

LIBER AMICORUM
PER
PAOLO ZATTI

VOLUME PRIMO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

www.jovene.it info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i>	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i>	» XVII

TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS	
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA	
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE	
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico	» 35
PAOLO GAGGERO	
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA	
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione	» 59
MARIO LIBERTINI	
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università	» 71
FILIPPO NAPPI	
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano	» 85
ANDREA NERVI	
<i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita	» 99
MASSIMO PARADISO	
I. A. Il computer di Buridano	» 113
ELENA PARIOTTI	
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA	
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI	
Eguaglianza e sostenibilità	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? » 339

DANIELA M. FREANDA

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciberspazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”?	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023)	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno	» 519
VINCENZO ROPPO	
L’ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell’attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell’arte del risarcimento punitivo	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i>	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita?	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche”	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

VOLUME SECONDO

DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i>	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i>	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297

UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace?	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarietà	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità	» 1401

DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata"	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell'interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell'arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di "famiglia". Il nuovo cannibalismo dell'antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all'estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare	» 1795
SILVIO RIONDATO	
"Persona comunque convivente" e legalità penale, nell'album di "famiglia" del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all'unità familiare	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività	» 1885

GIOVANNI CINÀ

IL “DISORDINE INFORMATIVO”
SULLE PIATTAFORME DIGITALI
E IL RUOLO DELLA DIGNITÀ NEI MODELLI
EUROPEO E STATUNITENSE

«Without dignity, identity is erased.
In its absence, men are defined not by themselves,
but by their captors and the circumstances
in which they are forced to live.»¹

(LAURA HILLENBRAND, *Unbroken*)

SOMMARIO: 1. Le figure del disordine informativo. – 2. L'impostazione del Consiglio d'Europa. – 3. Libertà di espressione: le ragioni di un contrasto tra Stati Uniti ed Europa. – 4. La soluzione tedesca della *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*. – 5. Il ruolo della *dignity* nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti. – 6. Considerazioni finali.

1. *Le figure del disordine informativo*

Il disordine informativo costituisce il primo tentativo di integrazione sistematica dei molti fenomeni che inquinano il dibattito (pubblico e non solo), su tutti *hate speech* e *fake news*².

In effetti, nonostante il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sia ormai piuttosto ampio, molte questioni rimangono ancora irrisolte, a partire da quelle relative alla definizione dei due fenomeni e al modo in cui essi sono collegati. Benché possano sembrare intercambiabili, le parole usate per definirli rivelano prospettive diverse sulle modalità di diffusione dell'informazione e sul tipo di persone che ne sono colpite³.

¹ Il libro da cui è tratta la citazione iniziale racconta la storia di Louis Zamperini, capitano dell'Aeronautica militare degli Stati Uniti, prigioniero di guerra dei giapponesi dal 1943 al 1945, anni durante i quali lui e i suoi commilitoni furono picchiati, maltrattati e torturati (HILLENBRAND, *Unbroken*, Random House, 2010, trad. it. di N. Lamberti, *Sono ancora un uomo*, Mondadori, 2012).

Il medesimo concetto è espresso anche da ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 378: «Indegnità è negazione del Sé». Peraltro, in quelle pagine, Paolo Zatti, consapevole che per alcuni la dignità sarebbe nozione troppo «malleabile», porta tre esempi concreti di uomo «indegno» (Jean Améry – sopravvissuto ad Auschwitz –, Dietrich Bonhoeffer – impiccato con l'accusa di cospirazione contro il regime nazista – e Gesù Cristo): essi diventano così «un punto d'appoggio per sottrarre il concetto giuridico di dignità ai rischi della vacuità» (377), a dimostrazione che talune idee «non si concedono come una sostanza sensibile, ma attraverso l'assenza» (cfr. LÉVINAS, *Amare la Torah più di Dio*, in KOLITZ, *Yossl Rakover si rivolge a Dio*, Adelphi, 1997, 90).

² Cfr. WARDLE - DERAKHSHAN, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking*, Council of Europe, 27.9.2017.

³ SCAMUZZI *et al.*, *Fake news e hate speech. I nodi per un'azione di policy efficace*, in *Problemi dell'informazione*, 2021, 51.

Dunque, sebbene *hate speech* e *fake news* (ma anche *revenge porn*, molestie *online*, ecc.) siano spesso presentati come fenomeni appartenenti a dimensioni diverse, essi sono collegati non solo dalla virtualità del loro habitat naturale, ma anche dagli stessi principi fondamentali che mettono in tensione, primo fra tutti la libertà di espressione.

Quanto alla nozione di *hate speech*, sembra possibile individuarne i contorni dando rilievo al contenuto dell'espressione oppure ai suoi effetti.

Con riguardo al *contenuto*, ad esempio, il Consiglio d'Europa ha definito discorsi d'odio «tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, compresa l'intolleranza espressa dal nazionalismo aggressivo e dall'etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità verso le minoranze, i migranti e le persone di origine immigrata»⁴.

Dagli Stati Uniti, invece, arriva una delle definizioni più risalenti di *hate speech*, nella guisa delle c.d. *fighting words*, ossia quelle parole che, causando di per loro un danno o rappresentando un pericolo immediato, possono essere vietate senza violare la libertà di espressione tutelata dal I emendamento della Costituzione federale⁵.

In tempi senz'altro più recenti, anche le piattaforme digitali hanno adottato il medesimo approccio materiale, vietando tra l'altro qualsiasi «contenuto che promuove la violenza o l'odio contro individui o gruppi in base a determinati tratti distintivi, come: razza o origine etnica, religione, disabilità, sesso, età, stato di veterano o orientamento/identità sessuale»⁶.

Le definizioni che si concentrano soprattutto sugli *effetti* sui destinatari, invece, possono avere una dimensione sincronica o diacronica, per usare un criterio consueto nell'analisi comparatistica.

Alla prima classe appartengono, ad esempio, definizioni come quella del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale dell'ONU, secondo cui l'*hate speech* costituisce «una forma di discorso etero-diretto che rifiuta i principi fondamentali dei diritti umani della dignità umana e dell'uguaglianza e cerca di degradare la posizione sociale di singoli individui o gruppi»⁷. Un'altra autorevole definizione vuole considerare «qualsiasi forma di espressione con cui chi parla intende principalmente vilipendere, umiliare o incitare all'odio contro nei confronti del proprio bersaglio», proponendo perciò di definire "*hate speech*" tutti quegli attacchi «così violenti che un osservatore avrebbe grandi difficoltà a separare il messaggio trasmesso dall'attacco contro la vittima»⁸.

Nella seconda classe, invece, è possibile collocare quelle definizioni che, tenendo conto del contesto, considerano i discorsi d'odio come fenomeni persistenti, in grado cioè «di perdurare al di fuori del contesto originale, dell'esplicita volontà e della capacità di controllo di emittenti e destinatari direttamente coinvolti nel processo comunicati-

⁴ Council of Europe Committee of Ministers, (1997) *Recommendation No. R(97)20 of the Committee of Ministers to member states on «HS»*, R(97)20. Una definizione poi estesa anche a omofobia e transfobia: Council of Europe Committee of Ministers, (2010), *Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, R(2010)5.

⁵ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

⁶ Cfr. Google-Inc, (2019) *HS Policy: YouTube Community Guidelines*: https://www.youtube.com/watch?v=45suVEYFCyc&feature=emb_logo.

⁷ U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, (2013) *General Recommendation No. 35 on combatting racist hate speech*, CERD/C/GC/35, par. 7.

⁸ WARD, *Free Speech and the Development of Liberal Virtues: An Examination of the Controversies Involving Flag-Burning and Hate Speech*, 52 U. Miami L. Rev. 733, 765-66 (1998).

vo»⁹. In tal modo si riesce a mettere in luce un ulteriore profilo di tutte quelle «false credenze, revisioni storiche inaccettabili, teorie del complotto e notizie senza fondamento»¹⁰ che, pur seppellite ormai nei meandri più nascosti della rete, possono riemergere anche a distanza di anni, ravvivando in qualsiasi momento «focolai infettivi»¹¹ d'odio in grado di minare la tenuta delle democrazie contemporanee lacerandone il tessuto sociale¹².

Quanto alla nozione di *fake news*, essa sembra essere ancora più vaga¹³.

Secondo la Commissione UE, il fenomeno consiste in «un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico. Il pregiudizio pubblico include minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici (...)»¹⁴.

Pochi mesi dopo, sempre nel 2018, alcune piattaforme digitali (tra cui Facebook, Google, Twitter), nonché diversi operatori del settore pubblicitario, avevano adottato un codice di buone pratiche di autoregolamentazione proprio per contrastare la diffusione della disinformazione online secondo le linee guida indicate dalla Commissione¹⁵. Così si impegnavano, tra l'altro, a rimuovere gli incentivi alla pubblicità e alla monetizzazione di condotte come, ad esempio, il travisamento di informazioni rilevanti su se stessi; a rendere chiaramente distinguibili gli annunci pubblicitari dai contenuti editoriali, comprese le notizie, indipendentemente dalla loro forma e dal mezzo utilizzato; a mettere in atto politiche chiare sull'identità e sull'uso improprio di bot automatizzati; ad aiutare le persone a prendere decisioni informate quando si imbattono in notizie online che potrebbero essere false, anche sviluppando indicatori di attendibilità in collaborazione con il sistema dell'informazione, nonché a incoraggiare la ricerca sulla disinformazione e sulla pubblicità politica.

Ad un anno dall'adozione del codice, la Commissione UE ha rilevato che i firmatari avevano in effetti messo in atto politiche finalizzate, tra l'altro, a: *i*) ridurre le opportunità di inserzioni pubblicitarie e gli incentivi economici per gli attori che diffondono disinformazione online, *ii*) migliorare la trasparenza della pubblicità politica – etichettando gli annunci politici e fornendo archivi consultabili di tali annunci –, *iii*) divulgare informazioni sull'utilizzo di tecniche di manipolazione dei servizi della piattaforma, al fine di incrementare artificialmente la diffusione di informazioni online e consentire a certe false narrazioni di diventare virali¹⁶.

Tuttavia, sempre la Commissione ha evidenziato alcune lacune del codice del 2018 che dovrebbe essere ulteriormente migliorato in diverse aree, fornendo definizioni con-

⁹ TIPALDO, *La società della pseudoscienza. Orientarsi tra buone e cattive spiegazioni*, Il Mulino, 2019, 24.

¹⁰ SCAMUZZI *et al.*, *op. cit.*, 53.

¹¹ BANDURA, *Aggression: A social learning analysis*, Prentice Hall, 1973.

¹² TESIS, *Dignity and speech: The regulation of HS in a democracy*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2009, 44, 514.

¹³ Ma il pericolo che il fenomeno porta con sé è reale: cfr. SPERTI, *Constitutional Courts Speak Their Voice: Their Fight Against Fake News and Disinformation on Constitutional Justice*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, 224 ss.

¹⁴ "Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo", del 4.4.2018.

¹⁵ Microsoft avrebbe aderito nel maggio 2019, mentre TikTok nel giugno 2020: v. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/2018-code-practice-disinformation>.

¹⁶ Cfr. Commissione UE, *Staff Working Document SWD(2020) 180 final*, 10.9.2020.

divise, procedure più chiare, impegni più precisi e più completi, nonché indicatori chiave di prestazione trasparenti e un monitoraggio adeguato. In particolare, la crisi innescata dal Covid-19 ha palesato con evidenza i rischi che la disinformazione pone per la nostra società. Infatti, non si è dovuto affrontare tale crisi soltanto sul piano strettamente sanitario, ma anche su quello informativo, contrastando cioè una vera e propria “infodemia”, che ha avuto ricadute sia sui sistemi sanitari, sia sulle condizioni di salute individuale, e financo sulla tenuta democratica di alcuni ordinamenti¹⁷.

Dunque, anche alla luce di questi eventi, nel 2022 è stato adottato un nuovo codice “rafforzato” sulla disinformazione¹⁸, che propone una gamma più ampia di impegni e misure per contrastare la disinformazione online. È bene precisare che anche questo codice costituisce il risultato dell’attività svolta dai firmatari (cioè i soggetti cui si rivolge) e non è approvato dalla Commissione UE, anche se quest’ultima lo ha ritenuto in linea con le proprie aspettative¹⁹. I soggetti interessati, quindi, possono sottoscrivere gli impegni più pertinenti al loro settore, tra cui, ad esempio, la demonetizzazione della diffusione della disinformazione, la garanzia della trasparenza della pubblicità politica, il rafforzamento della cooperazione con i *fact-checker* e la facilitazione dell’accesso ai dati da parte dei ricercatori.

È interessante notare che il codice fa propria una definizione di “disinformazione” ora più articolata²⁰, che comprende:

- la cattiva informazione [*misinformation*], ossia un contenuto falso o fuorviante, condiviso “senza intenzione fraudolenta, anche se gli effetti possono comunque essere dannosi, ad esempio quando le persone condividono informazioni false con amici e familiari in buona fede”;
- la disinformazione [*disinformation*], ossia un contenuto falso o fuorviante, diffuso “con l’intento di ingannare o ottenere un guadagno economico e che può provocare danni pubblici”;
- l’operazione di influenza delle informazioni [*information influence operation*], ossia uno sforzo coordinato “da parte di soggetti nazionali o esterni volto a influenzare il pubblico destinatario utilizzando una serie di mezzi ingannevoli, tra cui la soppressione di fonti di informazione indipendenti in combinazione con la disinformazione”;
- le ingerenze straniere nello spazio informativo [*foreign interference in the information space*], ossia quelle “misure coercitive e ingannevoli impiegate da un soggetto statale straniero o dai suoi agenti per ostacolare la libertà di informazione e di espressione della volontà politica degli individui” (che spesso avvengono nell’ambito di un’operazione ibrida più ampia).

Ad oggi, non essendo nemmeno trascorso un anno dalla sua adozione, è difficile verificare se il nuovo codice sia riuscito a prevedere misure più efficaci e, soprattutto se sia stato implementato adeguatamente dai firmatari.

A livello nazionale, tra le iniziative legislative degne di nota, può sicuramente menzionarsi una legge francese “*contre la manipulation de l’information*”²¹ che si ap-

¹⁷ Cfr. sempre Commissione UE, *Staff Working Document SWD(2020) 180 final*, 10.9.2020.

¹⁸ Cfr. *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*, disponibile su <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/87585>.

¹⁹ Cfr. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/code-practice-disinformation>.

²⁰ Quella espressa dalla Commissione UE, COM(2020) 790 *final*, *Communication on the European Democracy Action Plan*, 3.12.2020.

²¹ Cfr. *Loi 22.12.2018*, n. 2018-1202.

plica, tra l'altro, alle piattaforme digitali con più di cinque milioni di visitatori unici al mese, ma soltanto nei tre mesi che precedono le elezioni nazionali. In tale arco di tempo, è possibile richiedere una tutela inibitoria della pubblicazione di una notizia manifestamente falsa, distribuita in modo massiccio e artificiale, turbativa della quiete pubblica o della sincerità dello scrutinio. Al di fuori di questo periodo, sono comunque imposti diversi obblighi alle piattaforme, ad esempio, circa la trasparenza dei loro algoritmi, il contrasto agli account che diffondono massicciamente informazioni false e l'alfabetizzazione mediatica²². Ovviamente anche qui si rinviene una (ulteriore) definizione di fake news come «affermazioni inesatte o fuorvianti o imputazioni di un fatto suscettibile di pregiudicare la sincerità del prossimo scrutinio, diffuse deliberatamente, artificialmente o automaticamente e in modo massiccio, mediante un servizio di comunicazione pubblica online»²³.

In Germania è entrata recentemente in vigore un'altra legge specifica, che ufficialmente si prefigge di contrastare i crimini d'odio, le fake news penalmente perseguibili e altri contenuti illegali sui social network²⁴. Di fatto, non contenendo definizioni specifiche, l'illegalità di un contenuto va ricercata nelle altre disposizioni dell'ordinamento tedesco, risolvendosi quindi in una legge contro i discorsi d'odio²⁵.

In Italia, al contrario, non esiste una legge specifica al riguardo, ma sono presenti numerose leggi che limitano la libertà di espressione. Ad esempio, sul piano penalistico, l'art. 604-*bis* cod. pen., al comma 1°, punisce la propaganda di “idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico” e la discriminazione per tali motivi; mentre, al comma 2°, aggiunge l'aggravante della “negazione”, della “minimizzazione in modo grave” e della “apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra”; la l. n. 205/1993 sanziona chi, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Sul piano civilistico, invece, può menzionarsi il T.U. Immigrazione che prevede la risarcibilità del danno da discriminazioni razziali, etniche, nazionali, religiose, e il T.U. Radiotelevisione e il codice del consumo che vietano le trasmissioni che contengano incitamenti all'odio comunque motivato o che comportino discriminazioni di razza, sesso o nazionalità. Peculiare poi la l. n. 71/2017 sul cyberbullismo, che non prevede responsabilità né penali né civili, bensì misure educative e preventive nonché procedure di *notice-and-take-down* dei contenuti online²⁶.

²² Cfr. art. 11 *Loi* n. 2018-1202.

²³ Cfr. art. 1 *Loi* n. 2018-1202.

²⁴ Cfr. *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)*, 1.9.2017 (BGBl. I S. 3352), poi modificata dalla legge di attuazione del reg. (UE) 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2021, relativo alla lotta contro la diffusione di contenuti terroristici online, 21.7.2022 (BGBl. I S. 1182, 1184).

²⁵ Tra le fattispecie senz'altro illegali rientrano anche l'insulto, il pettegolezzo malevolo, la diffamazione, l'istigazione a commettere reati, la diffusione di immagini di violenza e la minaccia di commettere un reato. Sulla legge tedesca si tornerà più dettagliatamente *infra*, § 3.

²⁶ Simili normative, che però proteggono beni giuridici diversi, si trovano anche in altri Paesi europei (in Germania è punito il reato di *Volksverhetzung*, un atto di incitamento all'odio come aggressione alla dignità umana; in Francia il decreto *Merchandeau* e le *lois mémorielles* tutelano l'onore dei gruppi sociali punendo i discorsi che scatenano l'odio tra i cittadini; nel Regno Unito il *Public Order Act 1986* sanziona penalmente i discorsi d'odio per esigenze, appunto, di ordine pubblico: cfr. VIGLIONE, *Riflessioni sui rimedi civilistici all'hate speech*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 775 ss.

2. *L'impostazione del Consiglio d'Europa*

Come anticipato all'inizio, però, la cornice teorica offerta dal Consiglio d'Europa, nota come “disordine informativo”, sembra quella più adatta allo scopo di queste pagine sia perché da un lato più circoscritta di quella di disinformazione della Commissione UE, sia perché dall'altro permette di ricomprendervi anche altri fenomeni come i discorsi d'odio, inserendoli in una prospettiva sistematica.

Scendendo più nel dettaglio, possono quindi identificarsi tre tipologie di “disordine informativo”:

- 1) *Misinformazione*, ossia informazioni false, ma non create con l'intenzione di nuocere.
- 2) *Disinformazione*, ossia informazioni false e deliberatamente create per danneggiare una persona, gruppo sociale, organizzazione o Paese.
- 3) *Malainformazione*, ossia informazioni basate sulla realtà, utilizzate per arrecare danno a una persona, gruppo sociale, organizzazione o Paese.

La misinformazione presenta un livello elevato di falsità del contenuto – la cui veridicità cioè non è oggetto di opinioni – e, al tempo stesso, per un mancato intento nocivo. Rientrano in questa tipologia, tra l'altro, «le connessioni forzate – ad esempio, i titoli o i virgolettati provocatori che non rispecchiano l'articolo del giornale» oppure «l'accostamento di informazioni tra loro solo apparentemente o accidentalmente collegate»²⁷.

Al contrario, nella malainformazione, la veridicità del contenuto non è in discussione oppure non è quantomeno rilevante, poiché è la condotta medesima di diffusione di determinati contenuti a cagionare *di per sé* un danno²⁸. Rientrano in questa categoria le fughe di notizie riservate – vuoi, per esempio, di dati particolari come quelli sulla salute, vuoi di informazioni coperte da segreto di Stato –, la diffusione di materiale privato senza consenso – per esempio, i casi di *revenge porn* – e infine i discorsi d'odio, ove la volontà di nuocere prescinde dalla menzogna.

La terza tipologia di disordine informativo assume i connotati sia della misinformazione – in quanto falsa – sia della malainformazione – per il suo fine nocivo, volto ad arrecare nocumento alle più svariate tipologie di soggetti, dai singoli individui fino a soggetti istituzionali. Dunque, costituiscono esempi di disinformazione, tra l'altro, «le contestualizzazioni inappropriate (*false framing*), cioè l'infiltrazione di elementi di contorno falsi o tendenziosi in contenuti veri», le parificazioni inappropriate (*false balance*), ossia «la rappresentazione mediatica di temi complessi o particolarmente dibattuti in un preciso momento storico-culturale “in forma fittiziamente polarizzata”, di modo che questi appaiano attraversati “da visioni concorrenti ma tutte ugualmente legittime, dotate di argomentazioni empiricamente robuste e accettate”»²⁹.

²⁷ Cfr. SCAMUZZI *et al.*, cit., 55.

²⁸ In linea con quanto affermato, tra gli altri, da WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012. La letteratura in tema di discorsi d'odio è peraltro amplissima, ma si possono ricordare almeno: DELGADO - STEFANCIC, *Hate Speech in Cyberspace*, in 49 *Wake Forest L. Rev.*, 2014, 319; HERZ - MOLNAR (eds), *The Content and Context of Hate Speech*, Cambridge University Press, 2012; POST, *Legitimacy and Hate Speech*, in 32 *Const. Comment.*, 2017, 651; HARE - WEINSTEIN (eds), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009; BERRIGAN, *Speaking Out about Hate Speech*, in 48 *Loyola Law Review*, 2002, 1 ss.; HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, 2016; WALKER, *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, 1994; BOYLE, *Hate Speech - The United States Versus the Rest of the World?*, 53 *Me. L. Rev.*, 2001, 487 ss.; LEICH, *The Freedom to be Racist? How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism*, Oxford University Press, 2011.

²⁹ Cfr. SCAMUZZI *et al.*, *op. loc. ult. cit.*

La disinformazione, inoltre, mette spesso in risalto deliberatamente le differenze e le divisioni, tra sostenitori di diversi partiti politici, nazionalità, razze, etnie, gruppi religiosi, classi socioeconomiche. Questi tipi di messaggi permettono alle idee discriminatorie di entrare nel dibattito pubblico e di essere trattate come fatti, per poi essere usate per creare capri espiatori, normalizzare i pregiudizi, rafforzare una mentalità del "noi contro loro" e, in casi estremi, persino catalizzare e giustificare la violenza³⁰.

In altre parole, qualunque condotta può essere collocata su questo *spettro* che vede ad un'estremità il massimo livello di menzogna e il minimo di documento, mentre all'estremità opposta, il massimo livello di documento e il minimo di menzogna.

Anche la medesima condotta invero potrebbe caratterizzarsi diversamente a seconda del profilo più rilevante. Così, una condotta inizialmente disinformativa – cioè la creazione di una notizia falsa e ideata per causare danni (anche solo in termini di maggior caos) – condivisione dopo condivisione, potrebbe presto qualificarsi come misinformazione, perdendo cioè il proprio intento nocivo in virtù di una diffusione ad opera di persone che non si rendono conto della falsità e che anzi credono di compiere un gesto utile "informando" la propria rete di contatti.

A seconda dell'inquadramento, allora, l'ordinamento giuridico deve essere in grado di modulare la propria azione di contrasto, dalla calibrazione delle diverse funzioni della responsabilità civile all'esercizio del potere punitivo. Infatti, questo *disordine* può minare non solo i diritti fondamentali dell'individuo, ma anche la coesione della società, fino a compromettere la stabilità democratica di un ordinamento.

3. *Libertà di espressione: le ragioni di un contrasto tra Stati Uniti ed Europa*

La prospettiva del liberalismo di matrice angloamericano tende a incoraggiare un dibattito, anche vigoroso, tra le idee piuttosto che la repressione, in base all'assunto secondo cui «*the remedy for speech that is false is speech that is true*»³¹. Questa impostazione viene da molto lontano e non è altro che l'applicazione in campo giuridico di una dottrina economica, quella della concorrenza perfetta nel libero mercato. In effetti, il concetto del *marketplace of ideas* può essere fatto risalire agli scritti di John Milton e John Stuart Mill³², ed era peraltro noto anche ai Padri Fondatori degli Stati Uniti, su tutti Thomas Jefferson, secondo cui l'opinione errata può essere tollerata se la ragione è lasciata libera di combatterla³³. Tuttavia, è grazie alla giurisprudenza della Corte Suprema che questa nozione diviene parte integrante dell'ordinamento giuridico statunitense: dapprima con una *dissenting opinion* di Oliver Wendell Holmes, secondo cui «*The best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*»³⁴, successivamente con una *concurring opinion* di William Orville Douglas, che utilizza per la prima volta proprio l'espressione «*market place of ideas*»³⁵. Infine, com'è noto, sarà la

³⁰ GREENHILL - OPPENHEIM, *Rumor Has It: The Adoption of Unverified Information in Conflict Zones*, in 3 *International Studies Quarterly* 61, 2017, 660 ss.

³¹ Cfr. *U.S. v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

³² Rispettivamente, *Aeropagitica*, del 1644, e *On Liberty*, del 1859: cfr. INGBER, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, in *Duke Law Journal*, 1984 1 ss.

³³ Cfr. JEFFERSON, *First Inaugural Address* (March 4, 1801), in *Writings* 492, 493, Merrill D. Peterson, 1984.

³⁴ In *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

³⁵ In *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41, 56 (1953).

decisione *Brandenburg v. Ohio*, a far assurgere la nozione di mercato delle idee a principio fondamentale della libertà di espressione nell'ordinamento statunitense³⁶.

Tuttavia, operare nel mercato delle idee comporta il rischio di giungere a esiti talvolta paradossali. Si pensi, ad esempio, al caso *Irving v. Penguin Books Ltd and Lipstadt*, in cui Irving citò per diffamazione Lipstadt, che nel suo libro “*Denying the Holocaust*” lo aveva qualificato come negazionista. La *Queen's Bench* stabilì che la tesi di Irving relativa alla negazione dell'Olocausto fosse infondata, perché l'affermazione di Lipstadt, secondo cui egli aveva deliberatamente distorto le prove storiche raccolte, si era dimostrata sostanzialmente vera. In quel caso, tuttavia, per una peculiarità processuale, toccò a Lipstadt dimostrare che l'Olocausto fosse effettivamente avvenuto³⁷. Oppure, più recentemente, si pensi al caso *Knight First Amendment Institute v. Trump* in cui la Corte d'Appello federale del 2° Circuito ha stabilito che un pubblico ufficiale non può, senza violare il I emendamento, “bloccare” un soggetto dal suo account Twitter personale in risposta alle opinioni politiche che quel soggetto abbia espresso, neanche se quel pubblico ufficiale è il Presidente degli Stati Uniti³⁸.

In Europa, queste situazioni sono più rare perché su alcune questioni esistono leggi che definiscono il perimetro di ciò che (non) può essere detto. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che la libertà di espressione non si applica solo alle idee che vengono accolte favorevolmente, ma anche a tutte quelle che offendono³⁹. D'altra parte, mentre non vi è alcun obbligo per gli Stati di vietare la diffusione di fake news⁴⁰, è tuttavia compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevedere una responsabilità del portale di notizie *online* per i commenti degli utenti ritenuti offensivi e incitanti all'odio o alla violenza⁴¹.

Le ragioni, storiche e culturali, prima ancora che giuridiche, che informano questo divario, sono le stesse che giustificano la differenza di vedute in tema di privacy. È stato affermato, infatti, che laddove negli Stati Uniti il concetto di privacy affonda le sue radici nella libertà – così arrivando a comprendere anche profili che da noi ricadrebbero nell'autodeterminazione –, nell'Europa continentale il concetto di privacy è molto più ristretto e trova il proprio fondamento nella dignità⁴².

³⁶ Cfr. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), secondo cui uno Stato non può vietare discorsi che propugnano l'uso della forza o una condotta illecita, a meno che tali discorsi non siano diretti a incitare o determinare una imminente condotta illecita e siano probabilmente in grado di incitare o determinare tale condotta.

³⁷ Infatti, «*Defamatory words are presumed under English law to be untrue (...): what has to be proved is the substantial truth of the defamatory imputations published about the claimant*»: cfr. *Irving v. Penguin Books Ltd and Lipstadt* (2000) EWHC QB 115.

³⁸ Cfr. *Knight First Amendment Institute v. Trump*, 928 F.3d 226 (2019). La sentenza, che conferma la decisione di primo grado [(1:17-cv-05205) District Court, S.D. New York], è stata poi impugnata davanti alla Corte Suprema dal Presidente Trump, il quale riteneva che il Primo Emendamento non potesse privare un funzionario governativo del diritto di controllare il proprio account personale su Twitter. A seguito delle elezioni presidenziali del 2020, in accoglimento di un'ulteriore istanza presentata proprio dal ricorrente, la Corte Suprema ha annullato la sentenza impugnata per sopravvenuta irrilevanza, in quanto Trump avrebbe presto lasciato il suo incarico e quindi il caso non avrebbe più riguardato l'utilizzo in veste ufficiale del suo account personale: cfr. *Biden v. Knight First Amendment Institute*, 593 U.S. (2021).

³⁹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 7.12.1976, ric. n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*, recentemente confermata *ex multis* da CORTE EUR. DIR. UOMO, 6.4.2021, ric. n. 10783/14, *Handzhiyski v. Bulgaria*. Per un commento su quest'ultimo caso, sia consentito un rinvio a CINÀ, *Libertà di espressione e importanza del contesto: la Corte europea dei diritti dell'uomo ridefinisce il perimetro della protesta politica*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 1379 ss.

⁴⁰ CORTE EUR. DIR. UOMO, 6.11.2005, ric. n. 65518/01, *Salov c. Ucraina*.

⁴¹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 10.10.2013, ric. n. 64569/09, *Delfi AS v. Estonia*.

⁴² Il riferimento è ovviamente a WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in 113 *Yale Law Journal*, 2004, 1151 ss., 1219, e a ID., ‘*Human dignity*’ in *Europe and the United States*:

Infatti, l'Europa ha un passato di società molto gerarchizzate dove la dignità diventa uno strumento per un livellamento verso l'alto⁴³. La dignità e l'onore, che erano tradizionalmente dei valori riservati alle classi più alte, divengono a poco a poco un valore universale. L'onore, in particolare, che costituisce in fondo il nucleo primigenio della dignità, era protetto sia da istituti *extra ordinem*, come il duello, sia da leggi contro l'ingiuria. In entrambi i casi però, a poter esser lesi e a trovare riparazione erano il nome, l'immagine, la reputazione di chi aveva un nome, un'immagine, una reputazione da difendere, cioè gli individui con elevato status sociale. Infatti, è agevole notare che qualora l'offesa fosse giunta da un soggetto appartenente ad una classe inferiore, i rimedi sarebbero stati altri. In altre parole, il potere di mettere in discussione l'onore di un altro uomo dipendeva anche dallo status relativo dei contendenti: così come un "inferiore" non possedeva un onore sufficiente per risentirsi dell'affronto di un "superiore", allo stesso modo un "superiore" poteva ignorare l'affronto di un "inferiore", dal momento che il suo onore non ne sarebbe risultato compromesso⁴⁴.

In siffatto contesto europeo, lo Stato moderno, che avoca a sé il monopolio legittimo sull'uso della forza, non solo rende illegali i duelli, ma conseguentemente assume la funzione di proteggere le persone (tutte) da forme di umiliazione⁴⁵.

Addirittura, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, lo Stato avrebbe una vera e propria "responsabilità morale" di proteggere i propri cittadini, bandendo forme di espressione lesive della dignità umana. In particolare, nel valutare se un'interferenza con la libertà di espressione sia necessaria in una società democratica (cioè convenzionalmente legittima), la Corte ha più volte sottolineato di essere sempre molto sensibile al contesto storico degli Stati membri. In talune circostanze, ad esempio, «alla luce del loro ruolo e della loro esperienza storica, gli Stati che hanno vissuto gli orrori nazisti possono essere considerati come aventi una speciale responsabilità morale nel prendere le distanze dalle atrocità di massa perpetrate dai nazisti». Pertanto, «la scelta del legislatore di sanzionare penalmente l'uso dei simboli nazisti, di bandire l'uso di tali simboli dalla vita politica tedesca, di mantenere la pace politica (anche tenendo conto della percezione degli osservatori stranieri) e di prevenire la rinascita del nazismo deve essere vista in questo contesto»⁴⁶.

the social foundations, in NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, 108 ss. Anche in virtù di ciò (come si vedrà *infra*, § 6), il concetto di dignità assume significati diversi sulle due sponde dell'Atlantico: *sembra* avere questo in mente ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, cit., 377, quando parla di «pronunce giudiziali (...) che con eguale rigore utilizzano l'argomento della dignità per conclusioni di segno opposto (...); qui come sostegno di una libera determinazione di sé da parte della persona, là come baluardo di un modello statuale di relazioni umane che può limitare aspetti essenziali di libertà individuale».

⁴³ «*Germany and France have been the theater of a leveling up, of an extension of historically high-status norms throughout the population*»: cfr. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy*, cit., 1166.

⁴⁴ In quest'ultimo caso, dunque, si sarebbe trattato non di un'onta da lavare, ma di un'impudenza casomai da punire: cfr. PITT-RIVERS, *Honour and Social Status*, in PERISTIANY (ed.), *Honour and Shame: The Values of Mediterranean Societies*, Weidenfeld and Nicholson, 1965, 31.

⁴⁵ Cfr. FREVERT, *The Politics of Humiliation. A Modern History*, Oxford University Press, 2020.

⁴⁶ Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.3.2018, ric. n. 35285/16, *Nix c. Germania*. La Corte ha osservato che, secondo il diritto tedesco, non sussisteva alcuna responsabilità penale quando l'uso di simboli di organizzazioni anticonstituzionali era finalizzato all'educazione civica, alla lotta contro movimenti anticonstituzionali, alla promozione dell'arte o della scienza, alla ricerca o all'insegnamento, alla cronaca di eventi attuali o storici, o a scopi simili. Inoltre, la Corte ha osservato che i tribunali tedeschi hanno limitato l'ambito di applicazione di queste eccezioni agli usi che non contravvengono allo scopo della disposizione, compresi i casi in cui è chiaro ed evidente che la persona che utilizza il simbolo nazista, si oppone all'ideologia sottostante.

Così tutelata, la dignità dà a tutti titolo per un'equa partecipazione nella società.

Al contrario, in una società dove tutti sono immigrati, non c'è alcuna necessità di un livellamento verso l'alto. Gli Stati Uniti cioè sono una terra di frontiera, che deve essere conquistata da pionieri la cui mentalità è basata sull'autosufficienza sull'autogestione e sulla diffidenza nei confronti dello Stato⁴⁷, che è visto come la principale minaccia alle vittorie conquistate. Riflessi di tale mentalità, proprio in tema di libertà di espressione, si trovano anche nella giurisprudenza della Corte Suprema, ove si può leggere, ad esempio, che «*To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion*»⁴⁸.

In effetti, non è un caso che il primo appiglio costituzionale per fondare un diritto alla privacy venga trovato nel IV emendamento, che tutela «il diritto dei cittadini di godere della sicurezza personale, della loro casa, delle loro carte e dei loro beni, nei confronti di perquisizioni e sequestri ingiustificati», cioè una protezione contro intrusioni *dello Stato* nella propria sfera domestica⁴⁹.

Il medesimo prisma è applicabile alle differenti concezioni della libertà di espressione⁵⁰. Dunque, se negli Stati Uniti la principale preoccupazione riguarda il *soggetto* – pubblico – che potrebbe censurare un qualsivoglia messaggio, in Europa invece si teme maggiormente che un determinato *messaggio* possa entrare e rimanere nel dibattito pubblico.

4. La soluzione tedesca della *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*

Un tentativo di trovare un compromesso tra queste visioni così diverse sembra quello tedesco della già citata *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* del 2017⁵¹, che da una parte obbliga i social network alla rimozione di contenuti “illegali”, ossia di ciò che in base alla legge non si può dire⁵², pena la violazione della dignità; dall'altra, stabilisce una cornice procedurale di natura pubblicistica in cui opera una forma di “censura” da parte di un soggetto *privato* (cioè la piattaforma stessa).

Ora si richiede alle piattaforme di rispondere celermente alle richieste di *takedown* di discorsi illegali e quindi di giudicare ciò che è o non è un discorso d'odio (perché lo Stato deve proteggere la dignità dei suoi cittadini nelle relazioni private). D'altro canto,

⁴⁷ Cfr. KOHL, *Platform regulation of hate speech - a transatlantic speech compromise?*, in *Journal of Media Law*, 2022, 8.

⁴⁸ Cfr. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), che conclude il ragionamento affermando che: «*the remedy to be applied is more speech, not enforced silence*».

⁴⁹ Cfr. prima *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), che estende l'applicabilità del IV emendamento «*to all invasions on the part of the government and its employes of the sanctity of a man's home and the privacies of life*», e poi, ovviamente, l'opinione dissenziente di Louis Brandeis in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 471-85 (1928), secondo cui «*The makers of our Constitution (...) conferred, as against the Government, the right to be let alone – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment*» [la decisione sarebbe poi stata revocata da *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), e da *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967)].

⁵⁰ Così proprio WHITMAN, *Enforcing Civility: Three Societies*, in 109 *Yale Law Journal*, 2000, 1279.

⁵¹ Cfr. *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)*, 1.9.2017 (BGBl. I S. 3352), cit.

⁵² Cfr. § 1(3) *NetzDG*.

questa impostazione sembra costituire anche un compromesso con la sensibilità giuridica americana, perché non è lo Stato a decidere il singolo caso concreto. In ogni caso, la legge non si applica se il social network ha meno di due milioni di utenti registrati in Germania⁵³.

Come funziona? Il reclamo proviene da privati e viene gestito dal social network, che agisce con discrezionalità nel valutare l'illiceità di un messaggio. Il social network è tenuto a prevedere però una procedura che garantisca, tra l'altro: *i*) l'immediata presa in carico del reclamo, verificando se il contenuto segnalato nel reclamo sia illegale e soggetto a rimozione o se l'accesso al contenuto debba essere bloccato; *ii*) la rimozione o il blocco dell'accesso ai contenuti manifestamente illeciti entro 24 ore dalla ricezione del reclamo; *iii*) l'archiviazione del contenuto rimosso, a fini probatori, per un periodo di dieci settimane; *iv*) l'immediata notifica della decisione al reclamante e al reclamato, fornendo loro anche le motivazioni della sua decisione⁵⁴.

Sebbene sia teoricamente possibile impugnare la decisione dell'azienda davanti all'autorità giudiziaria, anche in Germania la durata di un tale processo rende comunque difficilmente praticabile questa strada⁵⁵. In ogni caso, il social network non viene giudicato in base a singole irregolarità nel modo in cui esercita questo potere para-giurisdizionale. In realtà, le sanzioni sono legate alla omessa previsione di “modelli organizzativi” interni per l'esercizio di tale potere.

È un compromesso efficace?

Concettualmente, da un punto di vista americano la censura privata è legittima, mentre da un punto di vista europeo un intervento statale è compatibile, anzi è doveroso.

Peraltro, i social network che ricevono più di cento reclami all'anno sono obbligati a redigere relazioni semestrali in lingua tedesca sulla gestione dei reclami e anche a pubblicare tali relazioni nella Gazzetta federale e sul proprio sito web. I rapporti pubblicati sul proprio sito web devono essere facilmente riconoscibili, direttamente accessibili e disponibili in modo permanente⁵⁶. Concretamente, dunque, non ci sono finora prove che i social network abbiano iniziato a rimuovere più contenuti dopo l'entrata in vigore della legge⁵⁷.

Anche recentemente, l'implementazione della legge ha avuto un andamento per così dire altalenante. Ad esempio, le relazioni semestrali di Google – con riferimento a YouTube – riportano, ad aprile 2023, 233.440 segnalazioni (nel II semestre 2022 erano state 282.858; nel I semestre 2022, 263.653), 32.150 rimozioni/blocchi (a fronte di 50.717 nel II semestre 2022 e di 43.847 nel I semestre 2022), con una percentuale di accoglimento dei reclami del 13,77% (a fronte di un 17,93% nel II semestre 2022 e 16,63% nel I semestre 2022). In proiezione, dunque, se da un lato sembrano essere in aumento le segnalazioni, dall'altro il tasso di accoglimento appare in diminuzione⁵⁸.

⁵³ Cfr. § 1(2) NetzDG.

⁵⁴ Cfr. § 3(2) NetzDG. Peraltro, il social network è ora obbligato a offrire alle persone incaricate di trattare i reclami, corsi di formazione e programmi di supporto in lingua tedesca, almeno una volta ogni sei mesi: cfr. § 3(4) NetzDG.

⁵⁵ Cfr. WISCHMEYER, *What is illegal offline is also illegal online: The German Network Enforcement Act 2017*, in PETKOVA - OJANEN (eds), *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries*, Edward Elgar, 2020, 16, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3256498>.

⁵⁶ Cfr. § 2(1) NetzDG.

⁵⁷ Cfr. WISCHMEYER, *op. cit.*, 19.

⁵⁸ Cfr. la Relazione sulle rimozioni ai sensi della legge per la tutela dei diritti sui social network, disponibile su https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?verified_reporting_agencies=period:2021H2&lu=verified_reporting_agencies.

Le relazioni di Facebook per il 2022⁵⁹, invece, evidenziano che nel I semestre ci sono stati 170.233 reclami NetzDG, che hanno individuato un totale di 144.792 contenuti, e 4.184 reclami NetzDG accolti (per un totale di 22.826 contenuti rimossi o bloccati: circa il 15,8%)⁶⁰. Nel II semestre, ci sono stati 125.195 reclami NetzDG, che hanno individuato un totale di 126.208 contenuti, e ben 17.242 reclami sono stati accolti (per un totale di 34.806 contenuti rimossi o bloccati: circa il 27,6%)⁶¹. Anche qui però il timore per una tendenza verso l'*overblocking* sembra potersi ridimensionare, se si pensa che soltanto il 1° 2.2022 era stato aggiunto all'elenco dei reati che definiscono il "contenuto illegale"⁶², il § 189 del codice penale tedesco⁶³.

Ad ogni buon conto, il compromesso che propone la NetzDG sembra essere un po'... goffo. In base a questa legge, infatti, soggetti privati operano come "agenti dello Stato" e ciò, da una prospettiva americana, costituisce comunque un'indebita ingerenza statale⁶⁴. Da una prospettiva europea, invece, la legge non prevede un adeguato monitoraggio pubblico della censura privata. Il punto però è che la contestazione americana di un'illegittima censura governativa sembra venire ridimensionata dalla preoccupazione europea secondo cui la NetzDG ha "privatizzato" forme di censura che invece sarebbero dovute rimanere appannaggio della magistratura⁶⁵.

Tuttavia, come appena detto, l'asserita "abdicazione" dello Stato ai suoi doveri (l'esercizio del terzo potere, sostanzialmente) non sembra aver causato un fenomeno di *overblocking*. In altre parole, i gestori dei social network non paiono aver adottato atteggiamenti di "rimozione difensiva" di contenuti, al solo fine cioè di evitare di incorrere nelle responsabilità previste dalla NetzDG. In effetti, non solo queste compagnie hanno un notevole contro-interesse ad aumentare sempre il traffico sulle proprie pagine web⁶⁶, ma in ogni caso la NetzDG non riguarda gli *user agreement*, che ben possono porre restrizioni alla libertà di espressione ulteriori rispetto a quelle già previste dall'ordinamento tedesco⁶⁷.

⁵⁹ Al momento in cui si scrive non risultano dati, neppure parziali, per il 2023.

⁶⁰ Cfr. Facebook, *NetzDG Transparency Report, 7/2023*, disponibile su https://scontent.fqpa3-2.fna.fbcdn.net/v/t39.8562-6/3275132602_1025655558118928_7083300521484049148_n.pdf?_nc_cat=108&ccb=1-7&_nc_sid=ae5e01&_nc_ohc=pCI0tv7q_ikAX-f3mbb&_nc_ht=scontent.fqpa3-2.fna&oh=00_AfD-mZfFEGmGlooVXW5Vmb1ECEnQ60kly6ftT-6zHYsN1aQ&oe=643CA799.

⁶¹ Cfr. Facebook, *NetzDG Transparency Report, 1/2023*, disponibile su https://scontent.fqpa3-2.fna.fbcdn.net/v/t39.8562-6/327541832_1414754302684176_3061551644115119140_n.pdf?_nc_cat=103&ccb=1-7&_nc_sid=ae5e01&_nc_ohc=b62lb0fwhwAAX-akxv&_nc_ht=scontent.fqpa3-2.fna&oh=00_AfB-9z5AzS8ocKRTanxxSnE1z5T__mX81qxml14Ayz04yLw&oe=643C5B49.

⁶² Ex § 1(3) NetzDG.

⁶³ Cfr. § 189 StGB, *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener* (Offesa alla memoria del defunto).

⁶⁴ Nel diritto costituzionale statunitense, è considerato *state actor* non solo chi agisca in qualità di "pubblico ufficiale", ma anche qualunque persona, fisica o giuridica, che svolga di fatto una funzione tradizionalmente riservata al dominio statale. Dunque, in quanto *state actor*, anche un soggetto privato potrà essere soggetto agli obblighi che il *Bill of Rights* impone al governo federale, tra cui senz'altro quelli derivanti dal I emendamento. Nel corso degli anni, la Corte Suprema U.S.A. ha riconosciuto tale qualifica al villaggio aziendale di una società privata [*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946)], ad un parco privato aperto al pubblico [*Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 (1966)], ad un sindacato [*Steele v. Louisville & N. R. Co.*, 323 U.S. 192 (1944)] e financo ad un partito politico [c.d. *White Primary Cases: United States v. Classic*, 313 U.S. 299 (1941); *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944); *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927); *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73 (1932); *Grovey v. Townsend*, 295 U.S. 45 (1935); *Rice v. Elmore*, 165 F.2d 387 (4th Cir. 1947), cert. denied, 333 U.S. 875 (1948); *Baskin v. Brown*, 174 F.2d 391 (4th Cir. 1949); *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953)].

⁶⁵ Cfr. KOHL, *op. cit.*, 13.

⁶⁶ Cfr. WISCHMEYER, *op. cit.*, 17-18.

⁶⁷ Cfr. KOHL, *op. cit.*, 14.

Tutto ciò può forse essere meglio inteso come un inevitabile effetto collaterale di una convergenza di due tradizioni giuridiche molto diverse sulla libertà di parola. Infatti, la principale differenza tra le concezioni americana ed europea sul punto, sembra essere un riflesso delle diverse preoccupazioni sottostanti: il Primo Emendamento affronta il timore che lo Stato interferisca con la libertà di parola, mentre il costituzionalismo europeo tende alla protezione dell'uguaglianza e della dignità intrinseca dei cittadini nella sfera pubblica.

5. *Il ruolo della dignity nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*

Un compromesso accettabile, dunque, appare ancora lontano poiché, sebbene gli USA e le democrazie liberali europee concordino sull'importanza della libertà di espressione, e in particolare financo sulle conseguenze dannose dei discorsi d'odio, rimangono in netto disaccordo riguardo all'opportunità di un intervento da parte dello Stato.

Un differente approccio potrebbe però basarsi su una maggiore valorizzazione della dignità⁶⁸, termine certamente polisemantico, che invero anche negli Stati Uniti è stata spesso posta *a fondamento* della libertà di espressione⁶⁹, arrivando tra l'altro a considerare la Costituzione federale stessa come un "*bold commitment by a people to the ideal of dignity protected through law*"⁷⁰. Invero, il termine "dignità", pur non comparando nel testo della Costituzione, è presente in più di novecento opinioni della Corte Suprema. Tuttavia, nonostante la sua popolarità, i suoi significati e le sue funzioni sembrano dati per presupposti e raramente articolati⁷¹.

Con riferimento alla libertà di espressione in particolare, ad esempio, la Corte Suprema ha confermato la costituzionalità di una legge penale sulla diffamazione che mira a impedire la pubblicazione di articoli che sottopongano «i cittadini di qualsiasi razza, colore, credo o religione, al disprezzo, alla derisione o allo scherno»⁷².

Da allora, questo precedente non è stato revocato e la sua *ratio decidendi*, incentrata sulla protezione della *dignità* delle classi di cittadini indicate, è stata ritenuta ancora convincente in una recentissima decisione della Corte d'appello federale del 9° Circuito⁷³, ove si può leggere che i giudici dovrebbero quantomeno *esitare* a mettere in discussione i tentativi dello Stato, attraverso i suoi organi rappresentativi, di proteggere i propri elettori. Nel caso di specie, la controversia verteva sulla portata del potere disciplinare

⁶⁸ Secondo SPERTI, *Le Corti costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità*, in *DPCE online*, 3/2019, 2163, i «richiami alla dignità umana non sono mai stati così ricorrenti nel dibattito pubblico, né così profondamente esplorati dalla dottrina e della giurisprudenza sui diritti fondamentali tanto da indurre alcuni commentatori a descrivere il "successo" della dignità come un "fenomeno globale"». Cfr. anche EAD., *Dignità e tutela del pluralismo nella recente giurisprudenza delle Corti costituzionali. Una riflessione muovendo dalle sentenze sul matrimonio egualitario*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 51 ss., nonché EAD., *Arguments Of Dignity And Pluralism Concerns In Recent Constitutional Court Adjudication*, in *Revista Direitos Culturais*, 2020, 15 ss.

⁶⁹ In altre parole, in virtù di questa non univocità, la dignità può essere utilizzata vuoi per espandere l'autodeterminazione dell'individuo vuoi per limitarne la libertà, al fine comunque di tutelare la dignità della persona, come nota ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in ID., *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, 2009, 42.

⁷⁰ Cfr. W.J. BRENNAN, JR., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, 27 S. Tex. L. Rev. 433, 438 (1986).

⁷¹ Cfr. HENRY, *The Jurisprudence of Dignity*, in 160 *University of Pennsylvania Law Review* 1, 2011, 169 ss.

⁷² Cfr. *Beaubarnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

⁷³ Cfr. la *concurring opinion* in *Chen v. Albany School District*, No. 20-16540 (9th Cir. 2022).

di una scuola pubblica, con riguardo ai post dei propri studenti sui social media⁷⁴. In particolare, due studenti avevano pubblicato una serie di contenuti crudeli su alcuni compagni di classe, che andavano da «post immaturi che prendevano in giro l'apparecchio per i denti, gli occhiali o il peso di uno studente, a post molto più inquietanti che indirizzavano invettive feroci con temi razzisti e violenti contro specifici compagni di classe neri»⁷⁵. Nonostante la pubblicazione sui social fosse avvenuta tramite profili privati e al di fuori dell'orario scolastico, i post hanno comunque finito per provocare «gravi atti di bullismo o molestie nei confronti di particolari» compagni di classe. I due studenti protagonisti della vicenda sono stati dapprima sospesi per cinque giorni e poi espulsi. Il provvedimento disciplinare è stato quindi impugnato per l'asserita violazione della loro libertà di espressione per come protetta dal I emendamento, ma sia in primo grado sia in appello l'impugnazione è stata rigettata e la sanzione confermata.

Infatti, tra i valori civici che vengono insegnati a scuola vi è la «fondamentale comprensione della dignità e del rispetto che devono essere garantiti a tutti i cittadini e a tutte le persone, a prescindere da caratteristiche o attributi personali come la razza, la religione e l'orientamento sessuale, e il ruolo di questo rispetto per l'individuo nel sano funzionamento di una democrazia multirazziale e pluralista». E i discorsi d'odio non solo «contribuiscono poco o nulla al libero *mercato delle idee* che è essenziale proteggere in un ambiente scolastico», ma anzi rappresentano proprio l'antitesi dei valori appena menzionati.

Anche per questi motivi, dunque, lo Stato non dovrebbe essere indebitamente limitato nel regolamentare i discorsi di odio allo scopo di proteggere i destinatari di tali discorsi. Ciò però richiederebbe un certo affinamento delle indicazioni fornite dalla Corte Suprema nei suoi precedenti.

In tal senso, offre uno spunto interessante l'opinione dissenziente nella ben nota decisione *Virginia v. Black*, che nel 2003 aveva dichiarato l'incostituzionalità della legge statale che vietava di incendiare croci con un intento intimidatorio⁷⁶. La sentenza aveva accertato la violazione del I emendamento nell'aver posto in capo all'imputato l'onere di dimostrare l'assenza di uno scopo intimidatorio nella condotta incriminata. In altre parole, la legge considerava, illegittimamente secondo la Corte, intimidatoria *di per sé* la condotta di incendiare croci in pubblico o all'interno di proprietà altrui (con ciò riconoscendo espressamente quindi che tale condotta potrebbe, almeno in astratto, avere anche altri significati).

Il *dissent* invece rileva criticamente⁷⁷ che la Corte sembra imputare alla condotta in questione «una componente contenutistica». Ma «In ogni cultura, certe cose acquistano un significato che va ben oltre quello che gli altri possono comprendere» e «nella nostra cultura, le croci in fiamme hanno quasi sempre significato illegalità e comprensibilmente instillano nelle vittime una fondata paura di violenza fisica». Peraltro, è «difficile credere che uno Stato che aveva adottato una pletora di leggi segregazioniste, intendesse in modo contraddittorio soffocare un messaggio segregazionista»⁷⁸. Anzi, è «semplice-

⁷⁴ L'accostamento tra elettori e studenti non è affatto peregrino, se si pensa che spesso, come in questo caso, i funzionari del «provveditorato scolastico» sono eletti.

⁷⁵ I post utilizzavano epiteti razziali e facevano riferimento alla schiavitù, ai linciaggi e ai gorilla.

⁷⁶ Cfr. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

⁷⁷ L'opinione dissenziente porta la firma di Clarence Thomas. È forse il caso di notarlo non tanto perché all'epoca egli era l'unico giudice afroamericano, quanto perché già in passato aveva qualificato la croce incendiata come un «simbolo di odio» e un «simbolo della supremazia bianca»: cfr. la *concurring opinion* in *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995).

⁷⁸ Nel 1952, anno di approvazione della legge, la Virginia era senz'altro uno Stato segregazionista.

mente inconcepibile che la Virginia non si sia preoccupata di altro che di sanzionare una condotta ritenuta particolarmente esecrabile», con ciò dimostrandosi che perfino i sostenitori del segregazionismo avevano compreso la differenza tra una *condotta* intimidatoria e terroristica e forme di *espressione* razziste. In questa prospettiva, cioè, ad essere vietata è «solo una condotta, non un'espressione. E, proprio come non si può bruciare la casa di qualcuno per esprimere una opinione politica e poi rifugiarsi nel Primo Emendamento, coloro che odiano non possono incutere terrore e minacciare per esprimere la loro opinione». A voler dire, non può trascurarsi il grave pregiudizio che le espressioni d'odio causano ai loro destinatari⁷⁹.

Alla luce di questo ragionamento, allora, e appurato ormai che i discorsi d'odio hanno conseguenze dannose, la Corte Suprema potrebbe prendere in considerazione la possibilità di modificare il test di *Brandenburg v. Ohio*, secondo cui uno Stato non può vietare discorsi che propugnano l'uso della forza o una condotta illecita, a meno che tali discorsi non siano diretti a incitare o determinare una *imminente condotta illecita* e siano probabilmente in grado di incitare o determinare tale condotta⁸⁰. In particolar modo, al fine di limitare la libertà di espressione in tema di discorsi d'odio, si potrebbe richiedere soltanto «una probabile ed effettiva minaccia di violenza» derivante da discorsi siffatti⁸¹.

Ma ciò non può prescindere da una precisa individuazione del concetto di “dignità” che, come anticipato poche righe sopra, anche nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, ha nel tempo assunto più di un significato. Infatti, secondo una pregevole ricostruzione⁸², sono ben cinque le categorie a cui può essere di volta in volta ricondotto il termine: *i*) dignità come status istituzionale, per dare una maggiore deferenza ai diversi Stati U.S.A. nei casi di immunità sovrana; *ii*) dignità come uguaglianza, a fondamento della sua giurisprudenza antidiscriminatoria; *iii*) dignità come libertà, a tutela dell'autodeterminazione dell'individuo nella propria sfera sessuale o in tema di aborto; *iv*) dignità come integrità personale, per salvaguardare la reputazione e il corpo delle persone da intrusioni indecorose o umilianti; *v*) dignità come virtù collettiva, per promuovere l'ideale di una società rispettabile in ambiti affatto diversi come la pena di morte e l'aborto con nascita parziale⁸³.

In queste pagine non è possibile approfondire ulteriormente ogni singolo profilo, ma ciò che risulta più interessante in questa sede è poter intendere la dignità come tutela della

⁷⁹ Torna utile qui la categoria della “malinformazione”, descritta *supra*, § 2, in cui rientrano quelle condotte che cagionano *di per sé* un danno.

⁸⁰ Cfr. *Brandenburg v. Ohio*, cit. V. anche *supra*, § 2.

⁸¹ Così suggerisce proprio la *concurring opinion* in *Chen v. Albany School District*, cit., che sottolinea l'opportunità di adottare «una visione espansiva della capacità dei pubblici ufficiali nella scuola di proteggere i futuri cittadini che sono tenuti a servire ed educare».

⁸² Cfr. HENRY, *op. cit.*, 178. Con riguardo specifico al riconoscimento dei diritti LGBT, di dignità come sintesi di libertà e uguaglianza (ma anche dei diversi significati che il termine assume nella giurisprudenza in tema di matrimonio omosessuale), parla SPERTI, *Constitutional Courts, Gay Rights, Sexual Orientation Equality*, Hart, 2017.

⁸³ L'aborto con nascita parziale è definito come “*an abortion in which the person performing the abortion, deliberately and intentionally vaginally delivers a living fetus until, in the case of a head-first presentation, the entire fetal head is outside the body of the mother, or, in the case of breech presentation, any part of the fetal trunk past the navel is outside the body of the mother, for the purpose of performing an overt act that the person knows will kill the partially delivered living fetus; and performs the overt act, other than completion of delivery, that kills the partially delivered living fetus (18 U.S. Code 1531)*”: così la Pub. L. 108-105, 117 Stat. 1201, 18 U.S.C. § 1531, [1] PBA Ban (2003), la cui legittimità costituzionale è stata confermata da *Gonzales v. Carhart*, causa riunita con *Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America, Inc.*, entrambe 550 U.S. 124 (2007).

persona nella sua *integrità*, non solo sul piano fisico ma anche su quello morale⁸⁴. Esistono infatti numerose definizioni di discorso d'odio, ma nella sua essenza esso comporta la riduzione di un individuo (o gruppo di individui) ad un singolo tratto personale ritenuto incompatibile con un presupposto modello di "virtù". In questo senso, dunque, l'individuo che non possiede quella particolare caratteristica, non potrebbe considerarsi "integro".

La Corte Suprema ha fatto riferimento alla dignità in tale accezione proprio per descrivere e prevenire i danni che si verificano quando un tratto personale di questo tipo viene inserito nel dibattito pubblico, facendo svanire tutte le altre caratteristiche di quella persona (o gruppo). Ad esempio, è stato ritenuto⁸⁵ che quando un presunto fatto negativo su una persona (vero o falso che sia) diventa tutto ciò che una società vede e conosce di quella persona, la dignità di questa fosse in pericolo. Nel caso di specie, la Corte si occupò per la prima volta di stabilire se le leggi sulla diffamazione a mezzo stampa fossero applicabili all'espressione di *opinioni* (e non di fatti). Michael Milkovich, un allenatore di wrestling di una scuola superiore dell'Ohio, aveva instaurato una causa risarcitoria per i danni subiti quando un articolo di giornale lo aveva tacciato di aver mentito sotto giuramento ad un processo. In primo grado, l'asserita calunnia a danno di Milkovich non venne ritenuta tale, appunto perché l'affermazione contenuta nell'articolo era un'opinione e come tale costituzionalmente protetta. Tuttavia, la Corte Suprema stabilì che non esiste una tutela costituzionale privilegiata per le opinioni, perché oltretutto le affermazioni contenute nel giornale erano sufficientemente concrete da poterne dimostrare la veridicità o meno.

Ebbene, in base alla common law, l'azione per diffamazione tutela l'interesse alla reputazione di una persona sotto due profili: patrimoniale – ossia l'interesse al valore del proprio buon nome per favorire i propri affari – e morale – ossia l'interesse «che coinvolge la personalità e la dignità umana»⁸⁶. Anche per questo motivo, la Corte, prima richiama un proprio precedente⁸⁷ affermando che «*the right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being*», poi può così limitare la libertà di espressione del giornale, ritenendo preponderante nel bilanciamento degli interessi, quello di Milkovich a proteggere la sua dignità – come integrità personale – rispetto a quello pubblico o del giornalista alla dignità – come libertà (di autodeterminazione)⁸⁸.

In altre parole, non si può consentire che una singola caratteristica negativa metta in ombra un'intera persona, pena la dis-integrazione della sua dignità⁸⁹. Anche al di là dell'Atlantico, quindi, non sempre i diritti di chi parla devono prevalere su quelli di chi ascolta.

6. Considerazioni finali

«È uno de' vantaggi di questo mondo, quello di poter odiare ed esser odiati, senza conoscersi»⁹⁰: così scriveva nel 1842 Alessandro Manzoni. Chissà cosa scriverebbe oggi

⁸⁴ «La dignità è anzitutto integrità»: ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, cit., 378.

⁸⁵ Cfr. *Milkovich v. Lorain Journal Company*, 497 US 1 (1990).

⁸⁶ Cfr. ELDRIDGE, *The Law of Defamation*, Bobbs-Merrill, 1978, 2.

⁸⁷ Cfr. *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966).

⁸⁸ Cfr. HENRY, *op. cit.*, 218.

⁸⁹ Cfr. EAD., *op. loc. cit.*

⁹⁰ Cfr. Manzoni, *I promessi sposi*, 1842, cap. IV.

che a fare da ulteriore filtro ai rapporti umani, si trova spesso lo schermo di un cellulare o il monitor di un computer. Il fenomeno dei discorsi d'odio, quindi, non è né nuovo né tantomeno ignorato dagli ordinamenti democratici. In effetti, dagli anni '50 in avanti si è assistito ad una «espansione della libertà di espressione in tutto il mondo occidentale ma, con l'ingresso di internet nel mercato delle idee, molte di quelle che sembravano vittorie cominciano a sembrare debolezze»⁹¹. In altre parole, la questione centrale del dibattito odierno sembra ruotare intorno a queste tre domande: cosa si può dire? cosa non si può dire? e soprattutto: che ruolo svolgono i social network in tutto questo? Una delle maggiori criticità, infatti, è la valutazione decontestualizzata del singolo post, vagliato in base alla legislazione del Paese in cui si trova il server e non di quello in cui risiede il suo autore o la vittima⁹².

I fenomeni di hate speech, comunque motivati, costituiscono gravi forme di discriminazione, poiché determinano una lesione della dignità umana e vulnerano i valori fondanti dell'ordinamento giuridico italiano, europeo e internazionale. In maniera analoga, le fake news mettono in crisi le tradizionali limitazioni alla libertà di espressione e non danneggiano peraltro solo i destinatari specifici. Infatti, il messaggio nocivo e/o menzognero spiega i suoi effetti verso tutti coloro che condividono le stesse caratteristiche e/o nei confronti della società più in generale, indebolendo la tenuta democratica dell'ordinamento. In questo modo, hate speech e fake news causano danni incalcolabili alle vittime, alle loro famiglie e alla società nel suo complesso.

In una situazione in cui i social media sembrano ergersi a paladini, interessati, della libertà di espressione – e le istituzioni faticano a disciplinare la loro attività–, in cui il confine tra tale libertà e il diritto a non essere offesi rimane di difficile individuazione, chiedersi se i principali social network abbiano fatto bene a bandire Donald Trump dalle proprie piattaforme diventa fondamentale⁹³. Una risposta negativa non potrà che essere fondata su una interpretazione assolutista della libertà di espressione. Una risposta positiva invece potrà avere diverse motivazioni: perché è un pericolo per l'ordinamento democratico? Per la diffusione di menzogne prive di fondamento alcuno? O per le sue posizioni intolleranti e discriminatorie⁹⁴? A seconda del bene giuridico che si ritiene di dover tutelare, cambieranno il *quantum* e il *quomodo* delle limitazioni alla libertà di espressione, in un'arena virtuale dove peraltro sembra aggravarsi sempre più la «frattura tra la democrazia dell'informazione e l'aristocrazia della conoscenza»⁹⁵.

⁹¹ BERKOWITZ, *Dangerous Ideas: A Brief History of Censorship in the West, from the Ancients to Fake News*, Westbourne, 2021, 207. Ma già in tempi non sospetti GOBBO, *La propaganda politica nell'ordinamento costituzionale. Esperienza italiana e profili comparatistici*, Cedam, 1997, 14, evidenziava «la natura potenzialmente "pericolosa" dei media moderni [i.e. la radiotelevisione], nel senso che un uso "cattivo" si rivelava virtualmente idoneo a lasciare tracce indelebili nel sistema dei rapporti sociali, economici politici, in maniera assai più pervasiva rispetto agli strumenti di comunicazione tradizionali, quali i quotidiani e i periodici»: anche oggi quindi *nihil sub sole novum*.

⁹² SCAMUZZI *et al.*, *op. cit.*, 70. Per alcuni cenni introduttivi al regime di responsabilità degli *Internet Service Providers*, cfr. MONTI, *Circolazione dei contenuti: fake news e hate speech fra UE e Stati Uniti*, in *Diritto privato digitale*, a cura di BATTELLI, Giappichelli, 2022, 193 ss., in part. 198 ss.

⁹³ Salvo, nel caso di Twitter, ritornare sulla propria decisione il 20.11.2022, dopo il cambio di proprietà del social network: v. l'articolo *Twitter, Musk riammette Trump ma lui resta su Truth*, in *Il Sole24ore*, 20.11.2022, disponibile su <https://www.ilssole24ore.com/art/twitter-musk-riammette-trump-ma-lui-resta-truth-AExTmf1C>.

⁹⁴ Cfr. KAMPFNER, *You can't say that; A look at two millennia of censorship shows how the instincts of kings and courtiers match those of today's information gatekeepers*, in *Financial Times*, 3.7.2021.

⁹⁵ FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 1, 84.

Un compromesso efficace tra le tradizioni giuridiche occidentali in questo ambito non sembra essere particolarmente vicino perché diverse sono le istanze culturali sottostanti «le questioni relative ai rapporti tra libertà di espressione, (auto)regolamentazione delle piattaforme e asimmetria tra le sensibilità costituzionali proprie delle due sponde dell'Atlantico»⁹⁶. Tuttavia, gli elementi comuni, come si spera di aver evidenziato, non mancano – anche se dovranno essere valorizzati – e al Manzoni allora si potrà auspicabilmente rispondere con le parole di Pavese: «Ogni contatto con una nuova realtà comincia con l'odio. L'odio è un presupposto della conoscenza»⁹⁷.

⁹⁶ Così POLLICINO, *La libertà di espressione sui social è giunta all'ora zero qui e negli Usa: è ora di una stagione nuova*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 19.1.2021, disponibile su <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/01/19/la-liberta-di-espressione-sui-social-e-giunta-allora-zero-qui-e-negli-usa-e-ora-di-una-stagione-nuova/6070705>.

⁹⁷ Pavese, *Il mestiere di vivere. Diario 1935-1950*.