoritarie mirate ad offuscarlo o indebolirlo e ritenute contrarie ad un presunto (ma forse malinteso) “*common sens*”<sup>87</sup>. Quest’ultimo, tuttavia, piuttosto che essere declinato come un quadro di aspettative integranti “condizioni” (non giuridiche), “in presenza della quale realizzazione dei diritti fondamentali e Bene comune concordano”<sup>88</sup>, è descritto con un connotato di intransigenza che inclina a fare premio anche sull’esercizio di libertà costituzionali, sovente in nome di una presunta verità oggettiva dei fatti. Succede così che decisione politica (opinabile) e verità scientifica (in principio, assoluta ed oggettiva) tendano ad intrecciarsi nella prospettiva di incoraggiare, in ultima analisi, indirizzi restrittivi nell’ esegesi dei diritti fondamentali, anche attraverso l’impiego di presunti limiti immanenti, evocati a protezione di interessi generali.

Contro una siffatta linea di tendenza appare più auspicabile che, con l’ausilio della giurisprudenza, nazionale ed europea, risalti un modello di orientamento costituzionale<sup>89</sup> mirato in primo luogo a favorire una concezione ampia dei diritti di libertà ben oltre ogni ipotesi di costruzione di un’idea di democrazia, eticamente connotata, che (del tutto opinabilmente) tenda a convertire la verità (scientifica) in tabù

---

<sup>86</sup> „Wahrheit durch Freiheit“: P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 1995, p. 87.

<sup>87</sup> J. Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen ...*, cit., Rdn. 169, p. 438.

<sup>88</sup> *Ibidem*, Rdn. 164, p. 437.

<sup>89</sup> Sul punto, cfr. nello specifico, U. Volkmann, *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung*, in *AöR* 134 (2009), p. 158 ss..

incontrovertibili<sup>90</sup>. Non sono poche, in conclusione, le ombre che sul piano della legittimità costituzionale si addensano sull'intera vicenda. Ma è in questo contesto soprattutto che i diritti fondamentali di libertà non possono mostrarsi "deboli" e cedevoli al superiore interesse politico, rivelando così in tutta la loro forza garantista i connotati irretrattabili dello Stato costituzionale di diritto.

---

<sup>90</sup> " Die Erwartung blickt von der Idee des Gemeinwohls auf den Gebrauch der Freiheit": così, J. Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Heidelberg, 2000, §115, p. 438.