



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. I

(ESTRATTO)

GIOVANNI POGGESCHI

RIDERE E DERIDERE.

**LA SATIRA NEGLI USA ED IN FRANCIA FRA LIBERTÀ
INDIVIDUALE ED ESIGENZE COLLETTIVE**

26 GENNAIO 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giovanni Poggeschi
Ridere e deridere.

La satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive

SOMMARIO: 1. *Il diritto alla satira in Francia e negli USA. Il perché di una scelta di ricerca.* – 2. *Il diritto di satira negli USA nel quadro del Primo Emendamento, in particolare secondo la giurisprudenza della Corte Suprema.* – 3. *La Corte Suprema e la stagione dei diritti civili da Beauharnais a Skokie. La dottrina della “content neutrality” e la protezione delle minoranze (religiose ed etniche).* – 4. *Falwell v. Flynt, sino a che punto può spingersi la satira?* – 5. *Segreti e bugie.* – 6. *Altre questioni trattate dalle Corte Suprema e dalle Corti di merito. I temi non risolti.* – 7. *La libertà di satira e di espressione in Francia. Le basi storiche.* – 8. *Il diritto di satira nella Quarta e Quinta Repubblica sino ad oggi. L'influenza della giurisprudenza della CEDU. Charlie Hebdo ed il terrorismo islamico.* – 9. *I limiti alla libertà di espressione e di satira posti dal rispetto dei credenti e dal principio dell'ordine pubblico. Laicità, sentimento religioso e libertà di satira.* – 10. *La satira, il diritto d'autore ed il diritto all'immagine in Francia.* – 11. *Le nuove frontiere della libertà di espressione.* – 11. *Le nuove frontiere della libertà di espressione.*

1. *Il diritto alla satira in Francia e negli USA. Il perché di una scelta di ricerca.*

Il presente articolo riguarda il tema della libertà di satira in due fra i più importanti ordinamenti occidentali, che presentano, come è ovvio nel diritto comparato, elementi di differenziazione ed elementi di somiglianza, sia dal punto di vista giuridico che sociale. Francia e USA offrono più punti in comune che di divergenza: una forma di Stato liberal-democratica, con una forte tradizione costituzionale, in entrambi i casi scaturita da rivoluzioni e sviluppatasi nel corso dei secoli, con una forma di governo parimenti piuttosto simile. Pur nei diversi presupposti storici e geografici, una storia con tratti in comune, e due ordinamenti che si sono fra di loro misurati¹.

Uno dei punti di differenza fra la storia francese e statunitense, che si riflette anche nella disciplina del diritto di espressione, riguarda il ruolo della religione: in Francia essa esprimeva la contrapposizione al dominio che la chiesa cattolica, e la Monarchia suo braccio secolare, esercitava nella società francese, e che la rivoluzione combatté (per poi, con Napoleone, gestirne più realisticamente il rapporto), mentre la rivoluzione americana, come i suoi documenti fondativi, è impregnata di spirito religioso. Ma, al di là delle sommarie ricostruzioni storiche, la comparazione fra Francia e USA sul diritto alla satira rileva per motivi terribilmente attuali. L'ascesa del radicalismo islamico, e del terrorismo, che ha visto fra i paesi più colpiti proprio la Francia e gli USA², è di per sé un motivo più che valido per analizzare, sulla base del trattamento giuridico della libertà di espressione in combinato con la libertà religiosa e tutto quello a ciò connesso (in primo luogo il dovere di rispetto del sentimento religioso), le implicazioni reciproche fra scelte politiche e giuridiche ed accadimenti storici. Ci si chiede dunque se la legislazione francese sulla libertà di espressione ed in particolare sul diritto alla satira impatti sulla esplosiva situazione politica attuale di più di quella statunitense relativa allo *hate speech*.

Come già sottolineato nell'introduzione a questo volume fatta dai due curatori, è evidente che la libertà di satira è una *species*³, certamente importante ma non unica, della libertà di espressione, che di essa è il *genus*. È dunque necessario analizzare la libertà di espressione in generale nei due

¹ La cultura liberale dei padri fondatori americani era intrisa di idee derivare dalla cultura francese (ed ovviamente ancor di più della madre-patria Inghilterra), ed uno dei primi ad elogiare il sistema politico e giuridico degli Stati Uniti d'America fu Alexis de Tocqueville, la cui opera fondamentale fu pubblicata nel 1831: in italiano ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (a cura di Nicola Matteucci), Torino, Utet, 2007.

² Perlomeno in occidente, non bisogna dimenticare che i primi paesi ad essere colpiti dal terrorismo islamico sono proprio gli stessi paesi a maggioranza musulmani, come Iraq, Siria, Pakistan e Nigeria. Ma la lista è purtroppo lunga, in tutti i continenti.

³ MATTHEW HODGART, *Satire. Origins and Principles*, New Brunswick, New Jersey – London, Transaction Publishers, 2009.

ordinamenti considerati. Si tratta di una delle dimensioni più importanti e caratterizzanti gli ordinamenti democratici, che è stata e continua ad essere oggetto di interpretazioni evolutive all'interno di uno stesso ordinamento, ed ovviamente nel diritto comparato.

La libertà di espressione è un elemento irrinunciabile della democrazia⁴. In quanto tale non deve essere però considerata un lusso, mentre la priorità dovrebbe essere assicurare il benessere materiale dei cittadini⁵. La risposta viene da Amartya Sen, che ricorda come nella storia del mondo non ci sia mai stata una carestia in un sistema in cui ci sono stampa democratica e libere elezioni⁶.

Nella sua prefazione al bel volume di Bernard Mouffe⁷, il giudice belga Paul Martens, presidente emerito della Corte costituzionale belga, si chiede: “È necessario che il diritto si occupi di quello che, nelle vicende umane, gli assomiglia di meno, cioè il ridere?”⁸. Evidentemente la risposta è affermativa. Il diritto deve occuparsi del ridere, perché questo è connesso alla libertà, alla liceità od al divieto delle manifestazioni della satira, come già sottolineato alla democrazia.

La libertà di espressione “pone una frontiera (la cui natura esatta è precisata dal diritto) ... tra il dire e il fare”⁹. Una frontiera per cui si dà per scontato che l'aggressione verbale non è assolutamente paragonabile all'aggressione fisica, in quanto “rispettare il principio della libertà di espressione implica, per una società, di tollerare maggiore aggressività per il dire che per il fare”¹⁰.

La Corte suprema USA stabilisce a proposito, nella sentenza *Texas v. Johnson* del 1989¹¹, che “se vi è proprio un principio fondamentale, alla base del Primo Emendamento, è quello che dice che lo Stato non può vietare l'espressione di un'idea per il semplice motivo che la società la trova offensiva o sgradevole”¹².

La satira è una forma di espressione che unisce il riso alla critica. La critica, per essere presa sul serio, dovrebbe basarsi su fatti realmente verificati. Vi è dunque un nesso fra critica e verità. Ma nell'espressione delle opinioni questo nesso è meno forte, e lo è ancora meno per quel che riguarda l'umorista. Come ricorda anche la corte CEDU, “un'opinione, per definizione, non si presta ad una dimostrazione di veracità”¹³. Dunque “il critico e l'umorista hanno il diritto di prendersi, nel rispetto delle *leggi settoriali* (“*lois du genre*” e delle *consuetudini oneste* (“*usages honnêtes*”), delle libertà con la verità”¹⁴. Vi è un confine molto difficile da stabilire fra diritto di critica e responsabilità per diffamazione.

I casi più clamorosi sul diritto alla satira sono stati rispettivamente in USA *Falwell* ed in Francia i cosiddetti casi delle caricature di Maometto, che saranno dettagliatamente analizzati in quest'articolo.

Per entrambi gli ordinamenti considerati, l'analisi si baserà su una combinazione del criterio cronologico con quello per materia, sia per la legislazione che per la giurisprudenza: così il caso *Branderburg*, del 1969, in ragione dell'evoluzione della dottrina del “*clear and present danger*”, sarà trattata prima di *Sullivan* del 1964, ed il caso *Beauharmais* sarà specificamente analizzato nel quarto paragrafo insieme al caso *Sullivan* (1964) ed altri, come *R.A.V.* (1992), utili per spiegare il nesso fra Primo Emendamento e protezione delle minoranze; questo nonostante *Beauharmais* (1952) venga

⁴ TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech. Ten Principles for a Connected World*, London, Atlantic Books, 2016, 73 e ss., ricorda che le ragioni del *free speech* possono essere racchiuse nell'acronimo STGD: *Self, Truth, Government, Democracy*.

⁵ CASS R. SUNSTEIN, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2017, 137.

⁶ *Ibidem*, 117; AMARTYA SEN, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford University Press, 1981.

⁷ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011, 17.

⁸ PAUL MARTENS, *Préface* a Bernard Mouffe, *Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011, 9.

⁹ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hebdo*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ÉLISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, Paris, Dalloz, 2016, 15.

¹⁰ *Ibidem*, 16-17.

¹¹ Su questo noto caso v. ROBERT JUSTIN GOLDSTEIN, *Flag burning and free speech: the case of Texas v. Johnson*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2000.

¹² *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 402 (1989).

¹³ *Perna v. Italie* (Requête n. 48898/99). Arrêt du 6 mai 2003.

¹⁴ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Paris, Larcier, 2011, 173.

menzionato già nel prossimo paragrafo, in buona parte dedicato alla giurisprudenza della Corte Suprema degli anni cinquanta. I casi di questo secolo verranno brevemente analizzati per capire le difficoltà e le contraddizioni della giurisprudenza della Corte Suprema relativamente a temi irrisolti, o trattati in maniera poco soddisfacente da Giudici e legislatori, come quello relativo ai social media, ed in particolare Internet¹⁵, ed alla connessione fra libertà di espressione, pubblicità e protezione dei marchi¹⁶.

2. Il diritto di satira negli USA nel quadro del Primo Emendamento, in particolare secondo la giurisprudenza della Corte Suprema.

Dal “clear and present danger” al bilanciamento *ad hoc*. Come in tanti (forse tutti) altri ambiti fondamentali del diritto statunitense USA (principio di eguaglianza e politiche sulla razza, libertà personale, ecc.) l'evoluzione della libertà di espressione è stata dettata dalla giurisprudenza della Corte Suprema¹⁷, a causa della genericità e dell'età del testo costituzionale, che nel suo Primo Emendamento stabilisce quanto segue:

Il Congresso non potrà fare alcuna legge che stabilisca una religione di Stato o che proibisca il libero esercizio di una religione; o che limiti la libertà di parola o di stampa; o il diritto del popolo di riunirsi pacificamente, e di rivolgere petizioni al governo per la riparazione di torti.

La giurisprudenza della Corte Suprema non è sempre stata lineare¹⁸, riflettendo il mutare del sentire comune su un tema così esposto ai cambiamenti di percezione della pubblica opinione, ma anche dei poteri volta per volta dominanti, che hanno da sempre cercato di “guidare” l'interpretazione di una libertà chiave per il vivere comune, potenzialmente minacciosa per essi, oppure per gli stessi utile¹⁹.

La libertà di parola e di stampa nel 1787 era inserita nello stesso articolo riguardante la libertà di religione, nonché del diritto di riunione o di vedere riconosciuto il diritto alla riparazione dei torti. Una società già nel 1787 basata sulla diversità religiosa, culturale e linguistica²⁰, anche se permetteva la schiavitù e discriminava (per usare un eufemismo) i Nativi.

Il Primo Emendamento, redatto nel 1791, come tutta la Costituzione del 1787, ha una chiara origine giusnaturalistica: ma più che questa, rileva l'eredità non completamente democratica, come noi intendiamo oggi, di una società ancora diseguale, ed erede della tradizione di *Common Law*. La questione del Primo Emendamento può essere vista come un conflitto fra il diritto di libera espressione e vari interessi sociali, invece di concepire la libertà di espressione quale diritto fondamentale in certi casi limitato dai diritti degli altri²¹; la libertà di espressione ha peraltro faticato

¹⁵ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, in *William and Mary Law Review*, n. 56, issue 4, 2014/2015.

¹⁶ REBECCA TUSHNET, *Trademark Law as Commercial Speech Regulation*, in *South Carolina Law Review*, n. 58, 2007, 737-756; eadem, *The First Amendment Walks into a Bar: Trademark Registration and Free Speech*, in *Notre Dame Law Review*, n. 92, vol. 1, 2016, 381-425.

¹⁷ Scrive ANTHONY LEWIS, *Freedom for the Thought We Hate. A Biography of the First Amendment*, New York, Basic Books, 2007, xiii, che “la storia del Primo Emendamento è una potente testimonianza del ruolo dei giudici in un sistema politico che si basa sulle fondamenta della legge”.

¹⁸ “La giurisprudenza sulla libertà di parola del Primo Emendamento è nota per le sue regole palesemente sempre più numerose e contraddittorie”: ROBERT POST, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in *California Law Review*, n. 88, 2000, 2355.

¹⁹ L'idea di una libertà in bilico fra i sostenitori dei diritti civili da una parte ed i fautori di un mercato più che libero “senza regole”, ispira tutto il libro di CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993.

²⁰ Pur nella preminenza della lingua inglese, gli USA erano un paese plurilingue: sul punto mi permetto di rinviare a GIOVANNI POGGESCHI, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci, 2010, 53 e ss.

²¹ STEVEN J. HEYMAN, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in IVAN HARE – JAMES WEINSTEIN

ad essere considerata qualcosa di collegato ad un diritto a dimensione collettiva, sino al caso *Beauharnais* del 1952.

Il grande costituzionalista Alexander Bickel qualifica quella sul Primo Emendamento come “non una teoria coerente che ci indica la strada per decisioni non ambigue, ma una serie di compromessi ed accomodamenti che ci mettono di continuo davanti a questioni difficili per le quali non c'è una risposta sicura”²². Altri interpreti di essa criticano una giurisprudenza non sempre coerente e ben motivata.

Per tempo il Primo Emendamento rimase virtualmente inapplicato, e la libertà di espressione non era uguale per tutti. La legge federale del 4 luglio 1798 sulla “diffamazione sediziosa” (“*seditious libel*”), definita un crimine federale, conferma più di ogni altra cosa la descritta realtà²³. Bickel non intende “dipingere come romantico il diciannovesimo secolo. In molte località, specialmente dove sussisteva la critica contraddizione della schiavitù, si producevano violazioni della libertà di parola. Coloro che predicavano l'abolizionismo erano trattati duramente da leggi locali negli Stati del sud ed in parte degli Stati del nord e della frontiera”²⁴. Con queste precisazioni, si può senz'altro affermare che nel diciottesimo secolo prevaleva la dottrina del *laissez faire*²⁵.

Il Primo Emendamento menziona, dopo la libertà di parola, la libertà di stampa: è ovvio che, a meno che non si voglia privilegiare un'interpretazione letterale, ancor più che originalista²⁶, del testo²⁷, la libertà di stampa deve considerarsi estesa ad altre fattispecie non esistenti nel 1791, come la radio, la televisione, ed Internet.

Nel settecento inglese e dunque coloniale americano la libertà di parola e di stampa aveva un significato molto limitato, quello imposto dal pensiero di William Blackstone, secondo cui “la libertà di parola e di stampa significava l'assenza di censura preventiva (*prior restraint*) ma anche la possibilità di una successiva punizione per la parola o la stampa che era ritenuta 'impropria, dannosa od illegale’²⁸. Il “*Sedition Act*” fu abolito nel 1801, ma le garanzie del Primo Emendamento iniziarono ad essere prese in considerazione dalla Corte Suprema solo a partire dalla fine del secondo decennio del ventesimo secolo. Fu la “Legge sullo spionaggio” del 1917 (“*Espionage Act*”), approvata in piena Prima guerra mondiale e dunque in un'epoca di paranoia nei confronti dei nemici stranieri (Germania, Giappone ed Italia), ad essere la fonte principale di restrizioni federali in quel periodo, e dunque la causa di ricorsi alle autorità giudiziarie, compresa in ultima istanza la Corte Suprema. La Corte Suprema confermò i verdeti di colpevolezza basati sulle leggi sulla sedizione, ma questi casi, tuttavia, “costrinsero la Corte a confrontarsi con due compiti da tempo evitati: primo, se il Primo Emendamento si applicasse egualmente agli Stati ed al governo nazionale: secondo, l'articolazione

(edited by), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009 (reprinted 2013), 160.

²² ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, New Haven and London, Yale University Press, 1975, 57.

²³ ANTHONY LEWIS, *Freedom for the Thought We Hate*. Cit., 11 e ss. L'autore, che con il citato libro vinse il premio Pulitzer, ricorda che la legge contro la diffamazione sediziosa fu adottata per timore di un contagio del terrore rivoluzionario francese negli USA. L'ideale rivoluzionario francese, al di là del contingente timore degli eccessi di terrore, era stato ben presente nei rivoluzionari americani.

²⁴ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 59-60.

²⁵ ZECHARIAH CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, 506-509. L'autore sottolineava che all'inizio del ventesimo secolo furono inaugurate sia le leggi sull'economia e la sanità volute dai collettivisti e le leggi sulla sedizione adottate contro gli stessi collettivisti: binomio solo apparentemente illogico, poiché entrambi i fenomeni erano da ricercare dal tentativo di calmare i disordini sociali.

²⁶ Il più noto sostenitore della teoria originalista negli USA è stato Antonin Scalia, giudice della Corte Suprema per molti anni. Fra le tante opere su di lui v. DILETTA TEGA, *La mia concezione dei diritti*, Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2013, 669-678.

²⁷ Scriveva ZECHARIAH CHAFEE, *Book Review*, in *Harvard Law Review*, n. 62, 1949, 898, che “i costituenti non avevano un'idea chiara di quello che intendevano per 'la libertà di parola o di stampa', (ma) la libertà che il Congresso non poteva limitare non era, per loro, un qualche assoluto concetto che non era mai esistito sulla terra. Era la libertà che essi credevano di avere già – quello che avevano voluto prima della Rivoluzione ed avevano conquistato con l'indipendenza”.

²⁸ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know. The Supreme Court and the First Amendment*, New York, Praeger, 1981, 66.

degli standard costituzionali per la libertà di parola e di stampa”²⁹.

Il primo caso in cui viene citato il Primo Emendamento, sulla base del citato “*Espionage Act*”, pur rigettando la pretesa del ricorrente, è *Schenk*, del 1919³⁰. Schenk, insieme ad altri attivisti socialisti, aveva distribuito volantini che denunciavano la leva in quanto pratica assimilabile alla schiavitù. Il giudice Holmes, nella sua opinione di maggioranza, ammette che la garanzia del Primo Emendamento non si limita alla censura previa, ma la “più rigorosa protezione del *free speech* non proteggerebbe un uomo che urla per scherzo 'al fuoco!' in un teatro causando panico ... La questione da considerare in ogni caso è se le parole sono usate in circostanze tali e sono di tale natura da creare un pericolo chiaro e presente tali da causare danni concreti che il Congresso ha il diritto di prevenire. È una questione di prossimità e di grado”³¹.

Il criterio del “*clear and present danger*” inaugurato da Wendell Oliver Holmes non avrà una costante applicazione negli anni e nei decenni successivi, caratterizzati, come del resto gli ultimi, da un'evoluzione interpretativa del Primo Emendamento assai influenzata dal clima politico e sociale volta per volta dominante. Si trattava comunque di uno standard potenzialmente assai libertario³², e Cass R. Sunstein oggi ne sottolinea la potenziale pericolosità, poiché può addirittura proteggere “molte forme di reclutamento e propaganda a fini terroristici”³³.

Il citato standard per un periodo si combinò con quello, erede della *Common Law*, della “*bad tendency*”, che si concentrava sulla possibilità anche solo astratta di creare pericolo alla pace pubblica ed alla sicurezza dello Stato. Nell'opinione dissenziente di *Abrams*, del 1919, Holmes rifiutò il criterio della “*bad tendency*” utilizzato dalla maggioranza, ritenendo che solo la concreta emergenza che può portare a commettere atti contrari alla pace ed alla sicurezza comporta una lesione del Primo emendamenti da parte di chi ne abusa.

Con il caso *Gitlow*³⁴, del 1925, si imporrà definitivamente il principio dell'applicabilità del Primo Emendamento anche alla legislazione degli Stati (teoria cosiddetta dell’”incorporazione”), nonostante la formulazione riferita solo al “Congresso” potesse far ritenere il contrario.

Gli anni venti furono quelli dei casi relativi all’ “*Espionage Act*” e simili leggi statali: in *Gilbert*³⁵, del 1920, l'opinione dissenziente di Holmes contiene un'altra delle formule storiche sul Primo Emendamento, quella del “mercato delle idee” (“*marketplace of ideas*”), dalla cui competizione può scaturire la verità, il che implica anche il non divieto delle tanto temute ideologie socialiste e comuniste, ritenute da Holmes innocue in quanto irrealizzabili, oltre che folli e rozze³⁶. Nonostante ciò, “il *test* di pericolosità additato da Holmes e Brandeis si rivelerà negli anni a venire un poderoso strumento di difesa contro la repressione dei cosiddetti reati di opinione, in quanto consente di tracciare un preciso confine tra enunciazione di un'idea sovversiva, ovvero divulgazione di una dottrina rivoluzionaria, e il concreto incitamento all'azione, l'istigazione a delinquere o l'apologia di reato”³⁷.

La critica, che veniva presa sul serio anche dallo stesso Holmes³⁸, da più parti rivolta alla teoria del “*marketplace*” delle idee risiede nel fatto che in realtà nel mercato finirebbero per prevalere le opinioni del gruppo più potente all'interno della società. Obiettivamente non è certo sicuro che con il libero scambio delle opinioni si giunga alla verità³⁹, ma almeno, in un sistema democratico dove tutte

²⁹ *Ibidem*, 70.

³⁰ *Schenk v. US* 249 US (1919).

³¹ *Schenk v. US* 249 US 47, 52 (1919).

³² DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 72.

³³ CASS R. SUNSTEIN, #*Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, cit., 248.

³⁴ *Gitlow v. New York*, 268 (1925).

³⁵ *Gilbert v. Minnesota*, 249 U.S. (1920).

³⁶ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 75.

³⁷ ANTONIO ZORZI GIUSTINIANI, *Diritti fondamentali e interessi costituiti. W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, Giuffrè, 2006, 38.

³⁸ V. *Letter from Oliver Wendell Holmes, to Learned Hand* (June 24, 1918), in GERALD GUNTHER, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, in *Stanford Law Review*, n. 27, 1975, 757.

³⁹ TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech*, cit., 75, ricorda che persino John Stuart Mill, uno dei più fervidi sostenitori della teoria della ricerca della verità favorita dallo scambio delle libere opinioni in una società democratica, ammetteva

le voci possano liberamente esprimersi ed abbiano modo di essere diffuse, questo dovrebbe essere di ausilio alla ricerca della verità. Il tema è dunque connesso alla possibilità di accesso ai mezzi in informazione, ed in epoca di Internet al controllo di esse e della loro veridicità⁴⁰.

Negli anni venti il criterio del “*clear and present danger*” si eclissò quasi del tutto (con l'eccezione che sta per essere svelata), per essere utilizzato negli anni bui della Seconda guerra mondiale solo nei casi di sicurezza nazionale, ma nei casi sui Testimoni di Geova (particolarmente rilevanti ai fini del presente studio perché relativi al rapporto fra Primo Emendamento e libertà religiosa) si produsse la sua giustapposizione con il criterio del divieto di censura preventiva⁴¹. Così, nel caso *Cantwell v. Connecticut*⁴², furono annullate le condanne per adescamento di alcuni Testimoni di Geova, cancellando come “*prior restraint*” la legge che proibiva ogni sollecitazione di offerte a fini religiosi, di beneficenza o filantropici senza permesso preventivo ufficiale. Dato che una delle accuse riguardava la minaccia della pace, in quanto gli imputati avevano trasmesso un disco che conteneva attacchi alla Chiesa cattolica in una strada di un quartiere cattolico, la Corte utilizzò pure il criterio del “*clear and present danger*”. Il Giudice Robert, estensore della sentenza, statui chiaramente che chiunque esprima osservazioni indecenti od ingiuriose dirette ad un preciso destinatario è passibile di condanna per questa offesa, ma che nel caso in oggetto non vi era stata né minaccia di violenza o ingiuria personale diretta contro qualsiasi individuo⁴³. L'esagerazione, addirittura la denigrazione, devono essere tollerate in controversie relative alla fede religiosa, allo stesso modo che nel dibattito politico⁴⁴.

La combinazione del Primo Emendamento sulla libertà di espressione e religiosa e del Quattordicesimo Emendamento sulla libertà personale, applicati ai casi sui Testimoni di Geova, farà adottare alla Corte il criterio della “posizione preferita” delle citate libertà⁴⁵. Tale approccio sarà l'evoluzione della crescente preoccupazione della Corte verso le libertà ed i diritti civili; esso, tuttavia, “non implicava né speciali privilegi per la stampa né un'interpretazione strutturalista del Primo Emendamento. Fu esplicitamente adottata un'analisi funzionalista, ma la bilancia fra la libertà e l'autolimitazione pendeva verso la prima”⁴⁶.

Nel caso *Chaplinski* del 1942⁴⁷ viene formulata la dottrina delle “*fighting words*”, “quelle che per il solo fatto di essere pronunciate causano una ferita o tendono a provocare un'immediata cessazione della pace”⁴⁸. Secondo tale impostazione, un attacco alla reputazione di un individuo non contribuisce alla discussione pubblica, ma piuttosto è da considerare alla stregua di un'aggressione. Chaplinsky era un testimone di Geova che, al momento del suo arresto per disturbo della quiete pubblica, aveva insultato il poliziotto che lo aveva arrestato chiamandolo, fra l'altro, “maledetto fascista”. Questa teoria sarebbe stata superata nel 1964, in piena epoca di lotta per i diritti civili, con la sentenza *New York Times v. Sullivan*.

La riformulazione del requisito del “*clear and present danger*” fatta negli anni quaranta e cinquanta fu fieramente avversata in senso ad essa da Felix Frankfurter, prestigioso costituzionalista che per ben 23 anni, dal 1939 al 1962, fu Giudice della Corte Suprema. Egli scorgeva nella citata teoria una negazione della sua idea di “*restraint*” attraverso un “inutile giocare con le parole”⁴⁹. Nel 1940 il Congresso approvò l' “*Alien Registration Act*”, detto anche “*Smith Act*”, il quale vietava di sostenere o di appartenere ad un'organizzazione che auspicava il rovesciamento del governo. La

che “è vuoto sentimentalismo pensare che la verità, solo perché verità, abbia ogni potere insito di negare l'errore, di prevalere sul segreto e sul rogo”.

⁴⁰ CASS R. SUNSTEIN, *Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, cit.

⁴¹ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 78.

⁴² *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. (1940).

⁴³ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2005, 189.

⁴⁴ 310 US 296, 307 (1940).

⁴⁵ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 79.

⁴⁶ *Ibidem*, 79.

⁴⁷ *Chaplinski v. New Hampshire* 315 US 568 (1942).

⁴⁸ 315 U.S., 572 (1942).

⁴⁹ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 80.

legislazione anti-comunista si basava su questa norma. La paranoia del periodo fu anche l'ispiratrice dello “*Internal Security Act*” del 1950, e del susseguente clima di caccia alle streghe del Maccartismo. Seppur divisa sull'interpretazione da dare al Primo Emendamento, la Corte affermò la costituzionalità sia dello *Smith Act* che dell'*Alien Registration Act*, rispettivamente con le sentenze *Dennis v. United States* del 1951 e *Communist Party v. Subversive Activities Control Board*, del 1961⁵⁰.

Nei citati casi, anticipati dalla opinione dissenziente del Giudice Vinson in *American Communication Association v. Douds*⁵¹, lo standard del “*clear and present danger*” cessò di essere una regola meccanica per assurgere al ruolo di tecnica di bilanciamento, che si traduceva in una giustificazione per le condanne piuttosto che una garanzia per i diritti individuali⁵². Il citato clima politico di timore verso il nazismo e poi verso il comunismo spiega questo mutamento giurisprudenziale: nello specifico le restrizioni alla parola ed alla stampa non sono poste da un generico pericolo, ma da un “*clear and present danger*”, che permetteva alle circostanze politiche di determinare l'ambito di applicazione delle garanzie costituzionali⁵³.

Nel caso *Yates v. United States*⁵⁴, del 1957, riguardante alcuni funzionari del partito comunista, la Corte, nella quale era nel frattempo entrato il popolare governatore della California Earl Warren, decise di annullare le condanne di cinque degli imputati ed il rinvio alle decisioni dei Tribunali di merito per gli altri. Secondo l'opinione della Corte, scritta dal Giudice Harlan, “il Primo Emendamento protegge la dottrina astratta, ma non l'azione illegale”: non si può essere condannati sulla base di “quello che Marx o Engels o qualcun altro scrisse o propugnò cento o più anni fa!”⁵⁵.

In *Barenblatt v. United States*⁵⁶, del 1959, relativo all'appartenenza al Partito comunista, il Giudice Harlan, a nome di una stretta maggioranza, collega le libertà del Primo Emendamento con il diritto di auto-conservazione, “il valore supremo di ogni società”, concludendo che “l'equilibrio tra l'individuo e gli interessi di governo qui in gioco deve pendere a favore dei secondi, e che dunque le disposizioni del Primo Emendamento non sono state lese”⁵⁷.

La teoria di Harlan dell'articolazione di un espresso bilanciamento prese il posto dell'approccio del “*clear and present danger*”, ma negli anni successivi, sotto la presidenza di Warren, si cercò di evitare un approccio esplicito al Primo Emendamento, che divideva profondamente la Corte⁵⁸. Il principio dell'auto-conservazione rimaneva, ma con una attenzione alle libertà civili che era, fra gli altri, già stata testimoniata da uno dei più celebri casi della storia, *Brown*⁵⁹ del 1954 sul divieto di segregazione razziale. Con l'importante sentenza *Brandenburg v. Ohio* del 1969, lo standard del “*clear and present danger*” fu messo a riposo, e fu annullata la condanna dell'imputato, un membro del Ku Klux Klan, e con questa anche la legge sui sindacati dell'Ohio, che proibiva anche la mera minaccia della violenza, senza che vi fosse “l'incitamento di una imminente azione illegale”⁶⁰, standard invece ritenuto valido per il limite posto alla libertà di parola.

L'evoluzione della dottrina del “*clear and present danger*”, al di là della sua formulazione originale, peraltro “lascia spazio a quello che era chiamato discorso sedizioso e per un tipo di disubbidienza civile necessaria al sistema (democratico, n.d.a.)”⁶¹. Disubbidienza civile necessaria a far valere i diritti civili, la cui stagione decisiva è quella degli anni sessanta.

⁵⁰ *Dennis v. United States*, 341 U.S. (1951); *Communist Party v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. (1961).

⁵¹ *American Communication Association v. Douds*, 339 U.S. (1940).

⁵² DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 81.

⁵³ *Ibidem*, 82.

⁵⁴ *Yates v. United States*, 354 U.S. (1957).

⁵⁵ *Yates v. United States*, 354 U.S. 178, 339 (1957) (Black and Douglas, JJ., con. and dis. op.).

⁵⁶ *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. (1959).

⁵⁷ *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 127-128 (1959).

⁵⁸ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 86.

⁵⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 445 (1969) (per curiam).

⁶¹ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 69. Ne fa invece un certo elogio, ricordando “che ha lo straordinario merito di avere una certa precisione, almeno nella sua formulazione astratta”, ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 50.

3. *La Corte Suprema e la stagione dei diritti civili da Beauharnais a Skokie. La dottrina della “content neutrality” e la protezione delle minoranze (religiose ed etniche).*

Degli anni cinquanta (1952) è il già citato caso *Beauharnais*⁶², fondamentale per capire l'approccio della Corte Suprema verso i diritti delle minoranze e sullo “*hate speech*”⁶³. La Corte Suprema, con una risicata maggioranza confermò la validità di una legge dello Stato dell'Illinois che condannava la diffamazione collettiva (“*group libel*”), sulla base della quale il presidente di un'organizzazione suprematista bianca era stato condannato per aver ideato e pubblicato un volantino nel quale invitava a fermare “la crescente invadenza, molestia ed invasione nei confronti dei bianchi, delle loro proprietà, quartieri e persone da parte del Negro (sic)”.

Quello che rilevava in *Beauharnais* era che si ritenevano fucili, crimine e marijuana come qualcosa di tipico “del Negro”, e queste accuse imputate ad un gruppo intero possono avere un profondo effetto su di esso, come sottolinea il Giudice Frankfurter nella sua opinione di maggioranza⁶⁴. “Le dichiarazioni calunniose non sono dentro l'area del discorso protetto costituzionalmente”⁶⁵. *Beauharnais* segna un limite importante alla “onnipotenza” del Primo Emendamento: la libertà di espressione non può comportare manifestazioni di odio verso alcune categorie di cittadini, in questo caso le minoranze afro-americane. I motivi in discussione implicano certamente un'analisi approfondita (“*strict scrutiny*”), ma sono alla base di una concezione del Primo Emendamento che tenga conto anche dei “diritti degli altri”⁶⁶.

Secondo Eric Barendt, “anche se *Beauharnais* non è stata mai cassata, ... la sua autorità è sensibilmente diminuita”⁶⁷. *Beauharnais* non fu deciso pacificamente, come mostra anche la vibrante opinione dissenziente del Giudice Hugo Black, che a proposito della legge dell'Illinois salvata dalla maggioranza scrive: “Questa legge crea un sistema di censura di Stato che fa a pugni con il modello di governo libero previsto da quelli che imposero l'adozione del Primo Emendamento”⁶⁸. Ma la maggioranza concluse che il volantino era semplicemente diffamatorio. Il Giudice Black riteneva problematico anche l'aspetto collettivo della vicenda, essendo a suo avviso la legge destinata a proteggere gli individui e non i gruppi enormi⁶⁹. Quella della tensione fra diritti individuali e collettivi è una questione centrale del diritto giurisprudenziale statunitense, ben presente nei casi sulle minoranze razziali e religiose, come quelli ad esempio sulle azioni positive, che ricevono discipline diverse a seconda dei differenti momenti storici e delle priorità politiche e sociali⁷⁰.

Lo storico caso *New York Times Co. v. Sullivan* del 1964 segna un'importante evoluzione dell'interpretazione della Corte della libertà di parola, ed una presa di posizione diversa da quella di *Beauharnais*; un attacco diffamatorio apparso sul quotidiano newyorchese sulla condotta di un pubblico ufficiale – nel caso di specie un commissario di polizia dell'Alabama all'epoca della repressione delle manifestazioni dei diritti civili degli afro-americani – doveva essere considerato come una forma di discorso politico, la cui protezione è la principale preoccupazione del Primo

⁶² *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

⁶³ Fra la vasta letteratura fondamentale è JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Massachusettes – London, Harvard University Press, 2012; la storia del concetto e della giurisprudenza a suo riguardo è ben spiegata da SAMUEL WALLER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, Lincoln and London, University of Nebraska Press, 1994.

⁶⁴ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 57.

⁶⁵ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 266 (1952).

⁶⁶ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of Autonomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, n. 10, 2002, 653 e ss.

⁶⁷ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 184.

⁶⁸ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), 244 (Black, J., dissenting).

⁶⁹ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 51-52.

⁷⁰ Fra la vastissima letteratura sulle azioni positive v. MICHAEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice: A Constitutional and Philosophical Enquiry*, New Haven-London, Yale University Press, 1991; COSIMO GRECO, *Le azioni positive nella legislazione e nella giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, tesi di dottorato, Lecce, 2016.

Emendamento⁷¹. Di conseguenza il ricorrente non poteva proporre una denuncia di diffamazione a mezzo stampa a meno che non fosse provato l'effettiva malafede (la “*actual malice*”), e così la Corte Suprema annullò la decisione della Corte dell'Alabama che aveva condannato il prestigioso quotidiano. Un pubblico ufficiale non ha il diritto di essere risarcito “a causa di una falsità diffamatoria relativa alla sua condotta ufficiale a meno che egli provi che la dichiarazione fu fatta con 'effettiva malafede' (“*actual malice*”) - vale a dire, con la conoscenza che era falsa, o fatta con incosciente trascuratezza se fosse falsa oppure no”⁷². È questo lo standard appunto dell’“*actual malice*”, ancor oggi valido, richiamato anche recentemente nel caso *Air Wisconsin Airlines Corp. v. Hooper* del 2014, che richiama proprio la dottrina di *New York Times Co. v. Sullivan*⁷³. Si tratta, secondo quanto stabilito dal Giudice Brennan che scrive per la maggioranza, di una regola che deve essere stabilita a livello federale.

Uno degli argomenti del Giudice Frankfurter si fonda sulla differenza fra la diffamazione fatta a cittadini privati, come nel caso *Beauharnais*, piuttosto che a politici e funzionari di governo, come invece in *Sullivan*, che devono meglio sopportare le critiche fatte al loro operato, più utili dal punto di vista del dibattito democratico⁷⁴.

Solo cinque anni prima di *New York Times Co. v. Sullivan* la Corte Suprema, nel caso *Barr v. Matteo* del 1959⁷⁵, aveva statuito che un ufficiale federale è del tutto immune dalla denuncia per diffamazione riguardo a quanto espresso nel corso dei suoi doveri ufficiali. Un ragionamento basato sul principio democratico, contenuto in *New York Times*, suggerisce che una critica diretta ai pubblici ufficiali ed ai legislatori da parte del pubblico merita uguale protezione dal punto di vista della *free speech clause*⁷⁶, poiché ciò “darebbe ai dipendenti pubblici una preferenza ingiustificata rispetto al pubblico che essi servono qualora le critiche sulla loro condotta non avesse un ragionevole corrispettivo dell'immunità garantita agli stessi dipendenti pubblici”⁷⁷.

Lo standard dell'*actual malice* fu salutato con gioia da parte di molti commentatori⁷⁸, fu anche oggetto di critiche⁷⁹, ma venne esteso solo tre anni dopo alle personalità di rilievo pubblico (“*public figures*”)⁸⁰, non solo ai pubblici ufficiali. Era sempre più difficile, infatti, distinguere la posizione delle persone che esercitano il potere nel settore privato dai pubblici ufficiali: entrambe le categorie “modellano in maniera considerevole gli eventi in ambiti rilevanti per la società” e godono dell'accesso ai media per poter confutare attacchi e critiche personali⁸¹. La successiva sentenza *Rosenbloom*⁸² estese ulteriormente l'immunità per un'azione di diffamazione nei confronti di una semplice persona privata che si trovava all'interno di un evento di generale pubblico interesse⁸³. La questione fu decisa, piuttosto che sulla base dello status della persona – pubblico o meno -, sul fatto che le accuse concernevano una questione di pubblico interesse.

Il trend descritto fu fermato dal caso *Gertz v. Robert Welch Inc*⁸⁴, nel quale il ricorrente, un

⁷¹ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 200.

⁷² *New York Times v. Sullivan* 376 US 279-280 (1964).

⁷³ *Air Wisconsin Airlines Corp. Hooper* 571 U.S. (2014).

⁷⁴ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 63.

⁷⁵ *Barr v. Matteo* 360 US 564 (1959).

⁷⁶ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 201, il quale aggiunge che “in assenza di qualsiasi restrizione legale, i media sarebbero liberi di dire quello che vogliono dei politici e di altri personaggi pubblici, e questo certamente incoraggerebbe che ci si concentrasse sugli scandali invece che su una seria discussione su argomenti politici e sociali”.

⁷⁷ *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), 282-283, 1964 per Brennan J.

⁷⁸ RUSSELL L. WEAVER – GEOFFREY BENNETT, *Is The New York Times "Actual Malice" Standard Really Necessary? A Comparative Perspective*, in *University of Louisiana Law Review*, n. 53, 1992-1993, 1153.

⁷⁹ Secondo ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 207, “un equilibrio più accettabile fra libertà di espressione e diritto alla reputazione si sarebbe forse potuto raggiungere con l'imposizione all'editore di una responsabilità per negligenza a causa di non veritiere affermazioni diffamatorie”.

⁸⁰ *Curtis Publishing Co v. Butts, Associated Press v. Walker* 388 US 130 (1967).

⁸¹ *Curtis Publishing Co v. Butts, Associated Press v. Walker* 388 U.S. 163-4 (1967).

⁸² *Rosenbloom v. Metromedia, Inc* 403 U.S. 29 (1971).

⁸³ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 207. Si trattava di un uomo che distribuiva riviste per nudisti accusato dalla polizia per pubblicare materiale ritenuto osceno.

⁸⁴ *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

avvocato di Chicago che rappresentava la famiglia di una persona uccisa da un poliziotto, fu tacciato di essere comunista in una pubblicazione di estrema destra, e di essere responsabile dell'immagine negativa attribuita all'ufficiale di polizia. La maggioranza della Corte decise che Gertz non era una “*public figure*”, non essendo abbastanza conosciuto per essere considerato tale, e non si era neanche adoperato per essere tale attraverso il processo in cui era coinvolto come difensore degli interessi della famiglia della vittima del poliziotto. Secondo la decisione di maggioranza di Powell, i politici e le celebrità devono accettare il rischio della critica come una conseguenza del loro ingresso nella vita pubblica, ma il cittadino normale non dovrebbe correre questo rischio”⁸⁵.

La decisione in *Gertz*, perfezionata undici anni dopo in un altro caso che insiste sullo status non pubblico di un cittadino (nel caso di specie un costruttore) e della sua attività⁸⁶, rileva anche dal punto di vista del federalismo, dato che permette agli Stati di definire con una certa libertà gli standard di responsabilità per diffamazione, e, aspetto ancora più rilevante che sarà analizzato in seguito (soprattutto a proposito delle sentenze *Falwell* e *Alvarez*), stabilisce un importante principio sulla protezione costituzionale delle “false idee”.

*Cominciamo con una considerazione di base. Ai sensi del Primo Emendamento non c'è nulla che corrisponda ad una falsa idea. Tuttavia, per quanto possa sembrare pernicioso un'opinione, noi dipendiamo per la sua rettifica non dalla coscienza dei giudici e delle giurie ma dalla competizione di altre idee. Ma non c'è nessun valore costituzionale nella falsa dichiarazione di fatti*⁸⁷.

Le critiche allo standard troppo “aperto” della “*actual malice*” si sono intensificate negli anni successivi⁸⁸. Esistono infatti ottime ragioni per usare molta cautela in questa materia: sarebbe più opportuno rifuggire dalla conclusione che ogni discorso diffamatorio dovrebbe sempre essere protetto, assunto che certo si basa sull'effettività del principio democratico che comporta il libero corso delle diverse opinioni ma che preso alla lettera e senza eccezioni risulta semplicistico⁸⁹.

Un caso molto importante è *Police Department v. Mosley*, del 1972⁹⁰ in cui viene stabilita la dottrina della “*content neutrality*” (“neutralità del contenuto”). Per qualche mese Earl Mosley aveva condotto una protesta solitaria contro la discriminazione razziale in un marciapiede vicino ad una scuola pubblica di Chicago. Dopo che il consiglio municipale di Chicago ebbe stabilito un divieto sui picchetti fuori dalle scuole, Mosley fece ricorso contro l'ordinanza davanti alle Corti federali, sostenendo che il picchettaggio pacifico è coperto dal Primo Emendamento. L'ordinanza del Comune di Chicago fu dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema per violazione del principio di eguaglianza sancito dal 14° Emendamento: infatti la norma, distinguendo fra picchetti riguardanti il lavoro e quelli di altra natura, in concreto non permetteva a Mosley di godere della eguale protezione delle leggi. Ma quello che più ci interessa è il ragionamento effettuato dal Giudice Marshall a proposito del Primo Emendamento.

“Ma, prima di tutto, il Primo Emendamento significa che il governo non ha il potere di limitare l'espressione a causa del suo messaggio, delle sue idee, della materia oggetto di essa, o del suo contenuto ... per permettere la costruzione continua della nostra politica e cultura, e per assicurare la piena realizzazione di ogni individuo, al nostro popolo è garantito il diritto di esprimere qualsiasi pensiero, libero da ogni censura governativa. L'essenza di questo divieto è il controllo del contenuto. Ogni restrizione sull'attività di espressione a causa del contenuto di essa minerebbe completamente dalle radici il profondo impegno nazionale verso il principio secondo cui il dibattito su argomenti

⁸⁵ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 207-208.

⁸⁶ *Dun & Broadstreet Inc v. Greenmoss Builders Inc* 472 U.S. 749 (1985).

⁸⁷ 418 U.S. 323 (1974).

⁸⁸ See RICHARD A. EPSTEIN, *Was New York Times v. Sullivan Wrong*, 53 *University of Chicago Law Review*, 782 (1986).

⁸⁹ D.A. ANDERSON, *Is Libel Law Worth Reforming*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 140, 1991.

⁹⁰ 408 U.S. 92 (1972).

*pubblici deve essere disinibito, robusto, e del tutto aperto*⁹¹.

Nonostante avesse ricevuto all'epoca poca attenzione, la dottrina della “*content neutrality*” di *Mosley* è divenuta una pietra miliare della giurisprudenza della Corte Suprema sul Primo Emendamento⁹². Essa presenta due aspetti: il governo non può limitare il discorso a causa del suo contenuto e non può neanche utilizzare l'argomento del contenuto quale base per trattare alcuni discorsi più favorevolmente di altri⁹³. La dottrina di *Mosley* è, fra le altre fonti, debitrice della teoria di Alexander Meiklejohn⁹⁴, secondo cui la democrazia americana è fondata su un accordo (“*compact*”) che si deve concludere per diventare un popolo che si auto-governa⁹⁵. Gli individui devono sentirsi liberi di formare e di esprimere le loro opinioni, e di considerare i punti di vista degli altri, poiché è solo attraverso il dibattito che la comunità può formare dentro di sé decisioni consapevoli su materie di pubblico dominio⁹⁶. Ciò comporta che la garanzia data dal Primo Emendamento non vale per tutti allo stesso modo: “Essa è assicurata solamente al discorso che poggia, direttamente od indirettamente, su ciò che riguarda gli elettori – solo, dunque, alle considerazioni di pubblico interesse. Il discorso privato, o l'interesse privato nel discorso, invece, non può rivendicare nessuna protezione dal Primo Emendamento”⁹⁷.

Preso alla lettera, il divieto di regolamentare il contenuto del discorso equivarrebbe, secondo *Mosley*, “all'essenza della censura”⁹⁸: infatti “impedirebbe al governo di regolamentare il discorso anche quando ciò fosse necessario per prevenire serie ferite agli individui o a alla società”, e “lungi dall'illuminare il problema, la dottrina della neutralità del contenuto, quando è presa come la preoccupazione centrale del Primo Emendamento, lo rende solamente più oscuro”⁹⁹. Insomma, secondo Steven J. Heyman¹⁰⁰, quella della neutralità del contenuto è un importante elemento della giurisprudenza sulla libertà di parola, ma non dovrebbe essere considerata come “il primo principio del Primo Emendamento”¹⁰¹, avendo dato origine, a causa della sua imprecisione, a decisioni contraddittorie e discutibili¹⁰².

La teoria della “neutralità del contenuto” si basa anche su una lettura del principio di eguaglianza. Essa però perde molto della sua forza se si oltrepassano i limiti della sfera dell'autonomia degli altri¹⁰³. Una opinione in parte concorrente ed in parte dissenziente di Scalia, nel caso *Madsen v. Women's Health Ctr., Inc.*, esplicita alla perfezione l'idea del rigetto del controllo del contenuto dell'espressione: Il vizio della legislazione che si basa sul contenuto – che la rende meritevole dell'alto standard dello stretto scrutinio – è che si presta all'uso di finalità dettate dall'invidia e dal controllo del pensiero”¹⁰⁴.

La dottrina della “neutralità del contenuto”, oltre che l'importante *R.A.V.*¹⁰⁵, ha informato e continua ad informare molte delle decisioni della Corte Suprema sul Primo Emendamento: ma, a conferma della citata contraddizione di tale giurisprudenza, sono state date risposte diverse a problemi

⁹¹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

⁹² ERWIN CHERMERINSKY, *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, in *Southern California Law Review*, n. 74, 49-64.

⁹³ STEVEN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 650.

⁹⁴ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Political Freedom, the Constitutional Powers of the People*, New York, Harper, 1960.

⁹⁵ *Ibidem*, 15.

⁹⁶ *Ibidem*, 24-26.

⁹⁷ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, Harper Brothers Publishers, 1948, 94.

⁹⁸ *Police Dep't v. Mosley*, 408 U.S. 92, 96, 99 (1972).

⁹⁹ STEVEN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 651-652.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 652.

¹⁰¹ *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 789 (2000) (Kennedy, J., dissenting).

¹⁰² ERWIN CHERMERINSKY, *Content Neutrality as Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, in *Southern California Law Review*, vo. 79, n. 49, 200, 49-64.

¹⁰³ STEVEN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 666.

¹⁰⁴ *Madsen v. Women's Health Ctr., Inc.*, 512 U.S. 753, 794 (1994).

¹⁰⁵ *R.A.V. v. City of Saint Paul*, 505 U.S., 377, 382 (1992).

(perlomeno apparentemente) simili. Così in *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, la Corte dichiarò incostituzionale una legge federale che obbligava le norme sulle televisioni via cavo ad assicurare che non vi fosse nessuna ricezione non autorizzata di immagini sessuali¹⁰⁶. La Corte sostenne che, restringendo solamente la ricezione di materiale a sfondo sessuale, la legge era “*content based*” e sarebbe stata confermata solo se avesse soddisfatto le rigorose condizioni dello stretto scrutinio¹⁰⁷. In altri casi, anche simili a quello considerato¹⁰⁸, la Corte ha invece dichiarato valide le leggi incriminate, concludendo che esse erano neutrali nel contenuto¹⁰⁹.

Più che sulla “neutralità del contenuto”, la dottrina di Elena Kagan (importante anche perché la prestigiosa giurista fa parte dal 2010 della Corte Suprema, per la quale spesso redige le sentenze sul Primo Emendamento o fa parte della maggioranza che decide su di esso¹¹⁰), si basa sui motivi impropri che sono alla base delle scelte normative. La Kagan nega così quello che la dottrina dominante ha sostenuto, vale a dire che due sono state le principali tendenze giurisprudenziali relative agli effetti delle norme discusse nei casi del Primo Emendamento: il primo riguarda il punto di vista di chi si esprime, il secondo su chi riceve l'informazione¹¹¹.

Articolata è anche l'analisi di Cass R. Sunstein sul punto: “quando il governo regola il contenuto, c'è un grande rischio che le restrizioni abbiano in realtà origine da qualcosa di illegittimo”¹¹², anche se è successo, nella storia della Corte Suprema, che essa abbia confermato alcune leggi che prescrivevano restrizioni basate sul contenuto, anche se di “livello secondario”.

La libertà di espressione non si limita ovviamente a scritti e discorsi, ma a qualunque manifestazione del pensiero attraverso atti significativi e simbolici. La Corte Suprema si è su questo punto espressa nel noto caso *Texas v. Johnson* del 1989¹¹³, relativa al rogo della bandiera ufficiale dell'Unione, e a *R.A.V. v. City of St. Paul*¹¹⁴, sul gesto di bruciare una croce.

Texas v. Johnson trae origine da una legge del Texas, la *Texas Venerated Objects Law*, che comprende fra le condotte vietate il bruciare la bandiera. La Corte Suprema intervenne su ricorso del Texas rispetto ad una sentenza di appello che aveva ribaltato, sulla base della possibilità di invocare i diritti del Primo Emendamento, la sentenza di primo grado che condannava il gesto del signor Johnson poiché, secondo la dottrina statale di *Deeds v. State*¹¹⁵, i suoi diritti derivati dal Primo Emendamento cedevano di fronte alla necessità di “prevenire violazioni della pubblica pace” e di “proteggere la bandiera quale simbolo di unità nazionale”¹¹⁶.

Le motivazioni della Corte Suprema, che votò per cinque voti contro quattro per considerare il gesto di bruciare la bandiera protetto dal Primo Emendamento, furono essenzialmente due. La prima si basava sul fatto che non si poteva creare una categoria a sé del reato in questione come eccezione alla vigenza del Primo Emendamento; la seconda insiste sulla mancanza di effettiva consapevolezza espressa da Johnson con il suo atto, per cui “noi non consacriamo la bandiera punendo la sua profanazione, poiché così facendo diluiremmo la libertà che questo caro emblema rappresenta”¹¹⁷. Inoltre, “la distinzione fra parole scritte o pronunciate e la condotta non-verbale ... è di nessuna importanza quando la condotta è espressiva, come è qui, e quando la regolamentazione di quella

¹⁰⁶ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 120 U.S., 1878-1888-1893 (2000).

¹⁰⁷ ERWIN CHEMERINSKY, *Content Neutrality as Central Problem of Freedom of Speech*, cit., 50.

¹⁰⁸ Enumerati in *ibidem*, 50.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 50.

¹¹⁰ Come nel recentissimo caso *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017), nel quale si dichiara incostituzionale una legge che restringe l'accesso ai *social media* ai condannati per reati sessuali.

¹¹¹ ELENA KAGAN, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 63, 1996, 413-517.

¹¹² Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., 169.

¹¹³ 491 U.S. 397 (1989).

¹¹⁴ 505 U.S. 377 (1992).

¹¹⁵ 474 S.W.2d 718 (Tex. Crim. A1971).

¹¹⁶ V. ROBERT JUSTIN GOLDSTEIN, *The Great 1989-1990 Flag Flap: An Historical, Political, and Legal Analysis*, in *University of Miami Law Review*, n. 45, 1990-1991, 22 e ss.

¹¹⁷ *Johnson*, 109 S. Ct. At 2547-48.

condotta è relativa all'espressione"¹¹⁸. La stretta maggioranza con la quale fu votata l'incostituzionalità del divieto di bruciare la bandiera da parte della legge del Texas rivela la difficoltà nel stabilire principi comuni in materia e mostra quanto sia stato controverso il caso *Johnson*: le conclusioni di questo furono però mantenute nell'altrettanto controverso caso *R.A.V.*, e sono dunque “buon diritto, molto utile quale importante fonte dei principi fondamentali del Primo Emendamento”¹¹⁹. Anche la sentenza *United States v. Eichmann*¹²⁰ ha ad oggetto la dissacrazione della bandiera, e giunge a considerazioni leggermente diverse da quelle di *Texas v. Johnson*, stante la differente fattispecie da cui origina.

Il primo caso a fare tesoro della giurisprudenza di *Johnson* è il già citato *R.A.V.* Insieme ad altri adolescenti, R.A.V. bruciò una croce di legno in un cortile di una famiglia afro-americana. Egli fu arrestato ed accusato della violazione di un'ordinanza municipale di St. Paul che dichiarava reato “mettere in una proprietà pubblica o privata un simbolo, oggetto, ... o un graffito, compreso, ma non limitato a, una croce in fiamme od una svastica nazista, le quali si sa che suscitano in altri, o si hanno ragionevoli motivi per ritenere che suscitino, rabbia, allarme o risentimento sulla base della razza, del colore, de credo, della religione o del genere ...”¹²¹. Nonostante non vi fosse nessuna giurisprudenza secondo la quale l'eccezione al Primo Emendamento potesse essere data da paura, allarme o risentimento, la Corte Suprema del Minnesota ritenne che l'ordinanza di St. Paul si limitasse a quello che *Chaplinsky* designava come “*fighting words*”.

Una Corte Suprema profondamente divisa rovesciò la decisione, votando per cinque membri contro quattro per l'incostituzionalità dell'ordinanza di St. Paul. Nella sua opinione di maggioranza, Scalia scrisse che si ammetteva che la norma in questione copriva solo la fattispecie delle “parole aggressive non protette” (“*unprotected fighting words*”), le quali possono peraltro essere talvolta “veramente molto espressive”¹²². Nonostante ciò, dichiarava l'ordinanza incostituzionale poiché, invece di proibire le “*fighting words*” in generale, essa bandiva solo una loro sotto-categoria, quelle che “insultano, o provocano violenza, sulla base della razza, del colore, del credo, della religione o del genere”¹²³. Scalia concluse che questa regolamentazione selettiva¹²⁴ violava il divieto del Primo Emendamento sulla discriminazione del contenuto¹²⁵. Era certo possibile vietare l'uso di “*fighting words*”, infatti “il governo può vietare la diffamazione; ma non può fare l'ulteriore discriminazione sul contenuto con il vietare *solamente* la diffamazione critica del governo”¹²⁶. Quindi “il governo non può regolamentare l'uso a causa dell'ostilità – o del favoritismo – verso il messaggio sottostante espresso”¹²⁷. Sulla base di quest'impostazione dottrinale “ristrutturata”¹²⁸, cinque Giudici dichiararono incostituzionale l'ordinanza che discriminava sulla base del contenuto, trattando parole offensive basate sulla razza (“Negro!”) in modo differente dalle altre parole offensive (“Bastardo!”)¹²⁹. Le offese razziali non sono diverse da quelle ordinarie, lo *hate speech* non costituisce da solo motivo per permettere restrizioni della libertà di espressione ai sensi del Primo Emendamento.

Il Giudice Stevens scrisse invece un'opinione concorrente in contrasto con la descritta

¹¹⁸ *Texas v. Johnson*, 491 U.S., 416.

¹¹⁹ AKHIL REED AMAR, *The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, in *Harvard Law Review*, n. 106, 1992, 124.

¹²⁰ *United States v. Eichmann*, 496 U.S. 310 (1990).

¹²¹ St. Paul, Minn, Legis Code § 292.02 (1990).

¹²² *R.A.V.*, 505 U.S., 2544 (?), e tutti quelli dopo).

¹²³ *R.A.V.*, 505 U.S., 391.

¹²⁴ “Una selettività di questo tipo, crea la possibilità che la città stia cercando di impedire l'espressione di particolari idee”: *R.A.V.*, 505 U.S. at 394. Questo sarebbe vietato proprio dalla teoria della “*content discrimination*” (*R.A.V.*, 505 U.S. at 387).

¹²⁵ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 690, il quale ricorda, nella nota 254, che quattro giudici criticarono duramente l'analisi della maggioranza, ma ritenendo incostituzionale per motivi diversi dalle “*fighting words*”.

¹²⁶ *R.A.V.*, 112 S. Ct. U.S., 2543.

¹²⁷ *R.A.V.*, 112 S. Ct. U.S., 2545.

¹²⁸ *Akhil Reed Amar, The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, cit., 128.

¹²⁹ *R.A.V.*, 112 S. Ct. U.S., 2547-2549.

interpretazione, che corrisponde alla dottrina sullo *hate speech* più attenta ai diritti delle minoranze (Chemerinsky, Sunstein, Waldron). Bisogna innanzitutto partire dalla storia degli USA sulle discriminazioni razziali: non è stato semplice storicamente per la Corte Suprema stabilire principi a favore delle minoranze, a causa della legislazione fortemente discriminatoria nei confronti di vari gruppi¹³⁰. Gli esempi della schiavitù e del segregazionismo nei confronti degli afro-americani sono i più eclatanti, ma la storia degli USA conosce la discriminazione anche nei confronti di altri gruppi, come gli ebrei, gli irlandesi, gli italiani e più tardi gli ispanici e gli asiatici, ed ovviamente verso i nativi¹³¹.

La discriminazione verso le minoranze, che come già detto fa tristemente parte della storia americana, è consistita anche in invettive e discorsi razzisti contro di esse, che creano timori di violenza fisica, esclusione, e subordinazione che non possono essere descritti come mera 'offesa'. Questi danni sono plausibilmente antitetici all'obiettivo dell'eguaglianza politica, una precondizione per la democrazia e la finalità che anima lo stesso Primo Emendamento.

Secondo Stevens, dunque, “le minacce a sfondo razziale possono provocare più danno alla società ed agli individui che altre minacce”¹³². L'opinione di maggioranza ritiene invece che tale teoria consista semplicemente nel dare rilievo ad un'idea particolare, espressa con un particolare metodo. Si tratta del non rispetto della neutralità del contenuto, e “non si può eludere tanto facilmente il Primo Emendamento”¹³³. Quindi, secondo la Corte, uno Stato non può decidere che esporre una svastica o bruciare una croce sia considerato peggio, ad esempio, di un attacco malvagio alle idee politiche od ai genitori di qualcuno. Sostiene Sunstein però che “la concezione della neutralità della Corte non sembra plausibile. Non c'è niente di parziale o di illegittimo nel riconoscere che danni particolari sono prodotti dalla insolita categoria delle “*fighting words*”¹³⁴. La teoria del danno causato dalle offese razziali si basa sul fatto che la legislazione non sta rispondendo ad un messaggio ideologico, ma a conseguenze del mondo reale, che sono antitetici all'obiettivo dell'eguaglianza politica, “una condizione previa per la democrazia ed un obiettivo che anima lo stesso Primo Emendamento”¹³⁵.

Una libertà di espressione praticamente illimitata, che comprenda gli insulti a sfondo razziale, non tiene conto dei diversi diritti che spettano ai membri delle minoranze storicamente vittime di razzismo e discriminazione. Il discorso riecheggia quello sulle “*affirmative actions*”, le azioni positive, che sono avversate da chi interpreta l'eguaglianza come formale e non sostanziale¹³⁶. Questo non significa che quello delle azioni positive sia uno standard utile per la libertà di espressione, ma è bene tenere conto della disparità dei punti di partenza di chi la utilizza. È iniquo pretendere la neutralità del contenuto nei confronti di persone od organizzazioni con più risorse delle media (sicuramente delle minoranze sfavorite): “regole che sono di contenuto neutrale possono, alla luce di uno status quo ineguale, portare conseguenze molto dannose su alcune forme di discorso; un serio scrutinio giudiziale sulle restrizioni a contenuto neutrale, con attenzione su questo punto, è dunque appropriato”¹³⁷.

Sulla ricerca dell'eguaglianza, e dunque sulla negazione delle pratiche discriminatorie ed addirittura dello schiavismo furono nell'Ottocento adottati il Tredicesimo, Quattordicesimo e Quindicesimo Emendamento. “La Costituzione stessa prende posizione contro la cittadinanza di

¹³⁰ ERWIN CHERMERINSKY, *The Case against the Supreme Court*, New York, Penguin Books, 2014, 21 e ss.

¹³¹ La giurisprudenza risalente della Corte Suprema non fu in particolare molto aperta nei confronti dei gruppi minoritari fra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, pur tentando di definire alcuni principi “sociali” sugli rapporti fra le comunità: v. Sara Volterra (a cura di), *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)*, Giappichelli, Torino, 2003.

¹³² R.A.V., 112 S. Ct. U.S., 2561 (Stevens, J., concurring).

¹³³ R.A.V., 112 S. Ct. U.S., 2548.

¹³⁴ CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., 192.

¹³⁵ *Ibidem*, 186.

¹³⁶ Fra la ricca bibliografia sulle azioni positive negli USA v. MICHAEL ROSENFELD, *Affirmative Actions and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven – London, Yale University Press, 1991; COSIMO GRECO, *Le azioni positive negli USA*, Tesi di dottorato, Lecce, 2015.

¹³⁷ CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., 177-178.

seconda classe di qualsiasi gruppo. Non è neutrale su questo argomento. Quando il discorso contribuisce a creare un sistema di casta, lo Stato può in maniera legittima e neutrale cercare di reagire – almeno se ogni restrizione che ne risulta sia al tempo stesso chiara e molto limitata”¹³⁸.

Sembra quindi legittimo, contrariamente alla dottrina di *R.A.V.*, che una “restrizione relativa al bruciare una croce e su altri discorsi simbolici sia una possibile classificazione secondo la materia, purché essa sia limitata”, e del resto “nessun serio problema di Primo Emendamento è causato dalle leggi sui diritti civili”¹³⁹, tutt'altro che neutrali nel loro contenuto. Non è inoltre solamente ai sensi del Primo Emendamento che bisogna interpretare le regolamentazioni relative ai diritti delle minoranze, ma anche secondo il Tredicesimo e Quattordicesimo Emendamento (relativi all'abolizione della schiavitù e della *immunity clause*, base del godimento delle libertà fondamentali nella Federazione e negli Stati), nel rispetto di un'interpretazione complessiva e non atomistica del testo costituzionale¹⁴⁰.

Chi ritiene incostituzionali le leggi sullo *hate speech* non considera che “la questione non è il pensiero che odiamo ..., ma la pubblicazione e il danno causato ad individui e gruppi che deturpano il nostro ambiente sociale per mezzo di annunci visibili, pubblici, e semi-permanenti che hanno l'effetto che nell'opinione di un gruppo della comunità, forse secondo la maggioranza, i membri di un altro gruppo non siano meritevoli di eguale cittadinanza”¹⁴¹.

Il discorso non vale solo nei confronti delle minoranze razziali, ma anche di quelle religiose¹⁴². Il nesso è colto da Eric Barendt, che si domanda se “il *free speech* implichi la protezione per i diritti del parlante individuale più che per i diritti del gruppo destinatario, ed altri, insultati dal materiale che pone in ridicolo il sentimento religioso od i credenti”¹⁴³.

Gli insulti basati sulla razza, sul genere, e sulla religione¹⁴⁴ causano dunque più nocimento degli insulti in generale perché, a differenza degli insulti che esprimono semplicemente un disgusto, gli insulti basati sull'appartenenza ad un gruppo negano l'umanità di quelli a cui sono diretti¹⁴⁵. In secondo luogo, questo tipo di offese non sono solo dirette a specifici individui, ma anche al gruppo in generale¹⁴⁶. La Corte Suprema nella sua dottrina considera però molto meno i diritti dei gruppi di quelli dell'individuo, in conformità alla prevalente sensibilità della cultura statunitense¹⁴⁷.

Quanto scritto fino adesso non deve far ritenere che vi sia una illimitata libertà di espressione nello *hate speech*: così nel caso *Wisconsin v. Mitchell*¹⁴⁸, la Corte Suprema contraddisse la dottrina di *R.A.V.* L'opinione del *Chief Justice* Rehnquist, votata all'unanimità, dichiara che “i crimini motivati da pregiudizi hanno più probabilità di provocare crimini di ritorsione, di infliggere diversi danni emotivi alle loro vittime, e di incitare l'inquietudine della comunità”¹⁴⁹ più di altri. Questa decisione

¹³⁸ *Ibidem*, 193.

¹³⁹ *Ibidem*, 197.

¹⁴⁰ AKHIL REED AMAR, *The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, in *Harvard Law Review*, n. 106, 1992, 151e ss.

¹⁴¹ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 33. Sulla impossibilità di scegliere un punto di vista di una comunità (secondo il pensiero di Robert Post) si veda *infra*, par. 5.

¹⁴² Sulla questione v. CRISTIANA CIANITTO, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all'odio religioso nella società contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹⁴³ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 190: “Il motivo è che un insulto esplicito ad una fede religiosa o, anche più chiaramente, l'espressione di odio verso le comunità religiose, causa una ferita psicologica profonda come un discorso di odio razzista”.

¹⁴⁴ Tutti criteri elencati, insieme ad altri, nelle costituzioni liberal-democratiche (e nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali della UE), e nella Costituzione statunitense, più vecchia, rintracciabili in ordine sparso in alcuni degli emendamenti.

¹⁴⁵ STEVAN J. HEYMAN, *Hate Speech and the Theory of Free Expression*, in *idem* (editor), *Hate Speech and the Constitution. I The Development of the Hate Speech Debate*, Routledge, London - New York, 1996, xiv.

¹⁴⁶ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 695. V. anche CHARLES R. LAWRENCE, *If He Hollers Let Him Go. Regulating Racist Speech on Campus*, in *Duke Law Journal*. In *Duke Law Journal* 1990, n. 3, 431-483.

¹⁴⁷ Individuo considerato sovrano, in particolare, come si vedrà nel settimo paragrafo, nei panni del consumatore. Viene dunque il sospetto che più che l'individuo sia il mercato il centro di gravità del sistema statunitense.

¹⁴⁸ 508 U.S. 476 (1993).

¹⁴⁹ *Mitchell*, 508 U.S. at 488.

mostra massima considerazione per i “diritti degli altri”¹⁵⁰, e dimostra che il Primo Emendamento può sopportare, ed anzi consiglia, alcune forme di regolamentazione dello “*hate speech*”, che è presente in *Wisconsin* e non in *R.A.V.*¹⁵¹. Lo consiglia poiché la regolamentazione di esso tende a promuovere piuttosto che a diminuire i valori insiti nel principio della libertà di espressione. Non è dunque vero che il Primo Emendamento permette una libertà illimitata di espressione, anche se i limiti ad essa devono essere stabiliti con stretto scrutinio.

Dopo aver dato conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema relativamente allo *hate speech*, come si è visto piuttosto aperta (ma non all'infinito) nei confronti del discorso anche offensivo¹⁵², si passa nel prossimo paragrafo all'analisi di *Falwell*, il caso centrale della Corte Suprema USA su satira e Primo Emendamento.

4. *Falwell v. Flynt*, sino a che punto può spingersi la satira?

La già più volte citata sentenza *Hustler Magazine v. Falwell*¹⁵³, del 1988¹⁵⁴, fu il punto conclusivo di una vicenda che opponeva Larry Flynt, estroso e corrosivo editore della rivista pornografica *Hustler*, e Jerry Falwell¹⁵⁵, fondamentalista religioso appartenente ad un'organizzazione chiamata “*Moral Majority*”¹⁵⁶. Essa fu anche oggetto di un bel film di Milos Forman del 1996, “*Larry Flynt*”¹⁵⁷.

La controversia ebbe origine da una parodia di uno spot del Campari apparsa sulle pagine del numero del Novembre 1983 di *Hustler*, nel quale si parlava della prima volta, riferita alla prima bevuta di un Campari ma con un chiaro sottinteso alla prima esperienza sessuale, che per Falwell sarebbe consistita con un rapporto con la madre, avvenuto, secondo il greve ed offensivo testo della parodia, in un sudicio tugurio, con entrambi i protagonisti ubriachi fradici¹⁵⁸.

Poiché la legge della Virginia non prevedeva una causa di *Common Law* per invasione della *privacy*, Falwell fu costretto a basare la sua denuncia su una legge della Virginia che proibisce l'uso del nome di una persona per scopi commerciali o di pubblicità senza il suo consenso¹⁵⁹. Flynt fu condannato prima dal Tribunale del Quarto circuito e poi dalla Corte d'Appello della Virginia per “trauma emotivo” (“*emotional distress*”), il che risultava perfettamente dall'intenzione di Flynt, che era quella di “assassinare” l'integrità di Falwell¹⁶⁰.

La Corte Suprema rovesciò la decisione precedente. La decisione fu redatta dal *Chief Justice*

¹⁵⁰ V. supra, nota 21. L'espressione non è solo usata da STEVEN J. HEYMAN, ma anche, in un contesto diverso che riguarda i diritti degli stranieri e degli apolidi, comunque sempre temi riferiti al nucleo duro dei diritti della persona in quanto tale, da SEYLA BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2006 (traduzione da *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Vambridge University Press, 2006).

¹⁵¹ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 696-698, sottolinea la grande differenza fra l'approccio di *R.A.V.* rispetto al caso *Keegstra* della Corte Suprema del Canada, del 1990.

¹⁵² Un altro caso noto è *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. (1977).

¹⁵³ *Hustler Magazine v. Falwell*, 108 S. Ct. (1988).

¹⁵⁴ Il commento più esauriente di Falwell, insieme alla dottrina della Corte Suprema sul Primo Emendamento, è quella di ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine V. Falwell*, in *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990, 603-686. Un commento la qualifica come la peggiore storia del Primo Emendamento, e non solo: JOHN M. KAGAN, *HUSTLER V. FALWELL: Worst Case in the History of the World, maybe the Universe*, in *Nevada Law Journal*, 2012.

¹⁵⁵ “I suoi antagonisti avrebbero potuto essere scelti da un ufficio di casting per incarnare la fondamentale tensione costituzionale fra l'espressione anarchica e la rigida virtù civica”: ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 605.

¹⁵⁶ Per l'intera vicenda, processuale e no, che vide contrapposti Larry Flynt e Jerry Falwell v. RODNEY SMOLLA, *Jerry Falwell v. Larry Flynt: The First Amendment on Trial*, Champagne, Illinois, University of Illinois Press, 1990.

¹⁵⁷ Larry Flynt non era nuovo a denunce, non solo da parte di fondamentalisti religiosi come Falwell, ma anche da femministe, fra le quali va ricordata l'attivista anti-pornografia Andrea Dworkin.

¹⁵⁸ Per l'intero testo della parodia v. ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 607.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 608.

¹⁶⁰ *Deposition Testimony of Larry Flynt*, reprinted in Joint Appendix at 91, 141, Falwell (No. 86-1278).

Rehnquist, e la sua opinione vide l'accordo di tutti i Giudici tranne Kennedy, che non partecipò alla causa e White, che scrisse un breve paragrafo di opinione concorrente con l'idea di dissociarsi dalla decisa riaffermazione fatta da Rehnquist dello standard della "effettiva malafede" (*"actual malice standard"*) della sentenza *New York Times*¹⁶¹. Post ritiene che l'opinione di Rehnquist sia "retoricamente abile, che tocca tutti i 'giusti' sentimenti relativi al primo Emendamento e che evoca eloquentemente la tradizione nazionale di pungente satira politica. Ma la struttura argomentativa dell'opinione è oscura, e rende difficile discernere un corso coerente del ragionamento"¹⁶².

Il succo della decisione sta nelle seguenti parole:

*I personaggi pubblici ed i pubblici ufficiali non possono essere risarciti per il reato di infliggere intenzionalmente un dolore emotivo a causa di pubblicazioni come quella del caso in esame senza mostrare in più che la pubblicazione contiene una falsa dichiarazione di un fatto che è stato commesso con "effettiva malafede", vale a dire con la conoscenza che la dichiarazione era falsa o con poca e superficiale attenzione se fosse o meno vera*¹⁶³.

La questione relativa al reato di "emotional distress" inflitto ad un personaggio pubblico e quella della falsa dichiarazione fatta con effettiva malafede sono intrecciate e possono essere analizzate congiuntamente.

Se per secoli la *Common Law* aveva basato i casi come quello in esame sulla base del reato di diffamazione, che consisteva nel ledere la reputazione di una persona, il diritto costituzionale del Primo Emendamento modifica non di poco i termini della questione, inserendo altre condizioni perché sia possibile limitare il diritto di espressione. Secondo la tradizionale *Common Law* "si presumeva che una dichiarazione diffamatoria fosse falsa, e l'imputato doveva riuscire a contraddire quest'ipotesi per evitare l'ascrizione di responsabilità"¹⁶⁴. Al termine del diciannovesimo secolo, il descritto approccio cominciò a modificarsi, richiedendosi all'attore l'onere di provare la falsità della dichiarazione¹⁶⁵.

Da *Gertz* in poi non si pone più tanto il problema delle idee false, che hanno una certa protezione costituzionale¹⁶⁶. Ma la distinzione non è così pacifica come potrebbe apparire di primo acchito. Robert Post, che fa un'approfondita analisi della questione¹⁶⁷, si concentra, a proposito della pluralità di tipi di opinione, sulla differenza fra "opinione" e "iperbole retorica"¹⁶⁸, e soprattutto fra "giudizi" (*"judgments"*) e "espressioni soggettive" (*"preference expressions"*). Rifacendosi addirittura a Kant, "le dichiarazioni che semplicemente esprimono o descrivono 'sentimenti privati' di chi parla devono essere distinti da dichiarazioni su aspetti del mondo indipendenti da chi parla"¹⁶⁹. Questa distinzione serve a capire meglio il privilegio sull'espressione dell'opinione invocato da *Falwell*. La decisione distingue "le false dichiarazioni di fatto", che sono "particolarmente senza valore", dalle dichiarazioni di opinione¹⁷⁰. L'ultima è privilegiata poiché risponde alla "funzione della ricerca della verità del mercato delle idee", insita in una società democratica, "perché il migliore test della verità risiede nel potere del pensiero di essere essa stessa accettata nella competizione del mercato", dunque "Il Primo Emendamento non riconosce nessuna cosa che corrisponda ad una 'falsa' idea". Inoltre, le "false dichiarazioni di fatto", oltre ad interferire con la funzione di ricerca della verità del mercato delle idee, "causano danno alla reputazione dell'individuo che non può essere facilmente riparato da un

¹⁶¹ *Falwell*, 108 S. Ct. at 883 (White, J., concurring).

¹⁶² ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 612.

¹⁶³ *Falwell*, 108 S. Ct. 882.

¹⁶⁴ ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 618.

¹⁶⁵ *Ibidem*, 619.

¹⁶⁶ SEANA VALENTINE SHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and the Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2014, passim.

¹⁶⁷ ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 649 e ss.

¹⁶⁸ *Ibidem*, 652.

¹⁶⁹ *Ibidem*, 652-53.

¹⁷⁰ *Falwell*, 108 S. Ct. 880.

discorso contrario, anche se persuasivo ed efficace”¹⁷¹.

La teoria riportata della diversa protezione da accordare ad un'opinione, per quanto possa risultare sgradevole, rispetto ad una dichiarazione di fatto falsa, deve essere secondo Robert Post perfezionata secondo l'idea che le dichiarazioni di opinione “contengono espressioni su un mondo indipendente la validità delle quali dipende dagli standard o dalle convenzioni di una particolare comunità, e sulle quali dunque non possiamo aspettarci nessuna convergenza in condizioni di eterogeneità culturale”¹⁷².

Un punto critico riguarda proprio la scelta di privilegiare regole di civiltà che dovrebbero essere condivise ma che, secondo Post, rischiano di essere quelle della comunità più forte: egli, prendendo spunto da quanto stabilito dalla Corte Suprema a partire da *Cantwell*, osserva che “se il privilegio del commento civile (“*privilege of fair comment*”) della *Common Law* rifletteva e applicava le regole di civiltà di una comunità fissa e stabile che conteneva al suo interno una sfera distinta di discorso pubblico, la dottrina del Primo Emendamento da *Cantwell* ha invece mantenuto una sfera di discorso pubblico nel quale le comunità stesse si sviluppano attraverso la competizione per ottenere la fedeltà dei singoli potenziali aderenti ad esse”¹⁷³.

All'interno di questa visione competitiva, si pone la dottrina di *Cohen v. California*, del 1972, la più eloquente mostra “dell'individualismo intellettuale” all'interno del quale il diritto delle comunità è compreso ed in un certo senso sacrificato.

*Il diritto costituzionale della libera espressione è una potente medicina in una società così diversa e popolosa come la nostra. È disegnato e pensato per rimuovere le limitazioni governative dall'arena della discussione pubblica, ponendo la decisione su quali punti di vista saranno più espressi in gran parte nelle mani di ciascuno di noi, nella speranza che l'uso di questa libertà produrrà alla fine una cittadinanza più capace ed un ordinamento politico più perfetto, e nella convinzione che nessun altro approccio sarebbe coerente con la premessa della dignità individuale e della scelta su cui il nostro sistema politico si fonda*¹⁷⁴.

Anche il criterio di “*outrageousness*” (“violenza verbale”) in esame in *Falwell* può avere significato solamente all'interno delle norme accettate di una particolare comunità, “ma il concetto costituzionale di pubblico discorso vieta allo Stato di imporre un tale standard all'interno del mondo del dibattito sugli affari pubblici”¹⁷⁵. Infatti “la natura oltraggiosa nell'area del dibattito politico e sociale ha una inerente soggettività per la quale si permetterebbe ad una giuria di imporre la responsabilità sulla base dei gusti e delle opinioni personali dei giurati”¹⁷⁶.

La difficoltà sta in sostanza nel decidere se sia necessario o meno porre una linea di demarcazione tra la satira o parodia politica, pienamente protetta dalla libertà di parola, e gli insulti personali oltraggiosi che non sono compresi in essa o che da essa non sono protetti perché cedono nel bilanciamento degli interessi a quello superiore della dignità umana¹⁷⁷. La risposta di Post, che asseconda il ragionamento di Rehnquist in *Falwell*, è quello per cui non si può porre una linea di demarcazione fra satira accettabile ed insulti personali oltraggiosi od ingiuriosi, poiché ciò implicherebbe standard di decenza (“*standards of civility*”) altamente contestabili e che risentono troppo dei diversi momenti storici. Altra dottrina sottolinea invece come la parodia di *Falwell* contenuta nella rivista *Hustler* fosse assolutamente ascrivibile alle “*fighting words*” definite da *Chaplinski*, ma la inspiegabile difesa del predicatore non ebbe l'accortezza di invocarle nel

¹⁷¹ *Falwell*, 108 S. Ct, 879-880 (dove si riprende un'espressione utilizzata dal Giudice Holmes in *Abrams v. United States* del 1919: 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

¹⁷² ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 660.

¹⁷³ *Ibidem*, 630.

¹⁷⁴ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 23-24 (1971) (citing *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375-77 (1927) (Brandeis, J., concurring)).

¹⁷⁵ *Falwell*, 108 S. Ct, 880

¹⁷⁶ *Falwell*, 108 S. Ct, 882.

¹⁷⁷ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2009 (second edition), 228.

processo¹⁷⁸.

Il carattere pubblico del discorso quale condizione per il limite alla libertà di espressione significa anche che lo Stato non può imporre uno standard, proprio per non inquinare il “mondo del dibattito sulle questioni pubbliche”¹⁷⁹. Inoltre, il carattere pubblico di una persona la rende più esposta agli attacchi, come è chiaro nel caso *Falwell*. La formulazione della Corte è tale che se Flynt avesse espresso le stesse parole della parodia di Hustler a Falwell in una comunicazione privata, queste non sarebbero state incluse entro l'ambito del pubblico discorso, e dunque non avrebbero ricevuto lo stesso grado di protezione costituzionale¹⁸⁰.

Insomma, in *Falwell* lo standard della “effettiva malafede” di New York Times si applica solo se l'attore è una personalità pubblica od un pubblico ufficiale¹⁸¹. Mentre non è difficile individuare la seconda categoria, l'operazione non è sempre facile per la prima, essendo la notorietà talvolta circoscritta ad una data area geografica limitata o essere invece di livello internazionale anche se di nicchia. Con le nuove tecnologie ed i *social* la natura pubblica del messaggio pare peraltro essersi estesa a dismisura: pubblica è una pagina di Facebook anche se in origine destinata ai pochi amici e *followers*. La natura pubblica sembra oggi più una questione di quantità che di qualità, e si sa quanto è insidioso misurare i concetti giuridici secondo criteri quantitativi e non qualitativi.

Robert Post, che ha analizzato a fondo la questione del “*public discourse*”, prendendo spunto da *Falwell*, ricorda che la Corte Suprema lo ha trattato secondo il triangolo “comunità”, “organizzazione” ed appunto “pubblico discorso” in senso stretto. Il primo regola il discorso secondo gli interessi della civiltà e della dignità, il secondo lo fa secondo l'interesse di raggiungere obiettivi strumentalmente espliciti. Il terzo “porta da solo dentro di sé la libertà dell'interazione critica che noi, nella nostra nazione culturalmente diversa, associamo ai processi democratici”¹⁸².

Nel caso *Thornhill v. Alabama*, del 1940, la Corte definì il “discorso pubblico” non solamente in termini di contenuto del relativo discorso, ma anche nei termini del modo con il quale esso era stato diffuso. L'idea fondamentale era che quel discorso dovesse essere comunicato 'pubblicamente' per qualificarlo come pubblico. Il tema è legato a quello delle “questioni di interesse pubblico”, di cui tratta la stessa sentenza.

Falwell è un caso importante nella dottrina del Primo Emendamento, perché applica alla satira molti dei principi delle precedenti sentenze storiche. Proprio nel nome del processo democratico di cui parla Robert Post, che è la bussola che deve guidare l'intera Costituzione, si potrebbe però concepire una regolamentazione talvolta più restrittiva dello *hate speech*.

Il prossimo paragrafo approfondisce il tema delle informazioni false, con l'analisi in particolare della sentenza *Alvarez*, insieme al tema del versante passivo del Primo Emendamento, quello di essere informati, con l'analisi soprattutto del caso del 1971 sui *Pentagon papers*¹⁸³.

5. Segreti e bugie.

Il titolo di questo paragrafo è quello di un bellissimo e pluri-premiato film inglese, di Mike Leigh, del 1996, ma riguarda anche due caratteristiche eterne dell'animo umano e delle società, legate fra di loro: si dice una bugia per nascondere un segreto, una inconfessabile verità. Da Edipo Re a Madame Bovary, la ricerca della verità ed il suo occultamento con il segreto e la bugia ha ispirato la storia della grande letteratura, oltre che essere naturalmente una questione filosofica e religiosa. Il tema tocca ovviamente anche il diritto comparato: spesso le verità di un ordinamento sono le bugie ed i

¹⁷⁸ Bruce Fein, *Hustler Magazine v. Falwell: A Mislitigated and Misreasoned Case* (Book Review), 30 in *William & Mary Law Review*, n. 30, 1989, 905.

¹⁷⁹ *Falwell*, 108 S. Ct, 880.

¹⁸⁰ ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 675.

¹⁸¹ FRANCES E. FAIRCLOTH, *Freedom of Speech and Government Employees: A reasonable Test for the Digital Age*, in *Marshall Law Journal*, n. 6. vol. 1, 2012, 55-101.

¹⁸² ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 685.

¹⁸³ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 61.

segreti di un altro: il caso più clamoroso riguarda la vicenda degli armeni: in Turchia parlare di genocidio equivale a porsi contro il codice penale, mentre in molti paesi esso è riconosciuto da leggi ed atti del Parlamento¹⁸⁴. Si tratta della grande questione storica, morale e giuridica del negazionismo, che rileva particolarmente, stante la sua unicità ed il suo peso nella storia dell'umanità, per la *Shoah*, su cui vi è una letteratura, anche giuridica, pressoché sterminata¹⁸⁵.

In parte la questione della falsità di dichiarazioni, quindi delle bugie, è stata già analizzata nelle pagine precedenti. In questo paragrafo sarà analizzata una sentenza dell'ultimo decennio già abbastanza famosa, *Alvarez*, del 2012, che verte soprattutto sul diritto a mentire. Prima però è bene concentrarsi, anche per motivi di ordine cronologico, sulla questione dei segreti all'interno della dottrina del Primo Emendamento, con la sentenza *New York Times Co. v. United States*¹⁸⁶, del 1971; esso riguarda la pubblicazione, da parte del *New York Times* e del *Washington Post*, dei *Pentagon Papers*, una serie di documenti confidenziali sulla politica statunitense sul Vietnam, raccolti fra il 1945 ed il 1967, e resi noti da Daniel Ellsberg, un funzionario dapprima favorevole alla guerra e poi fiero oppositore di essa, che il presidente Richard Nixon voleva mantenere segreti¹⁸⁷. Si trattava quindi di un conflitto fra la libertà di stampa, soprattutto nel suo versante del diritto all'informazione, e dunque del “diritto dell'opinione pubblica di sapere”¹⁸⁸, contro il preteso bisogno del governo di mantenere il segreto dell'informazione.

I segreti di Stato sono sempre esistiti in ogni paese ed in ogni epoca, dunque anche negli USA. Era anche pacifico che “la gente fosse d'accordo che non avrebbe dovuto sapere cosa non poteva essere detto ad essa senza danneggiare l'interesse pubblico”¹⁸⁹. La stessa Corte Suprema ha stabilito il dovere di segretezza del governo e delle pubbliche istituzioni in una serie di sentenze¹⁹⁰. “Il più riservato di tutti i procedimenti governativi è probabilmente la discussione dei giudici della Corte Suprema”¹⁹¹, ed il fatto che proprio essa che insiste sulla libertà di espressione la limiti fortemente nelle sue attività, proibendo persino l'uso di bloc-notes durante le udienze, è mostra di ipocrisia¹⁹².

Una maggioranza raggiunta su una base molto limitata, con ben sei opinioni concorrenti, stabilì che

“Ogni sistema di censura previa o di espressione previa arriva a questa Corte portando con sé una pesante presunzione contro la sua validità costituzionale”.

Le Corti di merito avevano deciso che il governo non aveva dimostrato tale prova, e la Corte Suprema si dichiarava d'accordo su ciò. Le opinioni concorrenti dimostrano come fosse stato raggiunto l'accordo sulla questione di fondo, che è quella di attribuire larga libertà di espressione/informazione alla stampa, ma non sui motivi che stanno alla base di tale importante

¹⁸⁴ GIOVANNI POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in FRANCESCO BERTI – FULVIO CORTESE (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, Franco Angeli, 2008, 200-241.

¹⁸⁵ Fra questa v. DANIELA BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, Franco Angeli, 2012; v. anche, in FRANCESCO BERTI – FULVIO CORTESE (a cura di), *Il crimine dei crimini*, cit., i saggi di ANNA FOA, PAOLO DE STEFANI ed EMANUELA FRONZA.

¹⁸⁶ *New York Times Co. v. United States*, 443 U.S. 713 (1971).

¹⁸⁷ Più in dettaglio sui comportamenti di Ellsberg e Nixon v. TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech*, cit., 339-341. Nel 2017 è uscito sulla vicenda dei *Pentagon Papers*, dal punto di vista dei protagonisti del *Washington Post*, il film “*The Post*”, di Steven Spielberg, con Tom Hanks e Meryl Streep.

¹⁸⁸ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., passim

¹⁸⁹ LOUIS HENKIN, *The right to know and the duty to withhold: the case for the Pentagon Papers*, Commentary, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 120, 1972, 273.

¹⁹⁰ Fra le più risalenti v. *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1, 16-17 (1965); *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953); *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948); *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936). See also *Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1876).

¹⁹¹ LOUIS HENKIN, *The right to know and the duty to withhold*, cit., 274.

¹⁹² AKHIL REED AMAR, *The Constitution Today. Timeless Lessons for the Issues of Our Era*, New York, Basic Books, 2016, 122.

decisione. Il giudice Brennan sarebbe stato d'accordo per un'ingiunzione, anche se solo temporanea, unicamente se questa avrebbe evitato un danno imminente, ed il giudice Marshall, nella sua opinione dissenziente, dichiarò di negare l'ingiunzione in parte perché il Congresso non l'aveva autorizzata, in parte perché esso “ha specificamente rifiutato di proibire” pubblicazioni come quella in esame¹⁹³.

Un problema è però che la determinazione della portata del “diritto di sapere” spetta di solito ai giudici, e non al Parlamento, e che spesso questo comporta per essi il dovere di stabilire una censura previa. “Il conflitto sul diritto dell'opinione pubblica di sapere” dunque può in pratica rivelarsi pernicioso perché i giudici devono bilanciare il diritto del pubblico di sapere con le richieste del governo di confidenzialità nel contesto delle sue operazioni”¹⁹⁴, come è proprio avvenuto nella sentenza in esame.

Il “diritto dell'opinione pubblica di sapere” è un diritto derivativo, nonostante l'enfasi posta su di esso, l'altra faccia della medaglia del diritto della stampa di pubblicare¹⁹⁵. Il segreto invocato dal governo non è sempre volto a tutelare interessi comuni fondamentali: esso serve a volte “per coprire errori, per promuovere interessi di parte, addirittura per nuocere ad altri uffici e settori del governo, o all'elettorato”¹⁹⁶.

Pur dopo queste doverose osservazioni, sembra che le Corti abbiano privilegiato il diritto della stampa, che dovrebbe coincidere con il versante del diritto ad essere informati che caratterizza una matura società democratica. Henkin insiste sulla dicotomia libertà *versus* autorità: gli amici della libertà sono caldamente inclini ad ogni decisione che favorisce la libertà contro l'autorità, anche contro il governo rappresentativo. Lo studioso della Costituzione richiede qualcosa di più, un accomodamento che funzioni fra diversi valori confliggenti, che sia raggiunto e ragionevolmente giustificato”¹⁹⁷. Ancor più importante sarebbe la scarsa motivazione in *New York Times Co. v. United States*, che non chiarisce i criteri di come il governo possa e debba decidere sulla segretezza o meno di un documento, lasciando così, in assenza di direttive specifiche del Congresso (molto è lasciato ancora al dettato dell'*Espionage Act* del 1917), troppa discrezione al Giudice. Un punto che dopo questa sentenza è chiaro è che il Primo Emendamento si estende al di là della sfera governativa, riguardando anche i rapporti fra questa ed il settore privato¹⁹⁸.

Resta il fatto che la Corte Suprema ha ordinato nel caso di specie “una competizione indisciplinata fra la stampa, il cui compito è la libertà d'informazione e la cui ambizione è collegata ad esso, ed il governo, la cui necessità è spesso il riserbo sulle decisioni da prendere, che i suoi dipendenti ambiscono a soddisfare”¹⁹⁹.

Dopo quarantasei anni da *New York Times Co. v. United States* la posizione della Corte Suprema sulla questione non è cambiata, mentre molto diverso è il mondo dell'informazione, la cui realtà più variegata, insieme ai mutati e mutevoli rapporti di geopolitica, consiglia un approccio globale diverso, di cui anche la Corte Suprema ne deve tenere conto. Si vedrà nell'ultimo paragrafo sugli USA che la posizione di “democrazia olistica” da me indicata, debitrice soprattutto delle posizioni di Cass R. Sunstein e Jeremy Waldron, non sembra essere quella scelta dalla Corte Suprema.

La vicenda di Ellsberg che dette origine alla sentenza *New York Times Co. v. United States* offre lo spunto per citare due fenomeni che partecipano entrambi della rivelazione di segreti, ma che divergono in quanto a spirito che informa i protagonisti: il *whistleblowing*²⁰⁰ e il *leaking*²⁰¹,

¹⁹³ *New York Times Co. v. United States*, 443 U.S. 742 (1971) (Marshall, J., dissenting).

¹⁹⁴ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 17.

¹⁹⁵ LOUIS HENKIN, *The right to know and the duty to withhold*, cit., 273.

¹⁹⁶ *Ibidem*, 275-276.

¹⁹⁷ *Ibidem*, 278.

¹⁹⁸ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 87, il quale, nella sua ricostruzione delle radici della disciplina del Primo Emendamento, ricorda che l'originaria concezione di Madison della separazione e della diffusione dei poteri, necessaria a ricostruire l'evoluzione dell'istituto della libertà di espressione, era meramente intragovernativa.

¹⁹⁹ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 87.

²⁰⁰ JANET NEAR – MARCIA MICELI, *Whistle-blowing: ç Myth and Reality*, in *Journal of Management*, vol. 22, issue 3, 1996, 507-526.

²⁰¹ YOCHAI BENKLER, *A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth*

esemplificato quest'ultimo dal noto personaggio Eric Snowden. Il primo corrisponderebbe ad un atteggiamento nobile ed il secondo invece nefasto²⁰².

La sentenza *Alvarez*, del 2012, tratta del caso più puro di bugia, una bugia autobiografica con risvolti anche comici. Presso un circolo nautico di Claremont, California, Xavier Alvarez, un socio di esso, si vantò, mentendo, di essere un *marine* in congedo e di avere ricevuto la prestigiosa onorificenza della Medaglia d'onore del Congresso. Non si trattava di esagerazioni su un fondo di verità, erano invenzioni belle e buone; del resto Alvarez non era nuovo a millantare falsità, essendosi nel corso degli anni dipinto come veterano del Vietnam, un membro, risultato ferito, della squadra che liberò con successo (!) l'ambasciatore degli USA in Iran, un agente di polizia, ed un giocatore professionista di hockey²⁰³. Egli fu condannato, ai sensi dello *Stolen Valor Act*, ad una multa di 5.000 dollari, a 400 ore di servizio sociale, tre anni di prova, ed a dover sottostare a continui test anti-droga. Alvarez fece causa sostenendo che lo *Stolen Valor Act* violava il Primo Emendamento, e gli fu data ragione sia dai Tribunali di merito della California che dalla Corte Suprema.

Lo *Stolen Valor Act*, che non rappresentava "l'epitome della legislazione bene redatta"²⁰⁴, non specificava particolari importanti sul suo mancato rispetto, quali il riferimento al luogo della presunta infrazione, ma d'altro canto prevedeva pene sproporzionate per alcune fattispecie di persone titolari di onori e cariche. Sarebbe probabilmente bastata "una legge redatta con più cura, con moderate sanzioni pecuniarie o di natura civile per la sua violazione"²⁰⁵.

Ancora più importante è il particolare della mancanza di neutralità del contenuto della legge incriminata: infatti la legge puniva false rappresentazioni relative al servizio militare onorevole, ma lasciava immuni false rappresentazioni concernenti il servizio militare disonorevole, come anche a proposito delle organizzazioni per la pace e gli attivisti contro la guerra e gli obiettori di coscienza²⁰⁶. La decisione si traduce in una certa protezione costituzionale delle bugie, con il motivo del divieto della discriminazione sul contenuto, "un anatema del Primo Emendamento che provoca scetticismo ed il più alto standard di scrutinio"²⁰⁷.

6. Altre questioni trattate dalle Corte Suprema e dalle Corti di merito. I temi non risolti.

Come si è visto nelle precedenti pagine, sono molteplici gli ambiti toccati dalla Corte Suprema relativamente al Primo Emendamento. In questo paragrafo finale sugli USA saranno in breve analizzati casi su altre materie più o meno fondamentali per la convivenza, privilegiando sentenze di questo millennio; il discorso coincide in buona parte con quello delle questioni ritenute irrisolte che la Corte Suprema ha per ora deciso in modo per molti discutibile e che dovrà di nuovo decidere in futuro.

Un ambito su cui la Corte Suprema si è trovata recentemente ad esprimersi è quello delle proteste degli anti-abortisti davanti alle cliniche dove vengono praticati gli aborti. Il caso *Mc Cullen v. Coakley*²⁰⁸ dichiara l'applicabilità del Primo Emendamento nei casi citati, permettendo una legislazione che contemperi il diritto alla riservatezza²⁰⁹ delle donne che si recano per un consulto o

Estate, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, n. 46, 2011, 311-397.

²⁰² TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech*, cit., 340, scrive che "abbiamo chiaramente bisogno di più nobili *whistleblowers* e di meno malvagi spioni (traduzione libera di "*leakers*", che significa chi fa trapelare qualcosa)".

²⁰³ SEANA VALENTINE SHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and the Law*, cit., 120 e ss.

²⁰⁴ *Ibidem*, 122.

²⁰⁵ *Ibidem*, 123.

²⁰⁶ *Ibidem*, 124.

²⁰⁷ *Ibidem*, 125, dove, nelle pagine successive, si formula una teoria critica del fatto che il diritto di mentire abbia in molti casi la stessa protezione costituzionale della verità, più funzionale allo sviluppo democratico attraverso il "mercato delle idee".

²⁰⁸ *McCullen v. Coakley*, 134 U.S. (2014).

²⁰⁹ Il primo articolo che tratta dell'articolo alla riservatezza è l'ormai storico SAMUEL WARREN – LOUIS BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, n. 4, 1890, 193-220. Legato al diritto alla riservatezza è anche il caso *Stanley v. Georgia* [394 U.S. 557 (1969)], nel quale la Corte Suprema annullò una legge della Georgia che puniva il possesso di

per l'aborto nelle cliniche con la libertà di manifestazione del pensiero: le norme devono essere “*narrowly tailored*” per limitare quest'ultima, e vi è chi propone questo modello molto aperto verso la libertà di espressione anche per i casi di proteste durante i funerali²¹⁰.

Un tema molto importante con il quale si è “incrociato” (o scontrato) il Primo Emendamento è quello del *copyright*, al quale sono dedicate numerosi scritti di alto livello dottrinale (con indubbi risvolti pratici, come la materia richiede), che qui saranno in parte citati, e che riceveranno una minima parte dell'attenzione che la questione merita.

I principi del Primo Emendamento e le regole del diritto della proprietà intellettuale, *copyright* e *trademark*²¹¹, sono spesso entrati fra di loro in conflitto, e la giurisprudenza della Corte Suprema, come anche approfonditi saggi dottrinali, si sono espressi sul tema. “Quello protetto contro il governo è il discorso del Primo Emendamento, e quello protetto dal governo è la proprietà intellettuale”²¹². La descritta situazione, come detto, può generare tensioni: in particolare, la pretesa del governo per regolare il diritto d'autore non può spingersi fino a negare le basi dei principi che emanano dal Primo Emendamento, ma, viceversa, è anche vero che questi non possono estendersi sino a negare le necessità che il governo giustifica per regolare *copyright* e *trademark*.

Secondo parte della dottrina, è normale pensare che il discorso non appartiene a nessuno: la libertà di espressione, in quanto diritto e libertà civile, farebbe parte delle “regole di eguaglianza”, molto importanti per determinare la sfera di autonomia entro la quale ognuno vive²¹³, regole che riguardano più l'individuo come tale che in quanto facente parte di un gruppo, e, *a fortiori*, molto più del diritto dei gruppi in quanto tali (quanto detto non deve peraltro essere confuso con il complesso discorso del diritto di espressione che spetta alle persone giuridiche). Però di solito le Corti rigettano le motivazioni basate sul Primo Emendamento nella cause di *copyright*²¹⁴: “il *free speech* non appartiene a nessuno, ma il *copyrighted speech* appartiene a qualcuno”²¹⁵, secondo quanto già enunciato negli ormai risalenti ma sempre importanti lavori di Robert Denicola e Melville Nimmer, nei quali si insiste sulla natura già autosufficiente del *copyright* a garantire la libera espressione²¹⁶.

Le due teorie fondamentali sul rapporto fra diritti della proprietà intellettuale e diritti del Primo Emendamento sono quella della dicotomia “idea/espressione” e quella “dell'uso corretto” (“*fair use*”). Secondo la prima, “solo l'espressione può ricevere il diritto d'autore, non l'idea, il procedimento, o gli altri principi generali che sottintendono l'espressione”²¹⁷. Di solito, il Primo

materiale osceno all'interno della propria casa. In quest'occasione la Corte unisce alla garanzia “assoluta” del Primo Emendamento sulla libertà di pensiero il diritto alla privacy. Essa accetta il punto di vista di Stanley, che faceva valere la libertà “di soddisfare i suoi bisogni intellettuali ed emotivi nel privato della propria casa”. Una disposizione che punisce un tale comportamento, dichiarò Marshall, è “del tutto incompatibile con la filosofia del Primo Emendamento”: “la nostra intera eredità costituzionale si ribella al pensiero di dare al governo il potere di controllare le menti degli uomini”. La stessa dottrina si trova tre anni dopo, appunto, in *Mosley*, dove si nega al governo il diritto di controllare il pensiero od il suo contenuto: v. STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 656.

²¹⁰ DEREK Goff, *New Life in the First Amendment: Funeral Protest Statutes After Mc Cullen v. Coakley*, in *Dartmouth Law Journal*, vol. 14, 1, 2016, 4-37.

²¹¹ L'autrice che più si dedica a questa intricata ma importantissima sezione della libertà di espressione, in contatto con il Diritto commerciale, è REBECCA TUSHNET. Di essa si possono citare, fra i numerosi articoli che coprono diversi aspetti del citato incontro/scontro, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright has in Common with Anti-pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, in *Boston College Law Review*, vol. 42, 2000, 1-79; *Trademark Law as Commercial Speech Regulation*, in *South Carolina Law Review*, n. 58, 2007, 737-756; *The First Amendment Walks into a Bar: Trademark Registration and Free Speech*, in *Notre Dame Law Review*, n. 92, vol. 1, 2016, 381-425.

²¹² REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 1.

²¹³ GARY GOODPASTER, *Equality and Free Speech: The Case Against Substantive Equality*, in *Iowa Law Review*, n. 82, 1997, 674.

²¹⁴ Si veda, ad esempio, *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 758 (9th Cih 1978) (“Il motivo addotto dal ricorrente sul Primo Emendamento può essere rigettato senza una lunga discussione”).

²¹⁵ REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 6.

²¹⁶ ROBERT DENICOLA, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, in *California Law Review*, n. 67, 1979, 283, 289-99; MELVILLE B. NIMMER, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, in *UCLA Law Review*, n. 17, 1970, 1180, 1190.

²¹⁷ REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 7.

Emendamento protegge non solamente l'espressione originale di chi l'ha creata, ma anche quella di chi la ripete, di chi l'ha "copiata": "il discorso non è garantito solo per la persona bene istruita, con i dizionari sulla punta delle dita, o al creativo"²¹⁸, ma anche a chi ripete un discorso non suo.

Per quello che riguarda il "fair use", il "Copyright Use" del 1976 codificò quanto definito in precedenza dalle Corti, che consiste in quattro motivi per i quali esso può essere invocato: la natura del lavoro copiato, la finalità e la natura dell'uso, incluso se sia o non sia commerciale, la misura e la sostanza dell'uso che si fa della parte copiata in relazione all'intero lavoro, e le conseguenze di questo sul mercato²¹⁹. Il criterio del "fair use" è peraltro molto vago²²⁰, ed è servito a proteggere di più con il diritto d'autore i lavori di fantasia piuttosto che quelli legati a fatti concreti, in chiara osservanza della teoria di Meiklejohn che privilegia il dibattito che irrobustisce e nutre la democrazia²²¹. Il "fair use" favorisce anche la critica e la parodia²²², come si è visto nel caso *Falwell*, nel quale la società Campari, il cui spot originale era stato oggetto della feroce parodia di Larry Flynt, non si era attivata in difesa dei propri interessi.

Un argomento molto forte, spesso invocato dai ricorrenti, che renderebbe vani i ragionamenti "sull'idea/espressione" ed il *fair use*, consiste nel ridurre il discorso a mera proprietà²²³. Il fatto che ogni interesse possa essere riconcettualizzato come un interesse legato alla proprietà pone molti problemi rispetto alle teorie del Primo Emendamento²²⁴. Come non si può usare il Primo Emendamento per diminuire i diritti del *copyright*, così parallelamente non si può invocare quest'ultimo per svilire la libertà di espressione. Occorre un'analisi caso per caso sulla base dei molti principi già analizzati sul *free speech* temperati da uno stretto scrutinio dei principi del *copyright*.

L'idea di base, sostenuta dalla dottrina dominante²²⁵, è quella che il *copyright* è utile, attraverso la regolamentazione, a propagare la libertà di espressione. Come stabilisce la sentenza della Corte Suprema *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, del 1985, "I Costituenti concepirono il diritto d'autore come motore della libera espressione. Stabilendo un diritto di mercato per usare l'espressione di qualcuno, il diritto d'autore fornisce l'incentivo economico per creare e disseminare le idee"²²⁶. La teoria del "motore della libera espressione" comporta che entrambe le parti ricevano protezione dal Primo Emendamento: sia l'attore, che vigila sul corretto uso della sua produzione intellettuale, che del convenuto, che fa invece valere il suo diritto ad essere informato²²⁷. Contro le pretese degli assolutisti del Primo Emendamento, Rebecca Tushnet ricorda che sono molti i limiti posti ad esso da altri principi (come per lo *hate speech*), che non sono quelli del *copyright*, che dunque non è una "anomalia costituzionale"²²⁸.

Un caso emblematico sul *trademark* è *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. U.S. Olympic Committee ("SFAA")* del 1987²²⁹: con esso la Corte confermò una legge che conferiva al Comitato Olimpico degli USA l'autorità di sopprimere l'uso non autorizzato, commerciale o non commerciale,

²¹⁸ *Ibidem*, 16. Però la stessa sottolinea, 49, che "il *copyright* favorisce l'espressione che assomiglia al genio creativo: più lontano un autore va da quello che è stato fatto prima, maggiore protezione otterrà". È giustificato dunque il *favor* per la creazione, per l'originalità.

²¹⁹ *Ibidem*, 22.

²²⁰ V. PIERRE N. LEVAL, *Toward a Fair Use Standard*, in *Harvard Law Review*, n.103, 1990, 1105-1107.

²²¹ V. *supra*, nota 96.

²²² REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 26.

²²³ V. JULIE E. COHEN, *A Right To Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, in *Connecticut Law Review*, n. 28, 1996, 981 e ss.

²²⁴ EUGENE VOLOKH - BRETT MCDONNELL, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, in *Duke Law Journal*, n. 48, 1998, 147.

²²⁵ Ma si veda la brillante opposta teoria di MICHELE BOLDRIN – DAVID K. LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, Bari, Laterza, 2012 (originale *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, 2010), il cui sottotitolo già spiega la radicale posizione degli autori: "Copyright e brevetti costituiscono un male inutile perché non generano maggiore innovazione ma solo ostacoli alla diffusione di nuove idee".

²²⁶ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* U.S. 539, 558 (1985).

²²⁷ REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 37.

²²⁸ *Ibidem*, 37 e ss.

²²⁹ *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. U.S. Olympic Committee ("SFAA")* U.S. 483 U.S. (1987).

ma “promozionale”, di simboli “Olimpici”, superando gli obblighi della legge sui marchi. Ancor più oggi, alla luce di quanto stabilito da *Alvarez*, Rebecca Tushnet trova inspiegabile la decisione, dato che trattava la legge come “*content neutral*” quando invece si riferiva a simboli specifici²³⁰. Vi sarebbe dunque una giurisprudenza “zombie” sul Primo Emendamento, entro la quale “il discorso, i soldi, e l’elaborazione delle informazioni sono equivalenti, ed il discorso che promuove gli interessi economici riceve la protezione più forte di tutte”²³¹. La questione è legata a quello che è stato definito “l’opportuno e l’espansionismo del Primo Emendamento” che è spesso invocato per giustificare pretese di attori della più svariata natura, fra i quali “attori porno, artisti del tatuaggio, condannati all’esecuzione capitale, ed interessi aziendali che vanno dal piccolo laboratorio fotografico ai sindacati dei commercianti di carne alle manifatture tabacchi alle compagnie farmaceutiche”²³².

Uno dei casi più recenti decisi dalla Corte Suprema è *Matal v. Tam*, del 20 giugno 2017²³³, che dichiara incostituzionale alcune disposizioni dello *Lanham Act*, del 1946, che regola il *trademark*, ponendo alcuni limiti alla scelta di denominazioni, come quelle dispregiative. Il caso nasce dal gruppo rock, composto da cittadini statunitensi di origine asiatica *The Slants*, termine dispregiativo per gli asiatici (“*slanty eyed*”, “persona dagli occhi obliqui”), che fu rifiutato per la registrazione dallo *U.S. Patent and Trademark Office (PTO)*. Il leader del gruppo, Simon Tam, fece ricorso contro la decisione e la Corte Suprema, nel citato caso, con la relazione di maggioranza di Samuel Alito, ha dato ragione al ricorrente, dichiarando incostituzionale la “*disparaging provision*” del *Lanham Act*, la quale è considerata troppo generica e dunque colpisce anche marchi che non possono essere sospettati di portare disprezzo verso persone, gruppi od istituzioni. La sentenza risolve anche la questione della minore protezione di cui godrebbe il discorso commerciale, sostenendo che “il mercato commerciale è ben equipaggiato di mercanzie che disprezzano prominenti persone o gruppi”, e del resto “il confine fra discorso commerciale e non commerciale non è sempre chiaro, come questo caso illustra”²³⁴.

Nell’ultimo caso citato la Corte Suprema ha privilegiato il diritto di espressione sul preteso diritto di non vedere lesa la propria dignità con un epiteto razzista. Può aver avuto un certo peso il fatto che si trattava di un’ironia (simile dunque alla satira) rivolta verso se stessi, essendo Tam e gli altri componenti della band asiatici²³⁵. L’intenzione dell’uso del termine incriminato era quello di “riscattare” l’offesa, annullandone quindi la portata razzista e discriminatoria. Rileva comunque il fatto che le leggi sulla proprietà intellettuale riescono a frenare il Primo Emendamento solo quando toccano interessi economici precisi, il che non era il caso di *Matal v. Tam*. In genere, “una volta che una regolamentazione economica è esposta al moderno Primo Emendamento, questa regolamentazione può avere delle difficoltà a sopravvivere, non importa quanto sia sensibile”²³⁶.

Il discorso sui punti irrisolti del Primo Emendamento sarà ripreso nel paragrafo su Internet, relativo sia agli USA che alla Francia, ed in sede di conclusioni. I prossimi paragrafi riguardano l’altro storico ed importante ordinamento scelto per questo saggio, la Francia.

7. La libertà di satira e di espressione in Francia. Le basi storiche.

²³⁰ REBECCA TUSHNET, *The First Amendment Walks into a Bar*, cit., 385.

²³¹ JULIE E. COHEN, *The Zombie First Amendment*, in *William and Mary Law Review*, n. 56, issue 4, 2014/2015, 1120.

²³² LESLIE KENDRICK, *First Amendment Expansionism*, in in *William and Mary Law Review*, n. 56, issue 4, 2014/2015, 1200.

²³³ *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017).

²³⁴ *Matal v. Tam*, 582 U.S. 20 (2017).

²³⁵ Un noto caso riguarda la squadra di football di Washington, che ha dovuto eliminare il suo storico nome “Redskins” perché ritenuto offensivo nei confronti dei Nativi Americani, in seguito ad una decisione del *Trademark Trial and Appeal Board (TTAB)* dello *United States Patent and Trademark Office (USPTO)* del 2014.. Secondo alcuni osservatori il precedente di *Tam v. Matal* potrebbe avere influenza sulla questione “Redskins”, permettendo la reintegrazione del nome ritenuto *disparaging*

²³⁶ REBECCA TUSHNET, *The First Amendment Walks into a Bar*, cit., 424.

L'argomento della libertà di satira, e *amplius* della libertà di espressione, è da secoli centrale in Francia²³⁷, patria di Cartesio, di Voltaire, ma anche dei re taumaturghi e cristiani²³⁸, delle leggi repressive dell'*Ancien Régime* e della codificazione napoleonica, punto di approdo delle idee illuministe e della Rivoluzione francese. L'assassinio dei dodici caricaturisti e collaboratori della rivista satirica *Charlie Hebdo* avvenuto il 7 gennaio 2015, che si iscrive in una scia di attentati che hanno avuto il loro culmine al *Bataclan* di Parigi il 13 novembre 2015 ed a Nizza sulla *Promenade des Anglais* il 14 luglio 2016, sono l'inevitabile sfondo con il quale anche il giurista deve confrontarsi.

Trattare del diritto alla satira in Francia comporta quindi, oltre che analizzare in generale la libertà di espressione, collegarla a questioni fondamentali come la laicità dello Stato ed il rapporto con la religione²³⁹, il discorso razzista, oltre che alle problematiche relative alla proprietà intellettuale ed al tema ineludibile della lotta al terrorismo. È soprattutto la giurisprudenza che compie la necessaria operazione di contemperamento dei diversi interessi, dunque anche nel paese dell'esaltazione del potere legislativo di fronte agli altri poteri essa riveste un ruolo centrale: questo non deve stupire, ma dimostra come, nel caso di una materia trasversale, che tocca vari aspetti, fra l'altro sia di diritto privato che di diritto pubblico, non possa che competere al giudice la parola decisiva. In una società dove si mescolano delle persone di origini e religioni molto diverse, con dei conflitti fra le comunità ed all'interno di esse, “è molto difficile per il giudice tracciare i limiti del diritto allo humour in materia di reati legati alla razza”²⁴⁰.

Ferma restando la sempre maggiore rilevanza della giurisprudenza in Francia, conviene iniziare l'analisi dell'argomento della libertà di satira e di espressione dalle fonti normative di essa. La libertà di espressione in Francia è solennemente stabilita dall'art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che fanno parte del blocco di costituzionalità, non esistendo nella Costituzione francese del 1958, come pure in quella della Quarta Repubblica del 1946, alcuna sezione specifica riguardante i diritti e le libertà fondamentali. Questo particolare non comporta particolari conseguenze sul lato pratico in confronto ad altri ordinamenti la cui disciplina dei diritti fondamentali è iscritta negli (di solito primi) articoli del testo costituzionale, atteggiandosi nello stesso modo: vale a dire una scelta di porre al centro una libertà che è spia della più o meno raggiunta maturità di un sistema democratico. Se però il nucleo duro della libertà di espressione è simile in tutti i paesi di tradizione occidentale (ed ancor più in quelli che aderiscono alla CEDU), vi sono delle differenze che contraddicono il processo di uniformizzazione dei diritti dell'uomo, anche in Europa²⁴¹. Francia e USA, pur partecipando della stessa tradizione giuridica democratica (pur declinata secondo le diverse strade della *Civil Law* e della *Common Law*), ed anche di una parallela vicenda rivoluzionaria, hanno alcune importanti differenze, che riflettono un atteggiamento diverso nei confronti del sentimento religioso, che influisce sull'ampiezza del diritto alla satira, un po' meno intoccabile negli USA che in Francia.

L'art. 10 della Dichiarazione recita che “Nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la manifestazione di esse non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla Legge”. Per quel che riguarda in particolare la satira, prima della svolta data dalla Rivoluzione con la citata norma sulla libertà di espressione, vigeva nella Francia dell'assolutismo monarchico un regime di sfavore, come è naturale; l'ordinanza di Carlo IX del 1563 prevedeva che l'autore di ogni disegno pubblicato non

²³⁷ FREDERIC GRAS, *La tradition française des caricatures*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, n. 55, 2015, 17-27.

²³⁸ MARC BLOCH, *I Re taumaturghi*, Torino, Einaudi, 2016 (originale *Les Rois thaumaturges*, Paris, Gallimard, 1924).

²³⁹ La blasfemia, una volta etichettata come peccato, oggi è reato solo in casi estremi: Jacques de Saint-Victor, *Blasphème. Brève histoire d'un "crime imaginaire"*, Paris, Gallimard, 2016.

²⁴⁰ ANNE MARIE SAUTERAUD, *Racisme et humour*, in *Legicom. Y a-t-il des abus licites de la liberté d'expression*, n. 54, 2015, 43.

²⁴¹ Già prima della Brexit vi era la tendenza nello UK, negli ultimi anni, di basare la protezione dei diritti fondamentali insistendo sulla *Common Law* piuttosto che sulla giurisprudenza della CEDU: per questo fenomeno riferito alla Scozia v. GIOVANNI POGGESCHI, *I diritti fondamentali in Scozia fra lo Human Rights Act e lo Scotland Act: cosa cambierà nella Scozia post-referendaria?*, in ALESSANDRO TORRE (a cura di), *Il Regno è ancora unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Rimini, Maggioli, 2016, 451-463.

sottoposto all'approvazione reale dovesse essere condannato ad essere “impiccato e strangolato”²⁴².

La caricatura (in francese *caricature*, parola che deriva dalla corrispondente italiana, a sua volta procedente dal verbo “caricare”²⁴³) fu definita in Francia più di un secolo fa da Henri Fougerol come “la riproduzione grottesca di una fisionomia da parte delle arti figurative”, e lo stesso autore si sentiva in dovere di aggiungere che “la legge è una persona austera, che non conosce i privilegi del ridere”²⁴⁴.

La legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa segna un altro momento fondamentale nella storia del diritto francese e della libertà di espressione in particolare. La realtà mostra che, nonostante queste due fonti in teoria favorevoli alla libertà di satira, molti sono stati gli ostacoli per il pieno esercizio di essa, sia prima della promulgazione della legge del 1881 che con essa vigente. Il faticoso percorso verso il rispetto della libertà di espressione e del diritto di satira trovava ostacoli non solo in una concezione illiberale della legge, ma anche in principi che promanavano da una concezione particolare delle idee liberali, come quella del diritto all'immagine, espressione di un diritto della personalità. Così una sentenza del Tribunale della Senna del 20 giugno 1884 dichiarava che “ognuno ha il diritto di impedire la pubblicazione del suo ritratto anche se questo è stato fatto disegnando i connotati senza intenzione malevola, per il solo fatto che non è stata ottenuto il permesso preventivo”²⁴⁵. La tolleranza verso la libertà di satira e di caricatura è nel tempo prevalsa, ma in molti casi nei quali l'immagine riveste un valore commerciale, le limitazioni all'attività dell'umorista/caricaturista permangono²⁴⁶.

Alexandre Dumas fu protagonista di un caso nel 1884. Il celebre scrittore si opponeva all'esibizione di un quadro che lo raffigurava con evidente mostra di antisemitismo. Si trattava di una presa in giro del fatto che Dumas, dopo aver incaricato il pittore Jacquet di fare il suo ritratto, lo rivendette subito dopo. Per ripicca il pittore lo ritrasse vestito da ebreo di Bagdad, sottolineandone così, secondo l'immagine spregevole dell'ebreo attaccato ai soldi (alla quale non fu estraneo neanche William Shakespeare nel *Mercante di Venezia*), l'aspetto meschino e venale. Il Tribunale della Senna²⁴⁷, tralasciando che la rappresentazione offensiva poteva costituire un innocente scherzo²⁴⁸, ritenne che “la persona che un pittore ritrae in un quadro ha il diritto di protestare, anche se si è servito dei suoi connotati senza alcuna intenzione malevola, solo perché non è stata ottenuta la sua autorizzazione: tanto più è così quando l'artista ha manifestamente ceduto ad un pensiero denigratorio; specialmente colui che è stato rappresentato con il titolo di *Marchand juif* (mercante ebreo), vestito di un caffettano e che gestisce un bazar orientale, può impedire che il quadro non sia destinato ad essere pubblico”. Un punto di vista dottrinale di quasi due decenni dopo sembra completare il riportato ragionamento, in chiave più moderna e rispettosa del diritto di satira: “Se si riconosce a ciascuno di noi un diritto alla sua immagine, è perché è di interesse generale salvaguardare l'onore e la dignità della persona umana, e che solo l'interessato è in grado di apprezzare a quali condizioni egli intende sottostare al pubblico giudizio; ma queste ragioni non valgono più quando lo stesso modello ha alienato, in qualche modo, la sua personalità a profitto di quello stesso pubblico. Funziona così principalmente per i notabili pubblici e gli artisti drammatici. Queste persone hanno per così dire due vite ben distinte: una privata e una pubblica. Quale sia la notorietà della loro vita privata, questa deve essere rispettata come quella di ogni cittadino, poiché al di fuori dell'esercizio delle loro funzioni, il pubblico non ha alcun diritto di controllo su di essa”²⁴⁹.

Già nel 1900 Gairal scriveva che non dovevano prestare il consenso alla riproduzione della loro immagine le personalità che a causa della loro condizione rivestivano un ruolo pubblico e rilevante;

²⁴² FREDERIC GRAS, *La tradition française de protection des caricatures*, cit., 19.

²⁴³ *Ibidem*, 18, il che significa che essa “è una carica: E come ogni carica, essa comporta delle vittime, la qual cosa pone immediatamente nel terreno del diritto la questione della riparazione, secondo il principio classico del diritto civile”.

²⁴⁴ HENRI FOUGEROL, *La Figure humaine et le Droit*, Paris, Rousseau, 1913, rispettivamente 137 e 146.

²⁴⁵ Tratto da *ibidem*, 21.

²⁴⁶ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 241 e ss.

²⁴⁷ Civ. Seine, 20 juin 1884, *Ann. ProInd.*, 1888, 280.

²⁴⁸ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 359.

²⁴⁹ *Ibidem*, 359-360, il quale, alla nota 18 di 360 cita alcune sentenze che si erano espresse in parte nel senso indicato, dal 1858 al 1905.

così per gli uomini politici, i sovrani ed i capi di Stato²⁵⁰.

La giurisprudenza si è poi nel corso dello scorso secolo espressa in varie occasioni sul diritto alla satira, assumendo posizioni anche contraddittorie. Soprattutto sino alla sentenza del luglio 2000 della Corte di Cassazione, che sarà analizzata in seguito, essa si è mostrata abbastanza restrittiva relativamente al suo esercizio. In particolare la stessa Cassazione aveva espresso, prima della citata sentenza, un'interpretazione restrittiva, mentre più spesso erano state le giurisdizioni di merito a mostrare un atteggiamento più aperto.

8. Il diritto di satira nella Quarta e Quinta Repubblica sino ad oggi. L'influenza della giurisprudenza della CEDU. *Charlie Hebdo* ed il terrorismo islamico.

Un limite alla libertà di espressione in Francia è dato dall'art. 1382 del Codice civile, relativo al danno civile. In seguito alla riforma del novembre 2016 adesso è l'art. 1240. È questo uno dei temi centrali che merita attenzione in quest'articolo. L'articolo che disciplina la questione del *neminem laedere*, statuisce che “qualsiasi fatto umano, che causi un danno ad altri, obbliga colui che ha la colpa di questo fatto, a riparare quel danno” («*tout fait quelconque de l'homme, qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*»). Gli interpreti, sia dottrinali che giurisprudenziali, sono divisi sin dagli anni trenta fra chi propone una definizione limitata degli abusi del diritto di espressione, che necessita di una norma speciale, e chi invece ritiene che “la responsabilità civile ha vocazione ad essere applicata in tutte le materie, compreso l'ambito dell'espressione pubblica, il che permetterebbe al giudice di emanare delle norme di comportamento e di definire lui stesso gli abusi suscettibili di caratterizzare gli illeciti”²⁵¹. Il dibattito tocca anche la problematica della natura sostitutiva od invece meramente integrativa dell'art. 1382²⁵².

Nel 1992, la Corte d'Appello di Parigi stabiliva che, trattandosi di un giornale satirico il cui scopo è divertire i lettori, “l'insolenza e lo scherno che usa per riuscire a ciò (il divertimento, n.d.a.) non possono permettere l'applicazione dell'articolo 1382 del Codice Civile che quando il superamento di questo limite costituisce un abuso tale da danneggiare i diritti fondamentali della persona colpita”²⁵³. Vi sarebbe dunque “una certa benevolenza del giudice che sa riconoscere la legittimità del fine perseguito dal buffone (il suo ruolo sociale)”²⁵⁴.

Nel citato caso la principessa Carolina di Monaco era stata oggetto di una presa in giro da parte di *Charlie Hebdo* relativamente all'annullamento religioso del suo matrimonio, espressa con una salace vignetta, che raffigurava cinque prelati che osservavano con concupiscenza il sesso deforme ed ostentato della donna sdraiata su di un letto medico. Il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi (d'ora in avanti *TGI*), che si trovò a decidere su una denuncia per diffamazione ed ingiuria, sottolinea il “carattere inverosimile e che esclude il tono serio del disegno [...], troppo fantasioso per presentare una credibilità sufficiente e dunque recare oltraggio alla ricorrente”. Dunque la vignetta “non eccede i limiti tollerati in materia; l'indecenza volgarmente provocatrice e l'irriverenza sarcastica con la quale *Charlie Hebdo* ha trattato un argomento che faceva parte dell'attualità del momento su un tono e con uno stile sul cui buon gusto l'apprezzamento di ognuno resta libero, non possono essere percepiti senza tener conto della vocazione apertamente satirica ed umoristica di questa rivista, che permette delle esagerazioni, delle deformazioni e delle presentazioni gravemente ironiche”²⁵⁵.

L'umorista ha dunque un'ampia libertà, non è tenuto a rispettare la verità dei semplici avvenimenti, e questo è tipico della sua stessa missione; deve solamente conformarsi alle “leggi

²⁵⁰ Tratto da BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 361-362.

²⁵¹ CHRISTOPHE BIGOT, *Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression: l'impasse de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 60.

²⁵² *Ibidem*, dove alla nota 1 si citano i numerosi lavori della dottrina che toccano i due diversi punti menzionati, ed anche il conseguente dibattito sulla natura sostitutiva od invece solamente integrativa dell'art. 1382.

²⁵³ CA Paris, 1ere ch. A, 18 février 1992, *D.* 1992, IR, 141.

²⁵⁴ EMMANUEL DREYER, *Responsabilité civile et pénale des médias*, Paris, Litec, 2eme ed., 2008, 276.

²⁵⁵ TGI Paris, 3 mars 1993, *Légipresse*, 1994, n° 108, II, 10.

speciali della materia (*lois du genre*) od alle consuetudini oneste, ai principi generalmente ammessi dall'opinione o dagli usi professionali". *A contrario*, al non umorista di professione è riconosciuto un margine di satira meno ampio.

In una decisione di diritto penale, la 17^a camera correzionale del TGI di Parigi, nel 1992²⁵⁶, riconobbe che l'umorismo costituisce una causa di giustificazione fino a riconoscere, "a favore degli umoristi e dei 'buffoni', [...] un diritto al non rispetto ed all'insolenza"²⁵⁷. Il TGI sottolinea alcuni punti utili ai fini dell'assoluzione del comico: fra questi il principio per cui l'analisi deve basarsi sull'insieme del discorso sospettato di costituire un reato, non solo su uno o singoli elementi di esso.

Dopo aver stabilito che non sussiste in teoria alcuna immunità prevista a favore degli umoristi o dei buffoni, il TGI si sente in dovere di aggiungere che esiste però "una reale tolleranza, decretata dall'uso, che deve condurre il giudice a conciliare la più ampia libertà di espressione con i diritti della personalità, in particolare il diritto all'onore ed alla considerazione delle persone considerate". Si può dunque rivendicare ed ammettere "l'esercizio di un diritto al non rispetto ed all'insolenza, in particolare in materia politica, soprattutto nelle società più democratiche ed evolute". Se dunque "non si devono ammettere, con la giustificazione della tolleranza riconosciuta, violazioni alla vita privata delle persone implicate o un'azione di denigrazione condotta per dei fini personali o partigiani, non si può, invece, esigere dall'umorista la prudenza nell'espressione del suo pensiero o l'oggettività nella sua condotta; l'eccesso è tipico della legge speciale della materia (*loi du genre*), e l'artista non è tenuto alla stessa attenzione per l'informazione esatta e di rispetto della verità alla quale è tenuto il giornalista".

Anche le giurisdizioni civili di merito, in vari casi, hanno sostenuto simili argomentazioni, ammettendo che "la satira, anche quella deliberatamente provocante e volgare, non deve essere sanzionata che in caso di minaccia ai diritti fondamentali delle persone"²⁵⁸.

I punti fermi della citata giurisprudenza francese di merito degli anni ottanta e novanta sono dunque i seguenti: innanzitutto il tono umoristico e l'intenzione di far ridere non escludono il possibile il carattere diffamatorio di una vignetta, di uno scritto o di un'espressione verbale (si pensi al mezzo radiofonico o televisivo). In secondo luogo bisogna invece considerare che l'umorista beneficia di una più ampia tolleranza rispetto agli altri per il solo fatto di volere far ridere (ma il problema si pone oggi per l'uso della rete: il semplice utente di Twitter che non è umorista di professione può invocare questa maggiore tolleranza per un *tweet* comico? Senza considerare la complicata questione di cosa debba e possa essere qualificato come comico). Infine un punto fondamentale risiede nel limite dell'intenzione malevola, nella minaccia alla vita privata o nella denigrazione condotta per dei fini personali o partigiani²⁵⁹.

La citata giurisprudenza, piuttosto favorevole alla libertà di satira, pur con gli ovvi e ragionevoli limiti indicati, si scontra invece con l'interpretazione restrittiva della *Cour de Cassation*, peraltro molto esplicita nel caso in cui ci si trovi di fronte al carattere commerciale dello sfruttamento di una caricatura, il che fa scrivere ad un commentatore che "la caricatura, come altre forme di espressione umoristica, fatica a trovare un regime giuridico chiaro e non riesce ad uscire da un giudizio puramente espresso caso per caso"²⁶⁰.

²⁵⁶ Corr. Paris (17^{ème} ch.), 9 janvier 1992, *Gaz. Pal.*, 15-16-17 mars 1992, jurispr., 185.

²⁵⁷ Riferisce BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 221, che il caso di specie riguardava dichiarazioni fatte dal comico Guy Bedos, intervistato dal giornalista Pierre Elkabbach a proposito della coalizione occidentale organizzata per combattere il dittatore dell'Irak Saddam Hussein, il quale "adesso è il diavolo, ma lo era tutto comunque anche prima ... e sembra che abbia dato soldi a parecchia gente, compreso il *Front National*". Sentendosi diffamato, il segretario del *Front National* Jean-Marie Le Pen denunciò il comico intimandogli di fornire le prove di quanto asserito. Il TGI, pur ammettendo il carattere diffamatorio delle dichiarazioni di Guy Bedos, dichiara che queste si iscrivono "nel quadro dell'esercizio normale da parte dell'accusato del suo mestiere di intrattenitore, e del suo talento di umorista", con la conseguenza che esse non superano i limiti ragionevoli della libertà di espressione di quello.

²⁵⁸ *Ibidem*, 225, dove vengono anche elencate alcune delle sentenze civili con le argomentazioni richiamate (riassunte) nel testo.

²⁵⁹ *Ibidem*, 225.

²⁶⁰ CHRISTOPHE BIGOT, *observation sous Cassation, fr.* (1^{ère} chambre civile), 13 janvier 1998, *D*, 1999, somm., 168.

Anche la giurisprudenza della Cassazione relativa alla satira fatta per mezzo di marionette era restrittiva. Il caso di specie più noto fu quello, accaduto nel 1984, quando nel corso del *Bébête Show*, un uomo politico facilmente individuabile come Jean-Marie Le Pen, era ritratto in guisa di vampiro con i baffetti di Hitler, e con un marcato accento tedesco, con il nome di *Frankenpen*. Il TGI di Parigi, dopo aver premesso che se “la caricatura, manifestazione della libertà e della critica, autorizza un autore a forzare i tratti e ad alterare la personalità di colui che essa rappresenta, ciò è a condizione di non oltrepassare il genere satirico, dovendo tuttavia la tolleranza accordata alla satira restare entro certi limiti”²⁶¹. Questo è quello che accade nel caso di specie, essendo la marionetta associata al nazismo e dunque espressione di un intollerabile turbamento. La Corte d'appello di Parigi conferma l'ordinanza, aggiungendo motivazioni ancora più severe: essa considera che “l'insieme che deriva dall'immagine tradizionale di un nemico del popolo francese e dall'immagine di un rappresentante eletto dello stesso popolo fatta con l'utilizzo di una marionetta in una trasmissione televisiva di carattere satirico, non trova il minimo accenno o apparenza di giustificazione nelle origini, nella vita, nelle posizioni o nelle idee politiche della persona considerata; si tratta evidentemente non di una caricatura – deformazione grottesca ed esagerata ma lecita di alcuni tratti ridicoli o sgradevoli di un individuo –, ma piuttosto di un'esagerazione deliberata; il turbamento manifestamente illecito così provocato – con l'intenzione di nuocere e la cattiva fede, nel quadro di una trasmissione programmata per tre mesi al ritmo di sei giorni alla settimana in un'ora di grande ascolto ed utilizzando un servizio nazionale protetto da un monopolio di Stato – causa alla vittima un pregiudizio irreparabile al quale è opportuno mettere urgentemente fine”.

Nel 1989 fu il turno di Canal + ad essere denunciato, per l'indebito utilizzo di uno spot originariamente dedicato ad una banca, che fu poi utilizzato, in chiave ridicola e con un linguaggio volgare, fingendo che lo spot fosse fatto per una banca dello sperma. L'attore professionista dello spot si riteneva leso nella sua sfera morale ed anche patrimoniale, dato che i pubblicitari e gli annunciatori suscettibili di ingaggiarlo avrebbero potuto pensare che si era prestato dietro compenso al descritto cambiamento di pubblicità”. L'argomentazione sembra eccessiva, poiché non era la persona privata dell'attore ad essere oggetto dello spot, ma il personaggio del banchiere che interpretava²⁶². Canal + si vide comunque condannata a versare 100.000 franchi in riparazione del torto subito dall'attore dello spot contraffatto.

In un altro caso del 1991²⁶³ Canal + fu condannata a pagare per danni la scrittrice Françoise Sagan, che si opponeva a che un programma umoristico fosse chiamato *Les mardis de Françoise Sagan*: il TGI dapprima aborda l'argomento dell'umorismo, ricordando che “la caricatura è uno degli aspetti della libertà di espressione riconosciuta in particolare al creatore di una trasmissione televisiva che può alterare la personalità di colui che rappresenta a condizione di non oltrepassare il genere satirico”, e dunque un personaggio pubblico non potrebbe pretendere di vedersi oggetto di derisione a meno che la sua immagine commerciale non ne esca appannata²⁶⁴. Il TGI però compie una virata notevole nel suo ragionamento, concentrandosi sul diritto al nome con le seguenti parole: “il personaggio di un'opera artistica può portare un nome che non sia immaginario a condizione però che quest'utilizzo non comporti per il titolare del nome una confusione dannosa”: di qui la condanna a Canal +. Anche questa decisione sembra eccessiva, attribuendo al nome “un diritto a tal punto così assoluto che il suo uso è sufficiente a causare il risarcimento”²⁶⁵. Viene il dubbio che i Tribunali siano particolarmente sensibili al diritto al nome quando questo comporta un utilizzo commerciale; lo stesso Bernard Mouffe ricorda che, se è vero che “il diritto al nome non prevede espressamente l'eccezione umoristica ..., ci si poneva tuttavia il problema di vedere in quale misura la versione umoristica in questione portava direttamente danno ai diritti della personalità e se questi diritti, come il diritto sui marchi od il diritto commerciale, non dovevano patire la tolleranza tradizionale dell'argomento

²⁶¹ TGI Paris (ref.), 13 septembre 1984, *D.*, 1985, IR, 16.

²⁶² BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 231.

²⁶³ TGI Paris (1ere ch. 1ere sect.), 16 janvier 1991, *Lègipresse*, 1991, 83 et III, 92.

²⁶⁴ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 232.

²⁶⁵ *Ibidem*, 232.

umoristico” (insomma, permettere che l'umorismo svolga la sua funzione, più tollerata che altre espressioni, anche nei casi a forte contenuto economico)²⁶⁶.

Nello scontro con altri valori la libertà di espressione e di satira non esce dunque sempre vittoriosa. In Francia questo accade particolarmente nei confronti del diritto d'autore, sul quale è stata prodotta una giurisprudenza piuttosto copiosa, come negli USA.

Il caso della trasmissione di Canal + *Guignols de l'Info* esemplifica perfettamente la maggiore apertura verso la libertà di satira delle giurisdizioni di merito rispetto alla Corte di Cassazione (prima della già più volte citata sentenza del 12 luglio 2000). Il caso nasce da alcuni finti spot satirici trasmessi nel corso della citata trasmissione, aventi per bersaglio la casa automobilistica *Citroën* ed il suo PDG (amministratore delegato) Jacques Calvet. Il primo *sketch* lo ritrae in panne e soccorso da un automobilista, che fugge terrorizzato una volta che si rende conto che l'uomo soccorso è un giapponese (chiara allusione alle polemiche con le case automobilistiche di quel paese, ed alla relativa concorrenza con esse). Un altro spot al quale Calvet si oppone mostra una sua immagine caricaturale in lattice che reca lo slogan “*La 106 est une petite 205, la 405 est une grosse 205, et la 605 est une grosse merde!*”. Il TGI di Parigi, il 6 aprile 1994, dichiara che la trasmissione, eminentemente umoristica e satirica, non arreca danno agli interessi dell'importante società automobilistica. La Corte d'appello, con sentenza del 14 marzo 1995²⁶⁷, conferma la decisione, rilevando anche la brevità delle sequenze incriminate, stabilisce che nessuno poteva confondersi sulla natura unicamente umoristica della trasmissione, e deduce che, malgrado il suo “tono volontariamente esagerato e sarcastico, quella, la quale non supera i limiti del genere, riveste un carattere di pura fantasia, che esclude ogni pretesa di serietà e non è manifestamente ispirata da alcuna intenzione di nuocere”. Il carattere non reale è tale dunque da non recare danno alla marca *Citroën*. La caricatura, aspetto della libertà di espressione, non è presa sul serio da nessuno per il fatto del suo contenuto eccessivamente e volontariamente irriverente e provocatore; “in questo senso, essa può alterare l'immagine o la personalità di quelli che rappresenta a condizione di non superare i limiti del genere”²⁶⁸.

La seconda camera civile della Corte di Cassazione ignora la descritta interpretazione nella sua sentenza del 2 aprile 1997, stabilendo in primo luogo che “il carattere esagerato, provocatore e reiterato delle frasi in discussione” costituisce una colpa e, d'altra parte, che “l'applicazione dell'art. 1382 del Codice civile non richiede l'esistenza di un'intenzione di nuocere”. Curiosa idea quella secondo la quale la virulenza e la reiterazione, invece di sottolinearne il carattere non realistico, ne aumenti il credito²⁶⁹. La maggioranza degli autori è concorde sull'effetto devastante di questa sentenza, che conferma l'applicazione dell'art. 1382 del *Code Civil*: ogni parodia era passibile di condanna, dato che per natura essa è esagerata e provocatoria, e non importa che la satira abbia un carattere inverosimile. In sede di rinvio, la Corte d'appello di Reims, in udienza solenne, si è rifiutata di seguire l'interpretazione della Corte di Cassazione; da un lato essa distingue la persona del dirigente dall'impresa, ciò che le permette di applicare la giurisprudenza tradizionale in materia di parodia, dall'altro, nell'ottica della questione economica, ammette la possibilità di una parodia sui prodotti commerciali²⁷⁰.

La citata decisione invita a porsi la questione, fondamentale in giurisprudenza, se il diritto di critica e di libera espressione umoristica perdano il loro status privilegiato allorché si scontrino con l'aspetto commerciale. Nel 1992 la Corte d'appello di Parigi definiva il parodista come qualcuno che agiva senza scopo di lucro per il solo piacere di imitare con umorismo, ma è certo che tale carattere non lucrativo è sempre più raro a trovarsi nelle espressioni umoristiche recenti²⁷¹.

La conclusione, *tranchante*, alla quale arriva la Corte di Cassazione nella citata fondamentale sentenza è che “*gli abusi della libertà di espressione previsti e repressi dalla legge del 29 luglio 1881*

²⁶⁶ *Ibidem*, 232.

²⁶⁷ Paris, 14 mars 1995, *D.*, 1996, somm., 252, obs. Izorche; *D.*, 1997, somm., 75, obs. Bigot.

²⁶⁸ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 234.

²⁶⁹ *Ibidem*, 234.

²⁷⁰ Sui dettagli della sentenza v. *ibidem*, 235.

²⁷¹ *Ibidem*, 236.

non possono essere riparati sulla base dell'art. 1382 del Codice Civile". Il principio, che implica la negazione di ogni funzione sostitutiva alla legge sulla stampa, è stato poi ribadito da innumerevoli sentenze successive²⁷².

9. I limiti alla libertà di espressione e di satira posti dal rispetto dei credenti e dal principio dell'ordine pubblico. Laicità, sentimento religioso e libertà di satira.

Non sono molti i casi in cui la libertà di espressione è stata limitata negli ultimi decenni in Francia. La forza della libertà di espressione è di solito considerata maggiore di quella della sacralità del sentimento religioso²⁷³. Nel senso contrario, che sancisce cioè la supremazia del principio della protezione dei credenti, va però il caso del film francese *Ave Maria*, del 1984. Più esattamente oggetto della sentenza del Tribunale di Parigi fu la locandina che lo pubblicizzava, che ritraeva "una giovane donna crocifissa, con i polsi e le caviglie stretti da corde, che mostra ampiamente il proprio seno denudato". Ritenendo che quest'immagine fosse tale da offendere i sentimenti più profondi di tutti coloro che professano la fede cattolica, stimando valida l'accusa di un'associazione cattolica, il Tribunale ordinò il ritiro della locandina²⁷⁴. La Corte d'Appello confermò la decisione con la motivazione che questa "rappresentazione, in queste condizioni di pubblicità in luoghi dove per forza vi è un intenso passaggio (è) un atto di intrusione aggressiva e gratuita nella fede di coloro che, circolando liberamente sulla strada pubblica ... si vedono ... confrontati ad una manifestazione pubblicitaria molto contestabile"²⁷⁵. Ma, con un'importante sentenza del 14 novembre 2006, la prima camera civile della Cassazione cassò senza rinvio la decisione precedente, stimando che "la sola parodia della forma data alla rappresentazione della Cena che non aveva per obiettivo oltraggiare i fedeli della Chiesa cattolica, né di colpirli nella loro convinzione in virtù della loro obbedienza, non costituisce ingiuria od attacco personale e diretto, indirizzato contro un gruppo di persone in ragione della loro appartenenza religiosa". La Cassazione rileva anche che non è l'Ultima Cena ad essere oggetto di attacco, ma la sua parodia, e dunque l'oltraggio è indiretto. È chiaro che secondo quest'impostazione l'attacco ai sentimenti religiosi si riduce a ben poco²⁷⁶. Un punto fondamentale evocato dalla Cassazione, e che sarà confermato anche nel caso delle caricature di Maometto (che saranno fra breve analizzate), è che per essere sanzionato, l'attacco ai sentimenti religiosi deve essere individualizzato, dunque non rientra nella questione *Ave Maria*, per la religione cattolica, e nello stesso caso delle caricature di Maometto, per la religione islamica.

La sentenza, i cui capisaldi saranno peraltro confermati dalla CEDU nella nota sentenza *Otto-Preminger*²⁷⁷, non pone dunque una totale limitazione alla libertà di espressione, perché il film uscì regolarmente nelle sale, ma di una parte di essa, quella che riguarda la pubblicità molto visibile, che tutti devono subire, anche chi può sentirsi offeso dall'immagine di Maria crocifissa e a seno nudo. Si tratta di un ragionevole compromesso fra due principi entrambi degni di protezione, la libertà di espressione ed il rispetto dei credenti, che, a mio avviso, lungi dall'essere in contraddizione con il principio di laicità, lo rispetta pienamente e lo rende reale, non astratto come una concezione "militante" della laicità vorrebbe imporre.

²⁷² CHRISTOPHE BIGOT, *Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression: l'impasse de l'article 1382 du Code Civil*, in *LegiCom*, cit., 60.

²⁷³ EMMANUEL DERIEUX, *Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, n. 55, 2015, 76.

²⁷⁴ TG1 Paris (ord. Réf.), 23 octobre 1984.

²⁷⁵ CA Paris 26 octobre 1984, *Sté Greenwich Film Production c/Association St Pie X et autres*. (come per la nota precedente tratto da EMMANUEL DERIEUX, *Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., 76.

²⁷⁶ THIERRY MASSIS, *La foi et la liberté d'expression*, in *Legicom. Y a-t-il des abus licites de la liberté d'expression?*, n. 54, 2015, 73.

²⁷⁷ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentenza del 20 settembre 1994, n. 13470/87.

Quanto sostenuto (che non trova d'accordo molti autori di vari paesi) non significa che ogni pretesa offesa dei credenti debba comportare una limitazione della libertà di espressione: devono essere bilanciate le diverse esigenze, che saranno inevitabilmente suscettibili di evoluzioni nel corso anche di pochi anni: quello che un credente riteneva offensivo nel 1850, non necessariamente lo è oggi. Quello che rileva è che le sensibilità dei credenti non hanno un peso nullo nella ponderazione dei diversi valori costituzionali in gioco. La stessa CEDU si è attestata su queste posizioni, dando di solito molta importanza ai principi ritenuti fondamentali da ciascun Stato in materia di rapporti fra Stato e religione: infatti “la libertà di pensiero, di coscienza e di religione”, dell'art. 9 CEDU “rappresenta uno dei capisaldi di una 'società democratica’”, e “non è possibile discernere attraverso l'Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società”²⁷⁸.

La veloce evoluzione delle sensibilità rispetto al fenomeno religioso può spiegare il cambiamento della giurisprudenza relativamente al tema della lesione del sentimento religioso che portò nel 1984 al ritiro delle locandine del film *Ave Maria*. La locandina del film *Larry Flynt* di Milos Forman, già menzionato nel paragrafo relativo al caso *Falwell*, ritraeva lo stesso Flynt, coperto da uno slip con le stelle e strisce della bandiera americana, crocefisso in mezzo al ventre di una donna, coperta che da un perizoma. Il Tribunale di Parigi ritiene che la locandina, “anche se può scioccare, (non appare che) costituisca un oltraggio evidente ai sentimenti religiosi dei ricorrenti”²⁷⁹. Si sottolinea che le locandine sembrano entrambe egualmente irrispettose²⁸⁰, ma, a mio avviso, la scritta “diabolicamente vostra”, presente nell'intestazione della locandina di *Ave Maria*, aggiunge un elemento di offesa non indifferente. Più che un'evoluzione della sensibilità in materia registrata dai giudici, in soli 13 anni, si tratta a mio avviso del largo margine di apprezzamento di cui usufruiscono i giudici, anche in Francia, pur considerata il bastione della centralità, direi sacralità (con il rischio di essere blasfemo...), della legge positiva.

Conferma quanto detto il caso del film *Je vous salue, Marie*, di Jean-Luc Godard, uscito nel 1985. Il controverso film del cineasta svizzero, che se presentava certamente alcune scene scioccanti per il credente, era intriso di una certa spiritualità, per così dire pasoliniana, fu oggetto di una richiesta da parte di alcune associazioni cattoliche per il suo ritiro dalle sale o, in via subordinata, la cancellazione delle scene ritenute più scabrose ed offensive. Il Presidente del Tribunale (“*juge des référés*”) e poi la Corte d'appello di Parigi rigettarono la domanda, e ciò veniva confermato dalla Corte di Cassazione, che conferma l'assunto della Corte d'appello secondo cui le minacce al rispetto delle fedi e dei sentimenti religiosi dei membri delle associazioni ricorrenti “non sono portate in modo da costituire un turbamento di eccezionale gravità, tale da giustificare delle misure restrittive della libertà di opinione”²⁸¹. Una identica decisione l'avrebbe adottata la stessa Corte di Cassazione in occasione della prevista trasmissione del film per il canale televisivo Arte nel 1997, con la motivazione che l'orario previsto (le 23.30) e la possibilità di “sfuggire” (virgolettato dell'autore) facilmente alla visione giustificavano la mancata adozione di un provvedimento così grave come quello della cancellazione del programma e dunque del freno alla libertà di espressione²⁸². Altri casi celebri, come quelli di una pubblicità che parodiava l'*Ultima Cena* di Leonardo, il film *Amen* di Costa-Gavras, “*L'ultima tentazione di Cristo*” ed il caso della campagna pubblicitaria contro l'AIDS “*La Nuit de la Sainte Capote*” (“La notte di San Preservativo”) sono tutti esempi, ribaditi dalle Corti, compresa la Cassazione, in cui si ritiene che il sentimento religioso non venga violato²⁸³. Nella maggior parte dei casi, dunque, la libertà di espressione in Francia ha vinto sul principio del rispetto dei credenti.

Un caso importante, che sancisce eccezionalmente il principio del limite alla libertà di

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ TG1 Paris, 20 févr. 1997, *Légipresse*, 1997, III, 49, note MARC-NOEL LOUVET; *Gaz. Pol.* 1997, 328.

²⁸⁰ HENRI LECLERC, *Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, cit., 51.

²⁸¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 juillet 1987, 85-15.044.

²⁸² Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 octobre 1990, 87-16.605.

²⁸³ Per l'analisi di questi casi v. ÉRIC ANDRIEU, *Dieu est partout*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, cit., 68-70.

espressione, è quello che vide protagonista il comico Dieudonné M'bala M'bala (noto semplicemente come Dieudonné). Durante il suo spettacolo allo *Zenith* di Parigi il 28 dicembre 2008, l'attore, che già nel passato si era reso protagonista di scenette a carattere antisemita, invitò sul palco lo storico Robert Faurisson, noto negazionista²⁸⁴. Il comico e lo storico, con decisione del “*Tribunal correctionnel*” il 27 ottobre 2009, vennero dichiarati colpevoli di ingiuria nei confronti di un gruppo di persone in ragione della loro origine o appartenenza ad una razza o ad una religione determinata, nel caso di specie nei confronti di persone di origine o di confessione ebraica²⁸⁵. Il giorno successivo Dieudonné fece ricorso contro la decisione, ma la Corte d'Appello confermò la condanna, senza entrare nel dibattito, sollevato dalla difesa, della mancata lesione della legge del 1881 e rigettando l'argomento della libertà di espressione effettuata attraverso il “*glissage de la quenelle*”, una sorta di gesto dell'ombrello reso ancor più noto dal calciatore francese Nicolas Anelka (di colore come Dieudonné), ritenuto solamente liberatorio e testimone dell'affrancamento dalla schiavitù, ma che, inserito nel contesto verbale e non dello spettacolo, contribuiva all'ingiuria.

Dieudonné aveva collezionato sette condanne definitive, ma anche numerose assoluzioni (sempre adducendo come difesa l'intangibilità della sua libertà di espressione), prima di intraprendere una breve tournée, nel 2014, nelle città di Nantes, Tours e Orléans. Il prefetto del Dipartimento della Loira Atlantica (capoluogo Nantes) aveva annullato lo spettacolo adducendo il motivo che esso “contiene dei messaggi di carattere antisemita che incitano all'odio razziale e fanno, senza riconoscimento della dignità umana, l'apologia delle discriminazioni, persecuzioni e stermini perpetrati nel corso della Seconda guerra mondiale”²⁸⁶.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza del 9 gennaio 2014, confermò il provvedimento prefettizio del 7 gennaio 2014²⁸⁷, ribadendo i timori espressi a proposito della turbativa dell'ordine pubblico che lo spettacolo rischiava di produrre, e sottolineò anch'essa “le gravi minacce al rispetto dei valori e dei principi, in particolare della dignità della persona umana, consacrati dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e dalla tradizione repubblicana”, ricordando altresì che “spetta all'autorità amministrativa prendere le misure per evitare che siano commesse delle infrazioni penali”.

Ma un simile provvedimento del 5 febbraio 2015, emanato dal comune di Cournon d'Auvergne per sospendere lo spettacolo di Dieudonné, fu annullato prima da un'ordinanza del Presidente del Tribunale amministrativo di Clermont-Ferrand, poi, a conferma di questo, rigettando l'appello proposto dal citato Comune, dal Consiglio di Stato, con ordinanza del 6 febbraio 2015²⁸⁸. La suprema giurisdizione amministrativa reputò non abbastanza fondati i timori di minaccia all'ordine pubblico²⁸⁹, dato che lo stesso spettacolo aveva appena avuto luogo in altre località della Francia senza dare luogo a particolari tensioni, e ritenne poco motivata l'ordinanza comunale di divieto dello spettacolo, che fra l'altro si soffermava sul fatto, emotivamente impattante, che una delle vittime dell'attentato di *Charlie Hebdo* del 7 gennaio 2015 era originario proprio della regione dell'Alvernia.

Fu sufficiente modificare in parte il contenuto dello spettacolo, edulcorarlo un po', spogliarlo degli elementi esplicitamente antisemiti, per fare prendere allo stesso Consiglio di Stato, nel giro di poco più di un anno, due decisioni differenti, la prima che avallava la decisione del prefetto di sospendere lo spettacolo e la seconda che invece negava l'annullamento. Ciò conferma che l'esame che i Tribunali conducono al fine di stabilire o meno una limitazione alla libertà di espressione, e di satira, vale caso per caso.

²⁸⁴ Per una cronaca abbastanza dettagliata dello spettacolo v. DAVID LEFRANC, *Dieudonné ou la subversion par l'ambiguïté*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, cit., 131 e ss.

²⁸⁵ *Ibidem*, 132.

²⁸⁶ EMMANUEL DECAUX, *Le modèle français: un équilibre fragile*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ÉLISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, cit., 171.

²⁸⁷ Ordonnance du 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*.

²⁸⁸ Juge des référés, 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*.

²⁸⁹ Critico su questa punto NICOLAS PARIS, *Vers un recentrage de la jurisprudence Dieudonné ?*, Note sous CE Ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne n°387726*, in *Revue générale du droit on line*, n. 2015, numéro 21338.

Emmanuel Decaux sottolinea che il Consiglio costituzionale, in un altro contesto, abbia recepito i principi appena esposti del Consiglio di Stato (soprattutto con riferimento alla decisione del 2014)²⁹⁰, fenomeno giuridicamente discutibile e perlomeno raro, ed il quasi omonimo [nonché collega della stessa Università di Panthéon-Assas (Parigi 2)] Emmanuel Derieux rileva come la dottrina si sia divisa sul carattere di censura preventiva effettuato da un'autorità amministrativa²⁹¹.

Ben più numerosi sono i casi nei quali il diritto di satira e la libertà di espressione si sono imposti sul diritto dei credenti²⁹². Non si tratta però di satira come quella di Charlie Hebdo, ma di raffigurazione della religione in senso dispregiativo, il che dovrebbe garantire un po' meno di libertà, dato che al buffone, proprio perché scherza, ha più mano libera.

Nel caso delle “caricature di Maometto”, pubblicate da *Charlie Hebdo*, il “*Tribunal de grande instance*” di Parigi era stato adito da associazioni che ritenevano che fosse stata messa in atto un'ingiuria dei confronti del profeta. “Sulla base delle precedenti considerazioni, nonostante il carattere scioccante, se non offensivo, di questa caricatura per la sensibilità dei musulmani, il contesto e le circostanze della sua pubblicazione nel giornale *Charlie Hebdo* sembrano escludere ogni volontà esplicita di offendere deliberatamente e gratuitamente l'insieme dei musulmani”²⁹³. Lo stesso giornale satirico era stato assolto in diversi casi relativi alla religione cattolica, e le Corti sono giunte alla stessa conclusione assolutoria.

Da quanto scritto, dovrebbe a questo punto risultare chiaro che ritengo un limite necessario alla libertà di espressione quello relativo all'odio razziale e religioso, che reputo, pur nella loro diversità (in poche parole si può cambiare religione ma non razza²⁹⁴), pienamente equiparabili come abusi della libertà di espressione, in Francia come in USA ed in tutti gli ordinamenti che si vogliono dire democratici e rispettosi dei diritti e delle libertà fondamentali.

10. La satira, il diritto d'autore ed il diritto all'immagine in Francia.

Un certo limite in Francia al diritto di satira è dato dall'applicazione delle leggi sul diritto d'autore. Questo conferma quanto già scritto sulla forza dell'argomento economico nell'ambito della libertà di espressione negli USA. Per inquadrare bene l'analisi sull'argomento è necessario trattare previamente della parodia e delle figure ad essa simili, attraverso le quali si esercita il diritto di satira che si scontra con le norme sul diritto d'autore: queste proteggono la creazione dell'ingegno umano che è appunto, “parodiata”, cioè imitata con intento umoristico ed in maniera eccessiva. Una problematica non troppo dissimile da quello della parodia e pratiche simili (caricatura, *pastiche*), più che nei suoi presupposti nelle conseguenze (possibili limitazioni al diritto di espressione) è quella del diritto all'immagine.

“Perché vi sia parodia, bisogna dunque che l'opera originale sia stata modificata di modo che non vi sia alcuna confusione fra l'opera parodiata e l'opera originale”²⁹⁵. Il processo che ebbe come protagonista il cantante francese Jean Ferrat ed il comico Djamel Debbouze tratta la questione: in un programma televisivo trasmesso negli anni novanta da Canal + il secondo, utilizzando alcuni pezzi (del 1961) della canzone romantica del primo *Deux enfants au soleil*, con il commento aggiunto “Di

²⁹⁰ EMMANUEL DECAUX, *Le modèle français: un équilibre fragile*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ÉLISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, cit., 170 e ss.

²⁹¹ Emmanuel Derieux, *Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., 78.

²⁹² *Ibidem*, per una rassegna di questi casi.

²⁹³ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hebdo*, cit., 26.

²⁹⁴ Uso questo termine ben consapevole della portata polemica che esso comporta. Si sa che dal punto di vista biologico le razze non esistono, ma esiste il razzismo ed in molti ordinamenti, nelle leggi che regolano i rapporti fra esseri umani sulla base del colore della loro pelle si parla di razza, come ad esempio nello UK con la *Race Relations Act*. L'articolo 3 della Costituzione italiana parla di razza, ma per combattere il razzismo, non per esaltarla.

²⁹⁵ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 261, che cita la sentenza del Tribunale di Prima istanza di Bruxelles (Camera 71) del 15 novembre 2006.

canzoni così ne faccio tutti i giorni”, aveva detto “se a lui è andata bene, allora anch'io ho le mie chances”. Ferrat aveva accusato il comico di ledere il suo diritto morale, ed il TGI di Créteil aveva respinto il ricorso con sentenza del 19 settembre 2000, ritenendo lecito l'umorismo di Debbouze, ma la Corte d'appello di Parigi in seguito sosterrà invece, nella sua sentenza di due anni dopo²⁹⁶, che “le digressioni in mezzo ai versi di una canzone, non sprovvisti di una certa derisione, recano necessariamente offesa al diritto morale dell'autore, anche a dispetto della loro vocazione umoristica, e non possono essere aggiunti agli estratti di una canzone senza l'autorizzazione dell'autore”²⁹⁷.

Vi è dunque, tendenzialmente, una precedenza della protezione della concorrenza commerciale sulla parodia: ad esempio il TGI di Parigi giudicò, nel 2000²⁹⁸, che costituiva una contraffazione riprovevole ed un’appropriazione indebita a fini pubblicitari”, e non una semplice parodia, il riutilizzo, da parte di una pubblicità della *Banque Nationale de Paris* di un celebre verso di Jacques Prévert “*J'ai dit bizarre ... comme c'est bizarre*”. Anche un caso del 2001 riguardante il sistema operativo *Linux* riguarda un caso di appropriazione indebita a fini pubblicitari di materiale pubblicato originariamente dalla rivista *Femme*. Il Tribunale ricorda che “la parodia suppone l'intenzione di divertire senza nuocere”. Oltretutto, il Tribunale aggiunge che “la parodia esclude ogni riproduzione integrale o parziale dell'opera originale che non può essere utilizzata come tale. Ora, nel caso di specie sono delle pagine intere della rivista che sono riprodotte”. Quindi “non ci può essere parodia se sussiste un rischio di confusione con l'opera originale”.

Alle stesse conclusioni arriva il TGT di Parigi nel caso *Tintin* del 2004²⁹⁹, che condanna un internauta che aveva creato un sito chiamato “*Tintin Parodies*”, che non può beneficiare dell'eccezione della parodia in quanto “è necessario che la parodia sia frutto di un lavoro di trasferimento o di sovvertimento (dell'originale, *n.d.a.*) e dunque di distanziamento dall'opera oggetto di parodia, di modo che il pubblico non si può confondere sulla portata dei propositi e sull'autore della parodia”. Essendo state pubblicate centinaia di riproduzioni di disegni originali del famoso fumetto belga, non si può certo qualificare la parodia come un lavoro originale. Oltretutto il personaggio di *Tintin* viene stravolto, presentandone le avventure sessuali ed il suo far uso di droghe. Dunque “questi due tipi di adattamento dell'opera – una generatrice di confusione, l'altra che la snatura -, costituiscono dunque un turbamento manifestamente illecito”. Vi è dunque un fattore, oltre l'oltraggio gratuito, che deve essere tenuto in considerazione e che contribuisce a qualificare la parodia come non lecita: quello dell'originalità. Quindi entro certi limiti la creatività aiuta a far sorgere l'eccezione della parodia.

Un *virage* giurisprudenziale molto deciso relativo al diritto d'autore si è avuto con la sentenza della Cassazione del 15 maggio 2015 sul “giusto equilibrio” dei diritti³⁰⁰. Essa riguardava il diritto di autore di un fotografo che riteneva che le sue immagini fossero state impropriamente utilizzate, cioè copiate, da un pittore che le aveva inserite nella sua opera, senza il permesso del primo. Secondo il Codice della proprietà intellettuale la risposta è semplice: ai sensi degli articoli L. 112-3 e L. 113-4 la questione è semplice, si tratta di opere derivate tributarie dei diritti dell'autore originario³⁰¹. La Corte d'appello di Tolosa condannò il pittore, ma la Cassazione ritenne che essa avrebbe dovuto ricercare il “giusto equilibrio”: ma questo in cosa consiste? Si tratta di uno standard utilizzato spesso dalla CEDU e dalla Corte di Giustizia, consistente a mettere sul piatto della bilancia i diritti di entrambe le controparti, in questo caso gli interessi della vittima e dell'autore della contraffazione. Si tratta di un criterio nuovo per la giurisprudenza francese, mutuato, attraverso le giurisdizioni europee, dalla *Common Law*, pragmatica ed indefinita al tempo stesso, su cui si è aperto un dibattito nella dottrina e nella realtà forense della Francia, con posizioni anche (ma non solo) critiche di esso. La

²⁹⁶ Paris, 18 septembre 2002, *D.*, 2002, 3208.

²⁹⁷ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 261.

²⁹⁸ TGI Paris (3eme ch, 1ere sect.), 12 janvier 2000, *Gaz. Pal.*, 2000, somm., 1318.

²⁹⁹ Entrambe le decisioni sono commentate in BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 326-327.

³⁰⁰ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 15 mai 2015, 13-27.391.

³⁰¹ PIERRE-YVES GAUTIER – ALICE PEZARD, *Nouvelle méthode de raisonnement du juge? L'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2015 sur le “juste équilibre” des droits*, in *LegiCom. La liberté d'expression face au défi numérique et sécuritaire*, n. 57, 2016, 7.

libertà di espressione, a differenza che negli USA, di regola non cede davanti ai diritti della proprietà intellettuale, e così si può capire che l'idea secondo la quale essa è più "onnipotente" negli USA che in Francia, per molti versi vera (ad esempio per lo *hate speech*), nei casi dei diritti della proprietà intellettuale è tutt'altro che certa.

La giurisprudenza della sentenza citata non è stata peraltro sempre rispettata: a titolo di esempio possono citarsi due casi. Nel primo, favorevole ad essa, la Corte di Cassazione confermò, nel 2001³⁰², la decisione della *chambre correctionnelle* di Nouméa (Nuova Caledonia), che aveva giudicato sulle accuse di ingiuria e diffamazione rivolte al direttore ed all'editore del quotidiano "*Les Nouvelles Calédoniennes*", in ragione della frase "*raéleins, ça rime avec vaurien*" (raeliani fa rima con mascalzoni; i raeliani sono una specie di setta che crede negli UFO), nell'articolo dal titolo "I raeliani cacciati dalla fiera d'ottobre". La Corte di Nouméa rileva che la frase incriminata compare in una rubrica quotidiana del giornale dedicata alla presa in giro relative a situazioni della vita locale; dunque "il lettore doveva distinguere fra la realtà e gli eccessi giornalistici (*de plume*) che consistono nella legge speciale della satira (*loi du genre satirique*)"³⁰³.

Dal principio di laicità dovrebbe però discendere, oltre che alla libertà di esprimere la critica ai dogmi delle religioni nonché alle pratiche legate ad esse, anche il dovere di rispettare la sensibilità religiosa delle persone, la loro dignità di credenti. Secondo parte della dottrina, il combinato del principio di laicità, ai sensi della legge del 1905, e della libertà di espressione, è tale da vietare la blasfemia come categoria del diritto francese. Il diritto di blasfemia "ha qualche cosa di totalmente contraddittorio con la libertà di espressione"³⁰⁴, in quanto la sua valutazione nasce all'interno di una religione. In un sistema come quello francese che lascia uno spazio molto limitato alla religione nella sfera pubblica ciò può risultare coerente, ma innanzitutto questo non accade in tutto il paese (infatti in Alsazia e Lorena vige una disciplina diversa di rapporti con le religioni), e a mio avviso risente di una concezione "militante" della laicità che nega alla radice qualsiasi rilevanza al fenomeno religioso. Si è visto che quest'atteggiamento, ripeto storicamente giustificato, entra spesso in conflitto con i diritti e le sensibilità di chi crede: se questo tema era stato in gran parte risolto nei confronti di cattolici, protestanti ed ebrei, così non è stato nei confronti dell'Islam. È necessario anche in Francia trovare un punto di incontro fra i valori repubblicani ed i diritti di chi crede, anzi, dato che considero il principio di laicità come comprensivo del rispetto verso i credenti un faro della cultura francese repubblicana, quello che occorre trovare è una coniugazione dei valori repubblicani in senso onnicomprensivo, di chi crede, di chi non crede, di chi fa satira (entro i limiti indicati relativamente all'odio su base razziale o religiosa) facendo uso della libertà di espressione, tenendo conto delle necessità di ordine pubblico e di preservazione della pace sociale, in ultima istanza con la finalità del mantenimento della democrazia³⁰⁵.

11. Le nuove frontiere della libertà di espressione.

Non vi è dubbio che l'avvento di Internet abbia provocato una rivoluzione non solo per quello che riguarda la libertà di espressione, ma anche per il diritto in generale³⁰⁶: basti pensare agli aspetti

³⁰² Cass. fr., 13 février 2001.

³⁰³ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 228.

³⁰⁴ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hebdo*, cit., 27.

³⁰⁵ Si possono forse intendere queste mie parole come un piegarsi alla ragione dell'Islam radicale e quindi del terrorismo islamico. Così non è, ritengo il diritto di chi crede fondamentale per ogni religione (ed anche per chi non crede), anche se è indubbio che l'Islam, per la sua concezione della religione equiparata alla legge, pone delle sfide che le altre religioni non provocano, almeno nella storia degli ultimi decenni.

³⁰⁶ Fra i primissimi autori che hanno colto l'importanza delle nuove tecnologie e del loro impatto sulla sovranità degli Stati, e dunque sull'ordine giuridico mondiale, v. SERGIO ORTINO, *Il nuovo nomos della terra*, Bologna, Il Mulino, 1999; *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010; in sua memoria è il volume collettaneo, a cura di FRANCESCO PALERMO – GIOVANNI POGGESCHI - GÜNTHER RAUTZ – JENS WOELK, *Globalization, Technologies and Legal Revolution. The Impact of Global Changes on Territorial and Cultural Diversities, on Supranational Integration and*

del commercio elettronico e dell'e-banking. La rivoluzione dell'informazione ha come specificità la “capacità di coinvolgere tutti nella vita di tutti, intensificando in misura straordinaria la consapevolezza della responsabilità umana”³⁰⁷. Questa intensificazione comporta una modifica della quantità legata alla libertà di espressione, in motivo della moltiplicazione dei potenziali destinatari del messaggio, e anche dei potenziali “esprimenti”, ma non cambia la natura della libertà in sé, oppure “l'eccezionalità del Primo Emendamento”³⁰⁸ significa una mutazione della natura della libertà di espressione, ha a che vedere dunque anche con la qualità ad essa inerente?

Probabilmente si tratta di un caso in cui il cambiamento quantitativo incide su quello qualitativo, se non sull'essenza del diritto di espressione, sulle modalità che incidono sul suo funzionamento. In questo senso Mark Tushnet suggerisce che i giudici dovranno, una volta che avranno digerito le novità che Internet comporta, semplicemente aggiungere dei ritocchi alla dottrina sul Primo Emendamento³⁰⁹. Comunque “non vi è un approccio uniforme per quel che riguarda la libertà di parola nel contesto di Internet”³¹⁰.

In uno storico caso sulla libertà di espressione, *Kovacs v. Cooper*, del 1949, il giudice Jackson riteneva che “Lo schermo mobile, la radio, il giornale, il volantino il camion con l'altoparlante e l'oratore all'angolo della strada hanno diversi nature, valori, abusi e pericoli. Ognuno di questi, secondo me, è una legge per conto suo”³¹¹.

Jackson sostiene dunque la prima delle teorie sul Primo Emendamento applicato alle nuove tecnologie, quella secondo la quale è consigliabile una certa deferenza alla regolamentazione sperimentale che ogni nuova tecnologia comporta, sino a quando le Corti si sentiranno sicure nell'imporre i doveri derivanti dal Primo Emendamento. La prima strategia, dunque, “spera che emerga saggezza dall'accumulo delle esperienze *all'interno* di ciascuna tecnologia”³¹². Secondo la seconda strategia si possono anche accumulare esperienze *attraverso* le tecnologie: da questa ottica si spiega il fatto che ogni nuova tecnologia impiega non troppo tempo ad adottare le regole del Primo Emendamento senza che siano le regolamentazioni su di essa ad incidere su tale estensione, che comporta un'applicazione più disinvolta della dottrina sul Primo Emendamento di quanto indichi la prima strategia. Così fu per i film, all'inizio considerati estranei al Primo Emendamento, poi presto incorporati nella sua logica³¹³. Non vi è dubbio comunque, che nella definizione dei casi concreti da parte delle Corti, vi siano reati che su Internet assumono una veste diversa, in teoria meno immediatamente minacciosa che nella vita reale: così è ad esempio per il reato di *stalking*³¹⁴. Non è questa la sede per approfondire quest'aspetto tutto sommato parziale (anche se con implicazioni tragiche), ma è un utile esempio per sottolineare l'eccezionalità da un lato di Internet, e dall'altro della sua riconducibilità a categorie già consolidate del diritto.

La conclusione di Mark Tushnet alla domanda se debba prevalere l'eccezionalità di Internet o la dottrina standard con eccezioni, è che vi sia una specialità di Internet con eccezioni che discendono da specifiche regolamentazioni dei singoli problemi delle varie materie che “incrociano” Internet³¹⁵.

Dalle analisi appena riportate si può capire come la Costituzione (nel caso ivi considerato, quella degli USA) offra “una forte giustapposizione sull'applicazione dei nostri amati principi fondativi alle

Constitutional Theory, Baden-Baden, Nomos, 2012; da un angolo diverso, ma con una convergenza su alcuni delle conclusioni raggiunte da Ortino, v. FRANCESCO GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005. Interseca queste problematiche anche PASQUALE COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, relazione al Convegno di Salerno 23-24 novembre 2012 in *Costituzionalismo e globalizzazione* (a cura dell'AIC), Napoli, Jovene, 2014, 43-82.

³⁰⁷ SERGIO ORTINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, cit., 401.

³⁰⁸ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, cit., 1637 – 1672.

³⁰⁹ *Ibidem*, 1644.

³¹⁰ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, vol. 3, issue 3, 2014, 151.

³¹¹ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, 1640.

³¹² *Ibidem*, 1645.

³¹³ *Mut. Film Co. v. Indus. Comm'n*, 236 U.S. 230, 243-44 (1915).

³¹⁴ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, 1647-1648.

³¹⁵ *Ibidem*, 1672.

nuove tecnologie³¹⁶. Internet, che si è evoluto parallelamente alla straordinaria evoluzione e penetrazione capillare in tutti gli ambiti della vita³¹⁷, è diventato parte integrante anche delle competenze di accademici, avvocati, tutori dell'ordine e, ovviamente, giudici³¹⁸. Il nostro è il diritto dell'era digitale, il quale ha un decisivo impatto verso tutte le specializzazioni giuridiche, dal potere legislativo ai diritti e doveri del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, e parimenti dei servizi di essa verso i cittadini³¹⁹.

Il primo caso in cui la Corte Suprema giudica su Internet, è *Reno v. ACLU*, del 1997³²⁰. L'Internet (con l'articolo *the*) è descritto come “una rete internazionale di computer interconnessi che permette a milioni di persone di comunicare fra di loro nel 'ciberspazio e di accedere a grandi quantità di informazioni da tutto il mondo”. “Questa descrizione divenne l'onnipresente slogan ed è recitata di continuo a pappagallo nei casi delle corti inferiori”³²¹.

Rispetto alla gamma potenzialmente infinita dell'impatto di Internet sul Primo Emendamento, la Corte Suprema si è concentrata soprattutto sugli aspetti riguardanti la protezione dei minori dallo sfruttamento sessuale e dal vedere materiale osceno ed indecente³²².

Dopo una trilogia di casi relativi al *Communications Decency Act* ("CDA") ed il successivo *Child Online Protection Act* ("COPA"), che hanno poco più di quindici anni ma sembrano già archeologia (si sostiene in essi che Internet non è un mezzo accessibile a tutti, il che non giustifica le disposizioni troppo restrittive delle citate leggi federali), la Corte Suprema affronta Internet nel caso *United States v. American Library Association* del 2003³²³, che giudica della costituzionalità del *Children's Internet Protection Act* ("CIPA"), una legge che prevedeva che le biblioteche pubbliche potessero ricevere assistenza federale per ottenere accesso ad Internet purché installassero dei filtri per bloccare immagini oscene e pornografia infantile e per evitare l'accesso dei minori a materiale dannoso³²⁴. Secondo il citato caso i diritti del Primo Emendamento cedono di fronte all'interesse del governo di proteggere i diritti dei minori³²⁵.

La dottrina più attenta ed innovativa sta riflettendo su come Internet costituisca uno strumento che ha mutato l'impatto della libertà di espressione, perlomeno dal punto di vista quantitativo, allargando la platea dei destinatari delle espressioni e velocizzandone il funzionamento, ma anche dal punto di vista qualitativo. Teorie come quella di Tim Wu sono importanti per capire dove situare oggi la libertà di espressione e quello che ruota attorno ad essa³²⁶. Sicuro è che Internet, e con esso i le reti sociali, permettono una libertà di espressione molto più ampia che i tradizionali mezzi di espressione. Vi può essere certamente una repressione dei social, od un freno al loro utilizzo, come ad esempio accade in Iran ed in Cina, ma queste sono lotte di retroguardia, che poco possono impedire, se non in maniera molto limitata e con una breve durata, l'espressione diffusa attraverso le nuove tecnologie. Un filone legato al Primo Emendamento, studiato dalla dottrina, è anche quello della diffusione delle informazioni sportive, che la tecnologia permette di diffondere in tempo reale: possono sorgere contrasti fra le leghe professioniste che detengono i diritti all'immagine ed i media che offrono al

³¹⁶ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 138.

³¹⁷ M. MARGARET MCKEOWN, *Ibidem*, 136, ricorda che nel 1995 il periodico *Newsweek* aveva predetto che nessuno avrebbe mai comprati libri e giornali su Internet, e che nessuno si sarebbe portato il laptop sulla spiaggia. Diciassette anni dopo la sfortunata profezia, nell'ottobre 2012, *Newsweek* cessava di essere un giornale cartaceo, e diventava interamente digitale, e le spiagge sono piene, se non di laptop (peraltro ben presenti), sicuramente di smartphone che hanno le tradizionali funzioni di un computer.

³¹⁸ Una di questi, secondo *Ibidem*, 137, dichiara che “since the 1990s we have all become I-lawyers”.

³¹⁹ In Italia esplora quest'evoluzione GIOVANNI PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2016.

³²⁰ *Reno v. Am. Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 117 S. Ct. 2329, 138 L.Ed.2d 874 (1997) (Stevens, J.).

³²¹ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 139.

³²² *Ibidem*, 151.

³²³ *United States v. American Library Association*, 539 U.S. 194 (2003).

³²⁴ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 155.

³²⁵ *Ibidem*, 156.

³²⁶ TIM WU, *The Attention Merchants. The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, New York, Alfred A. Knopf, New York, 2016.

pubblico informazioni ed immagini³²⁷.

Un caso che ha visto coinvolti entrambi gli ordinamenti, ma nasce in Francia, con rilevanti implicazioni di diritto trans-nazionale e globale³²⁸ è il caso *Yahoo* del 2000³²⁹. L'essenza di esso sta nel rispondere alla domanda: “cosa succede se la 'free speech zone' degli USA 'fuoriesce' (*leaks*) in Francia³³⁰? Il caso riguardava gli emblemi nazisti, ma avrebbe potuto allo stesso modo concernere altri temi forieri di visioni contrapposte, come per le rappresentazioni dei Musulmani, la pornografia e altri temi di possibile conflitto ideologico. In Francia la decisione è stata salutata come il lasciapassare alle Corti nazionali per decidere su tutte le questioni mondiali che possano riguardare la Francia stessa. Negli USA si è scritto che “dal punto di vista interno, queste sono questioni da Primo Emendamento. Dal punto di vista internazionale queste sono questioni politiche, culturali e, talvolta, giuridiche”³³¹.

In Francia la questione del diritto di espressione ed in particolare del diritto di satira non è stata toccata nelle sue fondamenta dal diritto di Internet, peraltro molto studiato relativamente agli aspetti del diritto d'autore e commerciale³³². Vi è però da segnalare un'importante sentenza del *Conseil Constitutionnel* del 10 febbraio 2017³³³, che pone un limite alle leggi repressive emanate in questi ultimi anni per contrastare il terrorismo, soprattutto di matrice islamica, del quale la Francia è stata fra i principali obiettivi negli ultimi anni.

La citata sentenza, emanata in seguito alla proposizione di una questione previa di costituzionalità da parte della Corte di cassazione del 29 novembre 2016, riguarda l'art. 421-2.5-2 del Codice penale, nella sua redazione nuova risultante dall'entrata in vigore della “Legge n. 2016-731 del 3 giugno 2016 che rafforza la lotta contro il crimine organizzato, il terrorismo ed il loro finanziamento, e che migliora l'efficacia e le garanzie della procedura penale”. L'articolo prevede la detenzione per due anni ed un'ammenda di 30.000 euro per “il fatto di consultare abitualmente un servizio di comunicazione al pubblico in rete che mette a disposizione messaggi, immagini o rappresentazioni che spingono direttamente alla commissione di atti di terrorismo, e che fanno anche l'apologia di questi atti che consistono in attentati volontari alla vita”. L'articolo non è applicabile quando “la consultazione è effettuata in buona fede, è conseguenza dell'esercizio normale di una professione che ha per oggetto l'informare il pubblico, interviene nel quadro delle ricerche scientifiche o è realizzata con il fine di servire da prova in un processo”.

Pur sottolineando l'importanza delle misure anti-terrorismo che la legge persegue, il Consiglio costituzionale rileva che “benché il legislatore abbia escluso la rilevanza penale della consultazione on line effettuata in 'buona fede', i lavori parlamentari non permettono di determinare la portata di tale esenzione . . . Ne consegue che le disposizioni contestate fanno pesare un'incertezza sulla liceità della consultazione di certi servizi di comunicazione al pubblico in rete e, di conseguenza, dell'uso di Internet per delle ricerche a fini informativi” (punto 15). “Ne consegue da quanto precede che le disposizioni contestate attentano all'esercizio della libertà di comunicazione che non siano necessarie, adatte ai fini e proporzionate”. L'art. 421-2.5-2 del Codice penale è dunque dichiarato incostituzionale.

Il caso riportato fa salvo dunque il nucleo duro della libertà di informazione, versante passivo della libertà di espressione e dunque ad essa legata, e dimostra come anche la necessaria durezza delle leggi in tempi di emergenza sociale non debba essere tale da conculcare il diritto di espressione ed i diritti fondamentali in genere. È però inevitabile che l'odierno clima di tensione e di paura del

³²⁷ Sul tema v. RYAN M. RODENBERG – JOHN T. HOLDEN – ASA D. Brown, *Real Time Sports Data and the First Amendment*, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, vol. 11, issue 2, 2015, 63-103.

³²⁸ Fra la già ricca letteratura v. SABINO CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009; POUL F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, Abingdon, Oxfordshire – New York, 2014.

³²⁹ *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (LICRA v. Yahoo!)*, 20 Novembre 2000, No. 00/05308 (Tribunal de Grande Instance de Paris).

³³⁰ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 148.

³³¹ *Ibidem*, 149-150.

³³² JACQUES LARRIEU, *Droit de l'Internet* (seconda ed.), Paris, Ellipses, 2010.

³³³ Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017.

terrorismo influenzi le scelte del legislatore, dei giudici e di tutti gli operatori di giustizia³³⁴, portando in certi casi alla limitazione della libertà di espressione quando in contrasto con l'interesse generale della sicurezza nazionale.

12. Conclusioni.

La libertà di espressione è la stessa che John Stuart Mill esaltava, contro la censura dello Stato, più di 150 anni fa nella sua celebre opera sulla libertà³³⁵. Vi è però un'evoluzione del modo in cui la libertà di espressione agisce, e non è solo un cambiamento qualitativo: le tecnologie incidono in profondità sull'esercizio dei diritti e delle libertà, esaltandoli o comprimendoli a seconda delle diverse circostanze, ma contribuendo di per se stesse all'atteggiarsi delle nostre vite. Si è visto nelle pagine precedenti l'impatto di Internet, che riguarda in particolar modo la libertà di espressione, collegata a vaste aree del vivere comune, dalla propaganda politica (compresa quella a fini terroristici) a quella commerciale.

Si è anche fatto spesso riferimento in quest'articolo al principio di dignità, riferito ai membri di una minoranza razziale, o di una religione, ai credenti, che hanno il diritto a non vedere la loro lesa da offese al sentimento religioso. Ciò è intimamente connesso con la libertà di espressione, al punto che Jeremy Waldron ritiene che il diritto alla libertà di espressione derivi dalla dignità umana³³⁶. Ed è sulla dignità umana dei membri delle minoranze deboli che si basa, secondo il grande giurista di origine neo-zelandese, la possibilità di stabilire un limite alla libertà di espressione³³⁷.

Il ricorso al concetto di dignità umana è naturalmente svolto da chi si basa su di esso per stabilire l'effettiva vigenza di un principio o di una libertà fondamentale: in qualche caso il principio di libertà religiosa, da cui discende a mio parere anche il dovere di rispettare i relativi convincimenti religiosi (o la loro mancanza), può entrare in conflitto con la dignità umana che sovrintende la libertà di espressione³³⁸, che delle libertà fondamentali è quella che più caratterizza lo spirito democratico. Lo stesso dicasi per il diritto alla reputazione personale, incluso anch'esso nel concetto di dignità umana. Restringere la finalità di uno dei diritti costituzionali non sarà la soluzione di tali conflitti, che dovrebbe essere solitamente trovata nella legge ordinaria³³⁹. Certo è che la regolamentazione della libertà di espressione comporta il porre dei limiti ad essi: “quelle libertà che non sono né sfidate né definite sono le più sicure”³⁴⁰.

La libertà di espressione è un bene che spesso chi vive nei paesi democratici sottovaluta: basta però trascorrere qualche giorno in paesi come Cina e Iran dove Facebook è vietato per rendersi conto di quanto essa sia radicata dentro di noi. Certamente, ed il caso di *Charlie Hebdo* insegna, non tutto è pubblicabile, se non per legge, sicuramente per ragioni di opportunità. Il “libero mercato delle idee” non può essere totalmente libero: come un mercato senza regole, favorirebbe il più forte senza alcuna garanzia di sviluppo della società che dovrebbe essere la naturale conseguenza di un'arena dove le diverse opinioni hanno lo stesso peso.

Vi sono poi altri fattori da prendere in esame: “bisogna tenere in considerazione perlomeno una probabile veridicità dei fatti, il pericolo per vite innocenti, il decoro umano, e persino, anche se con

³³⁴ Mentre termino quest'articolo (23 marzo 2018), i media diffondono la notizia di un attentato terroristico di matrice islamista a Trébes, in Occitania, con tre vittime innocenti più il terrorista, abbattuto dalle forze speciali di polizia.

³³⁵ JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, Bompiani, 2000 (con testo a fronte dell'originale *On Liberty*, del 1859).

³³⁶ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 26 e 139.

³³⁷ *Ibidem*, *passim*.

³³⁸ Su tale conflitto v. AHARON BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, 2015.

³³⁹ AHARON BARAK, *Human Dignity*, cit., 272, il quale in realtà parla di “*sub-constitutional law, Statutory and Common law*”.

³⁴⁰ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 60.

cautela, le considerazioni imparziali sull'interesse nazionale³⁴¹. Oltretutto, come ben ricorda Alexander Bickel, “un bel po' della libertà di espressione può fiorire in una società democratica che condivide naturalmente, o accetta dai suoi giudici o da altri pastori, una minima definizione di ciò che è buono, bello, vero, e propriamente civile”. “Persino i diritti assoluti che l'ordine legale sembra, distrattamente, creare, tranne che raramente, non resistono. Meglio riconoscere da subito che il principio del calcolo utilitaristico è tutto quello che c'è, che dovrebbe essere, e che può essere”³⁴².

Il “buono, bello, vero e propriamente civile”, contrapposto dunque al “cattivo, brutto, falso e propriamente incivile”, deve essere definito da qualcuno, dalla norma. Se poi deve trattarsi di una norma di carattere generale, cogente *erga omnes*, o piuttosto di una norma che uno degli *interna corporis* si dà per l'esercizio equilibrato della professione che disciplina, questo dipende dalla scelte che una società si dà. Il discorso è delicato e riguarda anche la relazione fra la giurisdizione dell'ordinamento generale e quello degli *interna corporis*, che non devono essere disgiunti dal primo, ma integrarli, e comunque in ultima analisi dal primo dipendono³⁴³.

Sarebbero dunque gli ordini dei giornalisti, per fare un esempio di larga applicazione, od il direttore di una collana, od il moderatore di una *newsletter* o di un *blog*, a porre i limiti di opportunità e di decenza (non bisogna aver timore di usare questo termine, che significa conveniente, dal latino *decens*, conveniente, appropriato, decoroso), limiti differenti a seconda dei diversi ambiti spaziali e temporali. Il tema è in parte, ma non totalmente, sovrapponibile, a quello dell'intermediario di una attività economica che implica la libertà di espressione³⁴⁴. Negli Usa peraltro, più che in Francia, il *business model* dei diversi settori detta le proprie regole³⁴⁵.

La libertà di espressione può essere vista sotto diversi punti di vista, molti dei quali sono stati analizzati nel corso del presente articolo. La dimensione positiva di essa, per cui il libero esprimersi delle idee è visto come necessario al forgiarsi di una coscienza comune, è quella condivisa da USA e Francia nella narrativa rispettivamente del *public discourse* e dell'*espace public*. Il diritto alla libertà di espressione costituirebbe allora un “imperativo di trasgressione sistematica”³⁴⁶, che necessita della tolleranza e del pluralismo che caratterizzano la democrazia e che a questi consustanziale. Ma la teoria del “*marketplace*” delle idee in realtà rischia di tradursi nelle opinioni del gruppo più potente all'interno della società: ricorda al proposito Cass R. Sunstein che “vi è una grande differenza fra un 'mercato delle idee' – un'economia di mercato senza regole -, ed un sistema di deliberazione democratica”³⁴⁷; ed è proprio (anche) sul concetto di “*deliberative democracy*” che lo stesso celebrato giurista insiste nel suo ultimo libro, nel quale mette in guardia dai pericoli della polarizzazione che un uso squilibrato dei *social* comporta³⁴⁸, e che indeboliscono proprio la struttura democratica di una società.

Una domanda chiave, che consegue al dibattito sulla verità³⁴⁹ o è ad esso parallelo, è: come comportarsi poi nei confronti di chi non tollera la tolleranza? Essere totalmente, acriticamente, favorevoli alla libertà di espressione illimitata comporta dare un immeritato vantaggio a chi usa questa per negarla ad altri o per incitare all'odio ed al disprezzo, tanto più riprovevole se si tratta di destinatari

³⁴¹ *Ibidem*, 81.

³⁴² *Ibidem*, 78 e 88.

³⁴³ SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, 132, le qualifica “norme giuridiche che sono elementi di altre istituzioni dipendenti dallo Stato, e talvolta anche quelle poste da singoli a ciò autorizzati. La potestà di porre tali norme si dice 'autonomia', deriva sempre dallo Stato che la attribuisce in varia misura, secondo i casi, ed è quindi interamente subordinata alle norme di esso, per la validità, l'estensione e l'efficacia delle norme che ne scaturiscono”.

³⁴⁴ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, 1666, in particolare alla nota 19.

³⁴⁵ REBECCA TUSHNET, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, in *George Washington Law Review*, n. 76, 2008, 986 e ss.

³⁴⁶ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 36.

³⁴⁷ CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., xvii.

³⁴⁸ CASS R. SUNSTEIN, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, cit., 59 e ss.

³⁴⁹ La questione della verità tocca anche aspetti religiosi e filosofici: in chiave storica si legga lo splendido libro di CARLO GINZBURG, *Il filo e le tracce. Vero falso finto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

deboli colpiti, inoltre, da false affermazioni. Tutto quello in precedenza riportato, comune a USA e Francia, nella diversità del cammino legislativo e giurisprudenziale (in realtà non enorme), trova un punto di crisi nella discussione sulle leggi della memoria o anti-negazioniste. È evidente che un'interpretazione molto estesa del diritto alla libertà di espressione permetterebbe di esprimere posizioni razziste o che negano la verità, come quelle relative all'olocausto. Non c'è peraltro una sola verità, ma è normale che ogni ordinamento stabilisca la propria verità. La partecipazione ad entità sovranazionali ha fra le sue conseguenze quella di uniformare in parte alcuni contenuti “sensibili” dal punto di vista delle diverse tradizioni nazionali: il fatto che la Turchia (pur con tutti i dubbi relativi alla riduzione degli spazi di libertà a cui si sta assistendo negli ultimi anni, e che riguarda anche il diritto di espressione³⁵⁰) sia candidata ad entrata nell'Unione europea pone non pochi problemi riguardo alla sua legislazione “negazionista” del genocidio armeno, oltre che problematica nei confronti delle minoranze in genere e, soprattutto dalla revisione costituzionale di Erdogan del 2017³⁵¹, delle libertà degli oppositori politici al governo in genere. La verità ha un rapporto stretto con l'identità di una nazione³⁵², riguarda i suoi miti fondativi, condivisi o non che siano da tutta la sua popolazione.

L'ordine pubblico e la sicurezza nazionale costituiscono dei formidabili ostacoli alla piena vigenza della libertà di espressione. Lo si è visto per i *Pentagon Papers*, e non si può sottovalutare il rischio di attentati e perturbamenti dell'ordine pubblico (senza escludere del tutto anche il rischio di minaccia alla sicurezza nazionale), non solo nel paese dove l'espressione ritenuta offensiva è stata resa nota al pubblico, ma anche in paesi lontani. La libertà di espressione illimitata diviene un lusso in certe occasioni: anche la satira, che infatti non è praticata in vaste aree del globo. È ovvio che bisogna vigilare sull'applicazione limitata delle eccezioni alla libertà di espressione, invocare il pericolo per l'ordine pubblico è sempre stato l'arma delle dittature per limitare o eliminare del tutto le libertà, o per permettere politiche restrittive anche in ambiti formalmente democratici³⁵³. In quest'ottica, la teoria sui motivi di Elena Kagan, in precedenza analizzata, si completa con quella delle conseguenze che una condotta razzista o offensiva basata sulla libertà di espressione può dare. I motivi che giustificano le restrizioni alla libertà di opinione sono di solito collegati al timore di conseguenze gravi per la convivenza comune: non si può, come forse le descritte teorie fanno, dividere le questioni del diritto di chi si esprime, di chi riceve il messaggio e dei motivi delle sanzioni: la libertà di espressione, come ogni diritto fondamentale, va inserito in un contesto ampio di democrazia. È questa il concetto chiave per permettere la libertà di espressione e, se del caso, quando la democrazia è minacciata, limitarla. Anche la legge francese sul terrorismo del novembre 2014 modifica un po' la narrativa illimitata della libertà di espressione.

Che siano i pubblici poteri a limitare la libertà di espressione, o non l'autocensura o le singole istituzioni private che fruiscono della libertà di parola, è un passo molto grave, da effettuare solo in determinati casi: per usare la terminologia americana, dopo uno stretto scrutinio, che è quello a cui sono tenute le Corti quando devono decidere su questioni così delicate. Come già detto in precedenza, sarebbe più opportuno che fossero i singoli privati, anche se organizzati ed esercitanti una funzione di interesse generale, (giornalisti, vignettisti, blogger, ecc.) ad auto-limitarsi, o che queste misure venissero adottate dagli organismi settoriali responsabili – come l'ordine dei giornalisti -, ma in certi casi può essere necessario che siano le istituzioni pubbliche a farlo. Il test deve essere severo, trattandosi, come ricorda la Corte Suprema, di un “*clear and present danger*”, rispetto al quale la limitazione dell'espressione è l'ultimo ricorso.

³⁵⁰ Così come da una parte segnalato dal *Commission Report* del 2016, dall'altro da numerose sentenze della CEDU di condanna della Turchia, proprio soprattutto relativamente alla lesione del diritto di espressione: da ultimo di veda la sentenza.

³⁵¹ Sulla quale v. ENTELA CUKANI, *Forma di stato e forma di governo in Turchia dopo la riforma del 2017*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2017, 715 e ss.

³⁵² ANNA MASTROMARINO, *Stato e memoria. Studi di diritto comparato*, Milano, Franco Angeli, 2018.

³⁵³ Così in Spagna i limiti alla libertà di riunione hanno significato storicamente l'espressione di politiche autoritarie: si veda a proposito il sempre illuminante saggio di MANUEL BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1983.

Quello della libertà di satira, ed *amplius* della libertà di espressione di cui essa fa parte, è un ambito di straordinaria importanza, ed è oggi da connettere all'evoluzione delle tecnologie che influiscono sulla vita democratica dei consociati. Il dibattito sulle “bufale” che girano sulla rete³⁵⁴, il relativo dovere di attenersi alla verità e di apprestare un sistema di controllo se non di sanzioni da parte dei gestori dei più importanti *social*³⁵⁵, tocca in maniera decisiva l'argomento oggetto di quest'articolo. I nuovi mezzi di comunicazione allargano in modo considerevole la possibilità di esprimere la satira, e da parte degli utenti di riceverla.

Riflettere sulla libertà di espressione, e sulla sua peculiare declinazione che è il diritto di satira, “difenderla come un principio, significa accettare relativamente alla sua applicazione concreta alcuni dubbi, qualcosa di incerto, un'inquietudine”³⁵⁶. Questi dubbi riflettono la pluralità e complessità di situazioni e discipline giuridiche, che sono state in parte illustrate nell'articolo, che testimoniano l'evoluzione diacronica della libertà di satira (e di espressione in generale), sia negli USA ed in Francia che in altri ordinamenti (alcuni dei quali analizzati nel presente volume), ed anche, ovviamente, della sua diversa applicazione secondo le diverse tradizioni giuridiche. Il peso della religione nei paesi islamici, ad esempio, è tale da escludere categoricamente in essi alcuna possibilità di scherzare sulla sfera divina, come invece è possibile, pur con i limiti e le diversità a seconda dei diversi ordinamenti, nei paesi più secolarizzati. Evoluzione non significa però illimitata estensione del diritto di satira: le recenti vicende legate alla politica internazionale ed al terrorismo impediscono di considerare il diritto alla satira, in particolare quella relativa alla religione, sempre e comunque irrinunciabile. Se non dal punto di vista giuridico, perlomeno da quello, della opportunità sociale, se non della morale, il diritto di satira deve essere messo in discussione.

Il conflitto fra diverse tradizioni giuridiche è presente all'interno di uno stesso ordinamento, non riguarda solo il rapporto fra diversi ordinamenti nazionali, tema importante ma meno “scabroso”, delegato ai rapporti trans-nazionali che soprattutto il diritto internazionale disciplina. Anche all'interno della “civiltà occidentale” vi sono modi diversi di risolvere conflitti culturali, come il caso del velo e del *kirpan*³⁵⁷ insegna. È evidente che, se non dal punto di vista ufficiale, certamente nella realtà, nelle società occidentali vi sono diverse tradizioni giuridiche che si contrappongono. Vi è dunque il diritto positivo, di stampo occidentale, forgiato dal legislatore, (sperabilmente) con l'ausilio della dottrina, e sancito dai giudici, ed uno o più diritti tradizionali, importati attraverso l'immigrazione. Questo rapporto è per forza di cose complicato quando questi diritti tradizionali esprimono principi e pratiche contrarie al diritto “nostrano”. Si può tentare, come fatto nello UK, di “addomesticare” il diritto tradizionale facendolo entrare nell'ordine interno, come fatto con l'*Arbitration Act* del 1996, che permette ad esempio l'efficacia delle Corti di Sharia e di quelle del diritto tradizionale indu³⁵⁸. Non sono trascurabili i problemi che derivano dalla citata soluzione: vi è inoltre il caso, ancora più grave dal punto di vista pratico ma in teoria più semplice da risolvere, di tradizioni giuridiche in palese conflitto con il nostro diritto che esprimono pratiche vietate. Ad ogni modo vi è un intreccio fra varie tradizioni giuridiche su cui lo studioso è chiamato a confrontarsi³⁵⁹.

³⁵⁴ Alla fine del 2017 sono uscite in Italia due importanti opere sul tema della libertà di espressione in Internet e questioni connesse: GIOVANNI PITRUZZELLA – ORESTE POLLICINO – STEFANO QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Bocconi, 2017; TOMMASO EDOARDO FROSINI – ORESTE POLLICINO – ERNESTO APA – MARCO BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Le Monnier, 2017.

³⁵⁵ A ottobre 2017 è uscito il primo numero della rivista on line *MediaLaws. Rivista di Diritto dei Media*. Sul tema attualissimo delle *fake news* è da segnalare in esso l'articolo di ORESTE POLLICINO, e sulla verità e la libertà di espressione quello di CESARE PINELLI.

³⁵⁶ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hedbo*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ELISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, Pais, Dalloz, 2016, 6.

³⁵⁷ GIOVANNI POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova e permesso a Montréal*, in *laCostituzione.info*, 19 maggio 2017,

³⁵⁸ Fra la già ricca bibliografia sull'argomento v. JOHN R. BOWEN, *How could English Courts recognize Shariah?*, in *University of Saint Thomas Law Review*, n. 7, 2009; 411-435; ROBIN GRIFFITH-JONES (editor), *Islam and English Law. Rights, Responsibilities and the Place of Sharia*, Cambridge University Press, 2013;

³⁵⁹ Per i rapporti fra Islam e Corti, nella vasta letteratura, v. GIANFRANCO MACRÌ, *L'Europa fra le Corti. Diritti fondamentali e questione islamica*, Soveria Mannelli (CZ), 2017; più in generale, da ultimo ROBERTO SCARCIGLIA -

Non si tratta di trovare un'armonizzazione del diritto di satira nel diritto globale, operazione già difficile per gli istituti di diritto commerciale, immaginiamoci per libertà e pratiche ancor più intimamente legate a diverse sensibilità umane: bisogna solo cercare che quello che per noi è accettata satira, non diventi aperta derisione: ridere, non deridere³⁶⁰.

WERNER MENSKI (a cura di), *Normative Pluralism and Religious Diversity: Challenges and Methodological Approaches*, Padova, Cedam, 2018.

³⁶⁰ E se derisione deve essere, lo sia dei potenti, sia uno sberleffo, non uno schiaffo verso chi è più debole.