

LA XVII LEGISLATURA E LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE: UN BILANCIO FRA LUCI E OMBRE*

MATTEO MONTI**

Sommario

1. Introduzione - 2. Le nuove legislazioni in materia di libertà di manifestazione del pensiero: tutela della verità storica, protezione del fanciullo e garanzia degli amministratori locali - 2.1. La legge sul negazionismo e sulle verità storiche - 2.2. La legge sul cyberbullismo - 2.3. La legge sugli atti intimidatori verso gli amministratori locali - 3. Proposte non approvate dalla portata innovativa ed emergenziale: la lotta alle *fake news* e quella al nazifascismo - 3.1. Il d.d.l. Gambaro e le *fake news*: uno strumento inadeguato per una problematica reale - 3.2. Il d.d.l. Fiano e la propaganda nazifascista: una normativa in odore di incostituzionalità - 4. Conclusioni: un bilancio finale, fra luci e ombre

Suggerimento di citazione

M. MONTI, *La XVII legislatura e la libertà di espressione: un bilancio fra luci e ombre*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto nell'ambito del ciclo di seminari "Analizzando la XVII legislatura: elementi per un bilancio", svolti nell'aprile 2018 presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa (Istituto Dirpolis, Area di ricerca PARS) e organizzati in collaborazione con le Università di Firenze (Dipartimento di Scienze giuridiche) di Pisa (Dipartimento di Giurisprudenza) e LUISS Guido Carli (Centro di studi sul Parlamento).

** Dottorando in Diritto pubblico comparato presso la Scuola Superiore Sant'Anna.
Contatto: matteo.monti@santannapisa.it

1. Introduzione

La libertà di manifestazione del pensiero si caratterizza per essere la «pietra angolare dell'ordinamento democratico»¹ ed un diritto inviolabile del nostro sistema costituzionale². Questa portata fondante e fondamentale per l'ordinamento democratico impone un attento vaglio delle politiche pubbliche che potrebbero impattare sul disposto e sull'ambito di applicazione dell'art. 21 Cost. sia in relazione alla dimensione “pubblica” e politica della libertà di espressione che a quella “privata” individuale. La tutela della libertà di espressione risponde difatti a due *rationales* costituzionali: l'autorealizzazione dell'individuo³ e la garanzia della circolazione delle idee⁴. Assume dunque un pregnante significato analizzare i nuovi limiti alla libertà di espressione sviluppati dal Parlamento della XVII legislatura.

La XVII legislatura è stata, infatti, particolarmente ricca d'interventi concernenti la libertà di manifestazione del pensiero, inaugurando anche nuovi profili di attenzione in relazione alla rete Internet. In questa sede saranno oggetto di analisi le tre principali leggi approvate in materia di libertà di espressione, nella specie la legge sul negazionismo, la legge sul cyberbullismo e la legge sugli atti intimidatori verso gli amministratori locali, nonché due proposte di legge dalla profonda portata innovativa rispetto allo *status quo*, il c.d. d.d.l. Gambaro in materia di *fake news* e disinformazione online e il c.d. d.d.l. Fiano in materia di propaganda nazifascista.

Le suddette legislazioni saranno esaminate dal punto di vista procedurale dell'approvazione in Parlamento, dando conto della loro condivisione “politica” ed analizzando i passaggi ritenuti più significativi, e dal punto di vista contenutistico, cercando di metterne in luce gli aspetti maggiormente rilevanti e pro-

¹ C. cost., 2 aprile 1969, n. 84.

² C. cost., 24 giugno 1970, n. 122 e C. cost., 5 luglio 1971, n. 168.

³ «Non si nega, sia detto ad evitare equivoci, che, sotto il profilo ideale, un regime nel quale si riconosce al cittadino la capacità di creare diritto e nel quale si vuole che chi governa consideri il suddito come potenziale governante e che non vi siano duci e seguaci, e che sia riconosciuta ad ogni cittadino capace di curare il proprio interesse la potestà di collaborare alla determinazione del comune destino, e che afferma la sovrana dignità di ogni cittadino...non si nega che tale ordinamento pretenda che in via di principio sia riconosciuta innanzi tutto la possibilità di manifestare il proprio pensiero. Si vuole solo affermare che non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicché possa determinarne la funzione ed i limiti, ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella verità (e cioè del valore della persona umana) portano tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico». C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, 123.

⁴ In particolare Pace, rovesciando il passaggio di Esposito (nota precedente) riconosce centralità alla «libera circolazione delle più diverse idee». A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, 386.

blematici. Nelle *Conclusioni* si sintetizzeranno le considerazioni svolte, tentando di delineare un affresco complessivo della legislatura diciassettesima in relazione alle tematiche in esame.

2. Le nuove legislazioni in materia di libertà di manifestazione del pensiero: tutela della verità storica, protezione del fanciullo e garanzia degli amministratori locali

2.1. La legge sul negazionismo e sulle verità storiche

La prima legislazione che verrà analizzata, per consequenzialità temporale, è la nuova legge in materia di negazionismo, legge 16 giugno 2016, n. 115, rubricata “Modifiche all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l’umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”. La legge, proposta sotto forme varie e diversificate fin dalla XV legislatura⁵ anche in conseguenza di una decisione quadro europea⁶, è stata presentata in data 15 marzo 2013 dalla senatrice Silvana Amati (PD) e, come si vedrà, approvata dopo due letture. Dopo la mancata approvazione del testo in sede deliberante, il disegno di legge è stato trasmesso all’aula del Senato.

Il D.d.l. 54S prevedeva, originariamente, la modifica della c.d. legge Reale-Mancino con l’inserimento dell’aggettivo “pubblicamente” a seguito della parola “istiga” all’art. 3, co. 1, l’aggiunta alla fattispecie della propaganda razzista e dell’istigazione alla discriminazione di un comma 3-bis contenente la circostanza aggravante della negazione della Shoah, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra e, infine, la riduzione della pena edittale del 414 c.p. La prima votazione finale ha registrato il voto di 245 senatori e l’approvazione del testo a larga maggioranza (234 favorevoli, 3 contrari, 8 astenuti). In prima lettura la Camera (C. 2874) ha soppresso le specificazioni alla legge Reale-Mancino e le modifiche all’art. 414 c.p., aggiungendo alla previsione della aggravante per il negazionismo la seguente formula «tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l’Italia è membro». La Camera approvò il testo così come modificato con l’astensione di Lega Nord, Movimento5Stelle e Fratelli d’Italia (favorevoli 340,

⁵ Nel 2007 l’allora Ministro della giustizia Clemente Mastella si fece promotore di una legislazione simile. Vd. D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati d’opinione nella proposta Mastella*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2007.

⁶ Vd. G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile all’indirizzo: www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2016, 4 e ss; G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SIDI Blog*, disponibile all’indirizzo: www.sidiblog.org, 22 giugno 2016, par. 2.

contrari 1, astenuti 107). Il Movimento 5 Stelle, nelle dichiarazioni dell'On. Ferraresi, sembra condividere lo spirito della norma ma non la sua introduzione come aggravante della Reale-Mancino, sottolineando la limitata efficacia della suddetta legge e le problematiche in relazione all'accertamento delle verità storiche in assenza di giudizi di corti internazionali⁷; la Lega Nord, per voce dell'On. Molteni, pur condividendo la base morale della legge, ritiene la legge Mancino in generale e l'aggravante proposta come liberticide⁸; sulla stessa lunghezza d'onda Fratelli d'Italia che auspica lo sviluppo di misure "culturali" ed educative invece che l'utilizzo di leggi contrastanti con la libertà di espressione, come la legge Reale-Mancino⁹.

Il secondo passaggio al Senato del d.d.l. (S. 54-B) registrava l'aggiunta della clausola del pericolo concreto della diffusione delle tesi negazioniste e la rimozione dell'ancoraggio del reato a sentenze dei tribunali internazionali passate in giudicato. A seguito dell'emendamento 1.401¹⁰ non vennero svolte le dichiarazioni di voto finale.

Tornato alla Camera (C. 2874-B) il progetto venne approvato in seconda lettura con l'astensione di Lega Nord, Movimento 5 Stelle e Fratelli d'Italia (favorevoli 237, contrari 5, astenuti 102). Gli interventi¹¹ di Movimento 5 Stelle (On. Ferraresi), Lega Nord (On. Molteni) e Fratelli d'Italia (On. Rizzetto) confermano le obiezioni e le perplessità già espresse in prima lettura alla Camera.

Dal punto di vista contenutistico la legge n. 115/2016 impatta nella sua interezza con il paradigma della libertà di espressione, essendo tesa alla formulazione di un reato di opinione, financo nella forma di aggravante. La nuova legge sancisce:

⁷ «Ecco perché, Presidente, sottosegretario, colleghi, pur rilevando una certa bontà nell'iniziativa dei colleghi del Senato, il gruppo del Movimento 5 Stelle, non per ideologia, ma per principi tecnico-giuridici e per principi di buona legislazione e di assoluta responsabilità nei confronti di magistrati e cittadini italiani, nonché per l'assoluta certezza di andare ad applicare una norma penale così delicata, si asterrà su questo provvedimento». Camera dei Deputati, Seduta n. 501 del 13 ottobre 2015 (*Seguito della discussione ed approvazione*), 66.

⁸ «Ed è il motivo per cui, Presidente, riprendendo le premesse fatte sulla Shoah e sull'Olocausto, ma ancorate ad una legge che noi abbiamo sempre contrastato, che limita, cancella e comprime in maniera antidemocratica, a nostro avviso, ed eccessivamente liberticida il diritto di parola e il diritto di espressione di ogni cittadino e di ogni popolo, il gruppo della Lega Nord si asterrà». Camera dei Deputati, Seduta n. 501 del 13 ottobre 2015 (*Seguito della discussione ed approvazione*), 59.

⁹ «Pensiamo, insomma, che la democrazia abbia, culturalmente, armi formidabili per sconfiggere i negazionismi. Non ci sembra, invece, né giusto né efficace sancire per legge l'impedimento di giudizi, fossero anche i peggiori o i più riprovevoli: questo rischia, nonostante le migliori intenzioni, di sancire una vera e propria censura penale alla libera espressione del pensiero». Camera dei Deputati, Seduta n. 501 del 13 ottobre 2015 (*Seguito della discussione ed approvazione*), 57.

¹⁰ Su cui – come per tutto l'iter – si rimanda all'analisi svolta in A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile all'indirizzo: www.penalecontemporaneo.it, 3, 2016.

¹¹ Vd. Camera dei Deputati, Seduta n. 634 del 8 giugno 2016 (*Seguito della discussione ed approvazione*).

«3-bis. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232»

La disposizione in esame incontra notevoli problematiche sia dal punto di vista del diritto penale che – soprattutto – da quello del diritto costituzionale.

Il primo profilo di interesse è sicuramente quello dell'introduzione della disposizione in esame nell'ambito della legge Reale-Mancino, il principale strumento di contrasto alla propaganda razzista. La scelta di non formulare una fattispecie autonoma, ma di determinare un'aggravante in relazione al discorso razzista si pone certamente in linea con quelle tesi dottrinarie¹² che ravvisano nel revisionismo storico, in particolare riferito alla negazione della Shoah, un discorso odioso di natura razzista, in genere per il contenuto antisemita a cui si associa, non limitandosi, infatti, il più delle volte alla mera discussione storica, ma essendo molto spesso sotteso da un *rationale* di tipo politico¹³. Certamente da questo punto di vista l'aggravante dovrebbe essere idonea a escludere la punibilità di espressioni legate alla ricerca storico-scientifica, anche se, come dimostrato dalla prassi giudiziale, le opere scientifiche/intellettuali non sono rimaste immuni da una applicazione ampia e intrusiva della c.d. legge Reale-Mancino¹⁴. Peraltro, la non introduzione nel testo in esame di termini quali

¹² «(..) negli Stati Uniti e in Gran Bretagna il negazionismo nasce e si sviluppa come un fenomeno di estrema destra che mira esclusivamente a relativizzare i crimini nazisti per riabilitare la Germania di Hitler. Di per sé si tratta dunque di un movimento marginale che rientra a pieno titolo nel filone dell'antisemitismo tradizionale e interessa solo chi già condivide un'ideologia di stampo nazista». V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Bompiani, Milano, 1998, 10. *Contra*: chi evidenzia come l'«*bate speech*» possa agevolmente distinguersi dal negazionismo. Il *discrimen* sussiste non tanto nella «matrice» dei due fenomeni: che all'origine di entrambi vi sia un *ideologismo* razzista più o meno slatentizzato è fatto che marginalmente interessa il diritto. A differenziare le due fattispecie – si diceva – non è solo la presenza di diversi «epifenomeni» ma anche il trattamento che il diritto positivo riserva ad esse». S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, 882.

¹³ «L'espressione negazionista, quindi, è politico-simbolica non soltanto quando, come accade ad esempio nella «menzogna qualificata» (intesa qui in senso debole), alla negazione dell'evento si accompagna una espressa propaganda ideologica delle basi politiche e ideali dello stesso, ma anche quando la mera negazione costituisce di fatto uno strumento apologetico nei confronti di un regime, di una ideologia, o di protagonisti della storia: si tratta semplicemente di due differenti forme di espressione metasimbolica». E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008, 260.

¹⁴ Si pensi alla condanna di un professore di Filosofia dell'Università di Cagliari per quanto scritto in una pubblicazione intitolata «Scontro tra cultura e metacultura scientifica: l'Occidente e il diritto naturale» (Cass. Pen. sent. n. 20508/2012) o all'incriminazione di Oriana Fallaci per il suo libro «La forza della Ragione». Vd. M. MONTI, *Libertà di espressione e hate speech razzista: un'analisi mediante*

“minimizzazione grossolana”, “giustificazione” etc.¹⁵ è foriera di ulteriori problemi, non circoscrivendosi la fattispecie delittuosa alle condotte di maggior afflato politico. A prescindere da queste considerazioni è evidente che almeno teoricamente la fattispecie in esame dovrebbe, in quanto aggravante, essere intimamente connessa a una volontà discriminatrice che spetterà al giudice rilevare¹⁶.

La scienza penalistica ha poi, dal punto di vista del *drafting* legislativo, evidenziato come la formulazione del reato in oggetto racchiuda una confusione terminologica che può essere idonea a condurre all'inquadramento della disposizione in esame come reato autonomo e non come circostanza aggravante¹⁷.

Entrando nel merito della disposizione in esame si può innanzitutto osservare che essa è ascrivibile a un *trend* europeo di interventi legislativi, le c.d. *memory laws*¹⁸, volti a tutelare, anche mediante lo strumento del diritto penale, determinate verità storiche. Nel nostro paese le proposte di introduzione di reati a tutela di tali verità storiche avevano sempre suscitato molte critiche fra gli storici e gli studiosi¹⁹.

Peraltro, la disposizione in esame si caratterizza per essere un c.d. reato di negazionismo derivato²⁰ teso a punire non solo il negazionismo della Shoah (negazionismo originario), ma anche la negazione di altri crimini contro l'umanità, pur in assenza di una storiografia consolidata. Proprio questo carattere, aggravato dal superamento di correlare i crimini ad un accertamento degli stessi da parte di autorità internazionali, trasformerà il giudice nazionale in sto-

le categorie di speakers, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo: www.dirittifondamentali.it, 2, 2015, 44 e ss. Anche nel più delimitato ambito della Shoah, non è certo che assumerà rilievo la distinzione fra storico revisionista e negazionista (cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, XIII e XV).

¹⁵ Su cui si veda quanto riportato in A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit., 288.

¹⁶ E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Diritto penale e processo*, 2, 2017, 160.

¹⁷ A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit., 283. *Contra*: E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, cit., 156.

¹⁸ Per un approfondimento anche comparatistico si veda: E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2006, xii; A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS, *Memory Laws or Memory Loss? Europe in Search of Its Historical Identity through the National and International Law*, in *Polish Yearbook of International Law*, 34, 2014. Cfr. H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy: de 1984 à nous jours*, Gallimard, Parigi, 1990. Per un'analisi del rapporto fra memoria e Stato si veda: A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria: Studio di diritto comparato*, Franco Angeli, Milano, 2018.

¹⁹ M. FLORES, S. LEVIS SULLAM, E. TRAVERSO e altri, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, in *Storicamente*, disponibile all'indirizzo: www.storicamente.org, 2, 63, 2006, e A. PROSPERI, *Se le bugie negazioniste diventeranno un reato*, in *La Repubblica*, disponibile all'indirizzo: www.repubblica.it, 16 ottobre 2010.

²⁰ E. FRONZA, voce *Negazionismo* (diritto penale), in *Enc. dir.*, VIII, 2015, 633 ss.

rico, con il compito di selezionare eventi e determinarne portata e fenomenologia storica, consolidandone una versione di stato: è evidente e lampante come ciò strida con la libertà di ricerca storica²¹. Questa nuova disposizione pone, dunque, notevoli problematiche in relazione alla ricerca scientifica correlata agli eventi drammatici più recenti sui quali non si sia ancora consolidata una condivisa lettura storica di responsabilità e fatti e rischia di limitarne lo studio, costruendo verità ufficiali protette dal diritto penale.

Come per tutta la legge Reale-Mancino, poi, notevoli dubbi sorgono relativamente alla compatibilità con l'art. 21 Cost. di tali reati di opinione²²: la dizione "concreto pericolo di diffusione" non richiama infatti la giurisprudenza costituzionale in tema di istigazione, ma si limita a circoscrivere la punibilità delle esternazioni in relazione al loro carattere di pubblicità o, meglio, di "potenziale" pubblicità. Rispetto quest'ultimo profilo serve anche rilevare che la nozione piuttosto ampia di propaganda e istigazione data dall'interpretazione giudiziale della legge Reale-Mancino non fa propendere per un'interpretazione e un'applicazione restrittiva della fattispecie in esame²³.

Di particolare rilievo, infine, è il dato dell'elemento soggettivo della fattispecie delittuosa in esame che pare richiedere solo la colpa²⁴, concretizzandosi in questo intervento legislativo quella tendenza del Legislatore a punire fenomeni che possono essere derivati da disagio sociale e scarsa scolarizzazione, contrastabili meglio con strumenti "culturali" che con quelli del diritto penale.

Ed è proprio quest'ultima la strada che forse sarebbe stato opportuno percorrere e implementare: «[c]he il negazionismo sia un fenomeno da contrastare è fuori di dubbio. Il punto è modale. Come rispondere, dunque, a manifestazioni (...) gravi, diffuse e persistenti? Come rispondere al contempo a pretese esigenze di tutela? Come non alimentare la rinascita di "moderni reati di opinione"? Di fronte a manifestazioni di pensiero ignobili la risposta più potente rimane quella che giace sul medesimo registro, quella del pensiero nobile, che impegna la coscienza di tutti i cittadini, non ricorrendo alla leva penale»²⁵.

²¹ E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, cit., 158.

²² D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Franco Angeli, Milano, 2012; E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, cit.; C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, BUP, Bologna, 2013; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile all'indirizzo: www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2013.

²³ M. MONTI, *La ricerca dell'equilibrio tra libertà d'espressione e hate speech razzista negli Stati democratici*, Nicolo International Editions, Roma-Parigi, 2016, 44 e ss.

²⁴ E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, cit., 164.

²⁵ ID., 167.

2.2. La legge sul cyberbullismo

La legge sul cyberbullismo trae origine dalle pressioni sociali conseguenti ad un inquietante aumento dei fenomeni di bullismo online²⁶, che hanno sollecitato il Parlamento a intraprendere un percorso di studio e intervento in materia, concretizzatosi nell'emanazione della legge 29 maggio 2017, n. 71, rubricata "Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione e il contrasto del fenomeno del cyberbullismo". La legge è stata approvata dopo due letture e un iter che ha visto una netta contrapposizione fra Senato e Camera in merito alle azioni da intraprendere per contrastare il fenomeno.

La legge scaturisce dall'iniziativa della senatrice Elena Ferrara (PD) con la presentazione del d.d.l. S. 1620 che assorbiva il d.d.l. S. 1621 e nella sua versione originaria prevedeva 6 articoli, come di seguito sintetizzati: definizione di cyberbullismo (art. 1), procedura di *notice&takedown* (art. 2), misure di contrasto al fenomeno aventi carattere educativo e di (auto)regolamentazione (artt. 3, 4, 5) e, infine, procedura di ammonimento (art. 6). Dopo una serie di emendamenti di rifinitura il testo viene approvato senza grandi modifiche ed appare condiviso da tutte le forze politiche, come esemplificato dal voto sull'art. 2 nella seduta 749 del 26 gennaio 2017 terminata senza astensioni o voti contrari: quindi all'unanimità!

La Camera dei deputati (C. 3139) stravolge l'articolato del d.d.l., introducendo all'art. 1 una definizione di bullismo generale e di conseguenza trasformando la natura stessa della legge, estendendone la portata potenzialmente oltre i fenomeni della Rete. Puntuali, invece, le modifiche all'art. 2 che prevedono tempi più larghi per la rimozione dei contenuti afferenti al cyberbullismo da parte delle piattaforme digitali, configurano l'attivazione della procedura di rimozione per tutti i minori e non solo per i minori ultraquattordicenni, inseriscono la dizione "social media" a fianco a quella di "gestori di siti internet" e impongono a questi ultimi di dotarsi di procedure per la gestione dei ricorsi per le rimozioni. Si aggiunge, inoltre, al progetto un art. 5 inerente le informative da fornire alle famiglie da parte dei dirigenti scolastici e un art. 8 di modifica dell'art. 612-bis del codice penale, concernente il delitto di atti persecutori. In particolare con l'ultima modifica citata si reinsertiva, dunque, lo strumento del diritto penale nell'ambito della lotta al cyberbullismo, cosa che era stata oculatamente evitata dal Senato. In relazione ai nuovi articoli si deve evincere

²⁶ Dalla ricerca realizzata da Ipsos per l'organizzazione Save the Children (reperibile al link: <https://www.savethechildren.it/press/minori-e-internet-adulti-e-ragazzi-sempre-più-connessi-smartphone-e-sempre-più-social-ma>), citata anche in sede di relazione parlamentare, emerge come il cyberbullismo sia riconosciuta dai ragazzi italiani come la principale minaccia a scuola e in attività extra-scolastiche. Cfr. per ulteriori approfondimenti la Relazione di accompagnamento al d.d.l. S.1620, il rapporto ISTAT, *Il bullismo in italia: comportamenti offensivi e violenti tra i giovanissimi*, 2015, reperibile al link: <https://www.istat.it/it/archivio/176335> e il comunicato stampa CENSIS, *Cyberbullismo: aumentano i casi sul web, le scuole sono in allerta, ma le famiglie minimizzano*, 2016.

un atteggiamento oscillante fra l'opposizione e l'astensione dei gruppi di LN, FDI, SI-SEL e M5S.

Il testo della legge tornato in Senato (S. 1261-B) viene fortemente ridisegnato in Commissione in conformità con la disciplina originale, ritoccata in maniera solo marginale dall'Assemblea di Palazzo Madama. Il lavoro del Senato riporta al centro il tema del cyberbullismo, eliminando i riferimenti al bullismo come principio generico e generale²⁷, rimuovendo gli obblighi di predisporre immediatamente adeguate procedure per la rimozione dei contenuti online e, soprattutto, espungendo dal testo la sanzione penale introdotta dal primo passaggio alla Camera. La votazione finale al Senato ha registrato 1 solo contrario e 6 astenuti. Tornata alla Camera (C. 3139-B) la legge è stata approvata con 1 solo astenuto e 0 voti contrari, dimostrando l'estrema condivisione del testo predisposto dal Senato.

Nell'ipertrofia dello strumento penale, utilizzato per costruire limiti alla libertà di espressione in vari campi, sembra doversi accogliere positivamente la svolta perseguita dal Senato in netta contrapposizione alle volontà della Camera.

In definitiva la legge in oggetto si propone di censurare quelle che sono – per la maggior parte – condotte espressive²⁸ poste in essere sul web e che possano essere inquadrate nell'ambito del cyberbullismo²⁹:

Art. 1, co. 2: «Ai fini della presente legge, per “cyberbullismo” si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti online aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale

²⁷ La riconduzione della fattispecie a quella del solo bullismo cybernetico è da accogliere favorevolmente data la natura maggiormente offensiva delle condotte legate alla Rete (cfr. L. PISANO, M.E., SATURNO, *Le prepotenze che non terminano mai*, in *Psicologia Contemporanea*, 2008, 40 ss.) che legittimano la costruzione di un articolato *ad hoc*.

²⁸ Per una disamina delle condotte espressive online che possono dare luogo a fenomeni di cyberbullismo: N. WILLARD, *Cyberbullying and cyberthreats. Responding to the challenge of on line social aggression threats and distress*, Research Press, Champaign, 2007.

²⁹ Parte della dottrina ha evidenziato come la definizione in esame non tenga adeguatamente conto degli studi internazionali sul fenomeno del bullismo e cyberbullismo (ad esempio quelli dello psicologo scandinavo Dan Olweus), basandosi invece soprattutto su dati statistici. Così M. SENOR, *Un primo commento alla legge sul cyberbullismo*, in *MediaLaws*, disponibile all'indirizzo: www.medialaws.eu, 30 settembre 2017. Cfr. per spunti sull'effettività dal punto di vista sociologico: V. SELLAROLI, *Prevenzione e contrasto del fenomeno del cyberbullismo. Legge 29 maggio 2017, n. 71*, in *ilpenalista.it*, disponibile all'indirizzo: www.ilpenalista.it, 5 giugno 2017. In generale è doveroso rilevare una «commissione tra termini a-tecnici e generici (...), riferimenti a specifiche figure criminose (...) e locuzioni che alludono a fenomeni a loro volta caratterizzati da illiceità proteiforme». C. GRANDI, *Il “reato che non c'è”: le finalità preventive della legge n. 71 del 2017 e la rilevanza penale del cyberbullismo*, in *Studium Iuris*, 12, 2017, 1445.

e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo».

Dal punto di vista contenutistico la legge prevede due tipi di soluzioni a tutela del minore, una serie di strumenti di controllo e prevenzione e una sanzione extra-penale del/dei “cyberbullo/i”.

Fra le soluzioni di garanzia della vittima va evidenziato il disposto dell’art. 2 rubricato “Tutela della dignità del minore” che incorpora uno degli aspetti maggiormente innovativi dal punto di vista tecnologico della legislazione in esame: la procedura di *notice&takedown*³⁰. Secondo il suddetto articolo ciascun minore *ultraquattordicenne* o un genitore/tutore possono inviare una richiesta di rimozione/oscuramento di un contenuto rientrante nella fattispecie del cyberbullismo «al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del social media». In assenza di riscontro entro 24 ore o se il soggetto non è identificabile è possibile il ricorso al Garante Privacy. La disciplina in esame sconta un problema interpretativo e uno di natura sostanziale. In relazione al primo serve rilevare che la disciplina in esame non è chiara nel definire il gestore di piattaforma che deve rimuovere il contenuto, data l’esclusione dell’applicazione della normativa in esame rispetto ai prestatori «di cui agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70» (art. 1, co. 3). Come rilevato dalla dottrina³¹ il problema potrà essere risolto o tramite una interpretazione ampia della suddetta disciplina basata sul concetto di *hosting provider attivo* o tramite un’interpretazione restrittiva della stessa che finirà per depotenziare enormemente il disposto in esame escludendone l’applicazione rispetto ai *providers* tutelati dalla direttiva *e-commerce*. Il problema sostanziale riguarda invece l’attribuzione a soggetti privati (i gestori delle piattaforme) della valutazione e del bilanciamento fra libertà di espressione e condotta ascrivibile al cyberbullismo. Il potere statale abdica così alla funzione di discernere fra

³⁰ Su cui in generale R. ABETI, *La tutela della dignità del minore, l’istanza di rimozione ed il ruolo del Garante Privacy*, in M. ALOVISIO, G.B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il Cyberbullismo alla luce della legge 29 maggio 2017, n. 71*, Dike, Roma 2017 e F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *I soggetti obbligati a oscurare, rimuovere o bloccare qualsiasi altro dato personale del minore diffuso su Internet (con conservazione dei dati originali), nella nuova legge sul cyberbullismo*, in M. ALOVISIO, G.B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il Cyberbullismo*, cit.

³¹ «Si tratta di un’impasse di non poco conto: se si applica testualmente la legge e si ritiene che una richiesta di rimozione possa essere comunque indirizzata ad un SNS (hosting) provider in quanto gestore di un social media si viola il d.lgs. 70/2003; se, al contrario, si opta per una interpretazione sistematica e dunque si ritiene che i gestori di social media rimangano esclusi dalla procedura di notice & takedown in quanto hosting provider, la reale portata innovatrice della legge 71/2017 risulta davvero risicata. Verosimilmente, nella prassi, la rigidità di tali tecnicismi verrà smorzata da un lato dall’elaborazione giurisprudenziale della figura del c.d. hosting provider attivo, dall’altro dalle iniziative che i principali ISP stanno negli ultimi tempi intraprendendo». M. SENOR, *Un primo commento alla legge sul cyberbullismo*, cit. Cfr. M. ALOVISIO, *Il cyberbullismo, la sua definizione e i “gestori del sito”*, in M. ALOVISIO, G.B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il Cyberbullismo*, cit.

espressioni protette e condotte lesive in favore della privatizzazione della censura. Peraltro, come già paventato da autorevole dottrina³² in materia di diritto all'oblio, il rischio di questo "arretramento" dello Stato è quello di generare da parte degli operatori privati una prassi di rimozione automatica di tutti i contenuti contestati al fine di evitare contestazioni successive. Un ultimo aspetto critico può, poi, rilevarsi in ragione della limitazione della disciplina del *notice and takedown* al solo minore *ultraquattordicenne*³³, essendo il fenomeno incidente anche sui minori *infraquattordicenni*.

Per quanto riguarda il meccanismo "punitivo" extra-penale si tratta dell'istituto dell'ammonizione prevista dall'art. 8 della legge n. 38/2009. L'ammonizione viene fatta in base all'art. 7 della legge in esame, in assenza di denuncia per i reati di cui «agli articoli 594, 595 e 612 del codice penale e all'articolo 167 del codice per la protezione dei dati personali», dal questore al minore colpevole di atti di cyberbullismo al cospetto del genitore/tutore³⁴.

In parallelo a queste misure l'art. 3 della legge prevede un tavolo tecnico per la prevenzione e il contrasto del cyberbullismo che venga coadiuvato da vari soggetti e che svolga vari compiti di controllo e informazione. Tale strumento sarà anche adibito allo sviluppo di soluzioni procedurali da concordare con i gestori della Rete. La disposizione è particolarmente interessante per l'esplicita volontà di costruire un'opportunità di coordinamento con le piattaforme della Rete e porre in essere le migliori tecniche per contrastare i fenomeni del bullismo online, sul modello – appare – del codice di condotta dell'Ue in materia di *hate speech*³⁵. L'art. 4, invece, dispone una serie di meccanismi di coordinamento dell'impianto "educativo" e formativo dei minori nelle scuole, volti al contenimento del fenomeno e alla correzione dei minori che abbiano posto in essere questo tipo di condotte. La disposizione, da leggere in coordinato con la precedente, fornisce un quadro esaustivo e uno strumentario completo di misure extra penali volte al contenimento del cyberbullismo. La disciplina in ambito scolastico è poi completata dall'art. 5 che prevede una respon-

³² Cfr. O. POLLICINO, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in *ilsole24ore*, disponibile all'indirizzo: www.portolano.it, 14 maggio 2014.

³³ Così anche P. PITTARO, *La legge sul cyberbullismo*, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2017, 820.

³⁴ Sulle problematiche relative alle fattispecie per le quali sembra applicabile l'istituto dell'ammonizione e su altre criticità della disciplina, fra cui il richiamo all'abrogato 594 c.p.: P. PITTARO, *La legge sul cyberbullismo*, cit., 821. Sulla reale portata dell'ammonizione si veda: C. GRANDI, *Il "reato che non c'è"*, cit., 1443 e ss., secondo cui «[i]n definitiva, gli unici reati per cui risulta concretamente praticabile la procedura d'ammonizione in esame si limitano alla diffamazione e alle minacce semplici». ID., 1444.

³⁵ *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online* dell'Unione Europea, reperibile al link: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300.

sabilità di informazione in capo al dirigente scolastico rispetto ai soggetti coinvolti in episodi di cyberbullismo e l'attivazione di misure adeguate in ambito scolastico.

Dal punto di vista costituzionale, la misura della censura privata può destare qualche perplessità sull'opportunità di questa politica del diritto più che sulla sua legittimità, mentre sicuramente è da accogliere con favore la volontà di non ricorrere al diritto penale per "punire" i cyberbulli. L'articolato ha il pregio di prevedere a fianco degli strumenti "sanzionatori" in senso lato una serie di strumenti informativi e correttivi che qualora sufficientemente sostenuti dal punto di vista finanziario e sviluppati e coordinati potranno condurre sia a un adeguato intervento sulla Rete, sia a un contrasto efficace ed effettivo del fenomeno del cyberbullismo.

2.3. La legge sugli atti intimidatori verso gli amministratori locali

La legge 3 luglio 2017, n. 105, rubricata "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, a tutela dei Corpi politici, amministrativi o giudiziari e dei loro singoli componenti", introduce una serie di tutele in capo agli amministratori locali.

Il d.d.l. presentato al Senato (S. 1932) per iniziativa della Senatrice Doris Lo Moro (PD), in seguito modificato in Commissione Giustizia, è stato approvato con votazione finale di 180 favorevoli, zero contrari e 43 astenuti (in larga parte corrispondenti coi gruppi parlamentari di LN e M5S); il passaggio alla Camera ha visto la stessa dinamica di approvazione della legge con l'astensione dei gruppi di LN e M5S (favorevoli 268, contrari 0, astenuti 74).

Il primo elemento di interesse di questa legge è la sua origine in sede di Commissione d'inchiesta, nella specie la *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle intimidazioni ai danni degli amministratori locali*³⁶. La Commissione era stata istituita al Senato il 3 ottobre 2013 ed aveva terminato i suoi lavori il 26 febbraio 2015 con l'approvazione all'unanimità di una Relazione finale. La Commissione concludeva rilevando come «[a]lla sottovalutazione del fenomeno intimidatorio corrispondono una del tutto inadeguata risposta del legislatore in termini di politica criminale e la più volte denunciata insufficienza degli strumenti di prevenzione e di repressione attualmente utilizzabili»³⁷. La Commissione fra i vari atti intimidatori evidenziava anche la rilevanza dei c.d. atti vari, in cui ricadevano diverse ipotesi di manifestazione del pensiero: «le minacce con lettere, via telefono, sms, facebook, le scritte murali

³⁶ Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle intimidazioni nei confronti degli amministratori locali, Senato della Repubblica, XVII legislatura.

³⁷ Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle intimidazioni nei confronti degli amministratori locali, Senato della Repubblica, XVII legislatura, Doc. XXII-bis n. 1.

e i volantini anonimi, il recapito o il ritrovamento di proiettili, di carcasse di animali, le denunce per offese o minacce nel corso di episodi di protesta non sfociate in aggressioni, ecc.». Questa categoria anche se residuale e atipica racchiude il 60% degli episodi intimidatori³⁸. Già dalla Relazione si rileva che molte condotte «appartengono più alla sfera della denigrazione che dell'intimidazione; più alla protesta, magari accesa, che alla minaccia»: questa constatazione aiuta a comprendere l'attenzione prestata al distinguo fra minacce e fattispecie penalmente rilevanti e attività di critica politica, financo accesa e smodata, come in taluni casi quella di movimenti poliformi e plurali come i NoTav, esplicitamente citati dalla Relazione³⁹. Questa impostazione sembra in parte potersi riscontrare anche nei lavori in assemblea relativamente all'attenzione alle condotte espressive, anche se da questo punto di vista, come giustamente osservato, non è detto che le condotte espressive e mediatizzate siano dotate ontologicamente di minor "efficacia criminale"⁴⁰.

Proprio in ragione della suddetta unanimità in Commissione è interessante comprendere le motivazioni "politiche" della mancata adesione della Lega Nord e del Movimento 5Stelle al testo finale della legge. In particolare, nelle dichiarazioni di voto finale alla Camera il gruppo Lega Nord, per voce del deputato Marco Rondini, evidenziava che malgrado la condivisione contenutistica del provvedimento permanevano determinate criticità che ne impedivano il voto⁴¹, nella specie l'art. 3 della legge (Introduzione dell'articolo 339-bis del

³⁸ Idem. Per un'approfondita e completa analisi si rimanda a: S. PANIZZA, *Social media e fenomeni intimidatori nei confronti degli amministratori locali*, dattiloscritto in corso di pubblicazione.

³⁹ La Relazione verifica che molto raramente gli atti intimidatori sono legati a questioni politiche ideologiche, tranne per l'appunto nel caso NoTav (Relazione, 262) e dei gruppi di protesta contro la realizzazione di alcune altre grandi infrastrutture.

⁴⁰ Serve infatti rilevare che «la (almeno apparente) minor gravità dell'atto intimidatorio in sé, che si traduca in forme espressive del pensiero, veicolate sia attraverso i mezzi tradizionali sia quelli più innovativi (come appunto i social media), possa caratterizzarsi, in vero, per una efficacia criminale non necessariamente minore. Esso induce la vittima a una riflessione magari solitaria, ma non per questo meno sofferta, e infine alla scelta di dimettersi, spesso ammantata da ragioni differenti o da formule stereotipate». S. PANIZZA, *Social media e fenomeni intimidatori nei confronti degli amministratori locali*, cit.

⁴¹ «[A]bbiamo contribuito, come gruppo della Lega Nord, a fare in modo che il provvedimento approdasse in Aula. Riteniamo, però, che vi siano delle criticità intorno alle quali ci siamo soffermati anche con il nostro voto di astensione al Senato, e quindi, rimanendo quelle criticità, sebbene riteniamo che questo sia un atto importante, esprimiamo comunque un voto di astensione anche alla Camera, in linea con quanto abbiamo fatto al Senato». Camera dei Deputati, Seduta n. 819 di giovedì 22 giugno 2017, *Dichiarazioni di voto finale - A.C. 3891, 27 e ss.*

codice penale)⁴²; il Movimento 5stelle, tramite l'onorevole Giulia Sarti, contestava invece l'estensione della disciplina anche ai parlamentari e per questa ragione si asteneva dall'appoggiare la legge⁴³.

Dal punto di vista contenutistico la legge prevede all'art. 1 una serie di modifiche all'art. 338 c.p. (Violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ai suoi singoli componenti) per renderlo applicabile, in senso soggettivo, anche ai singoli componenti dei collegi⁴⁴ e, in senso oggettivo, a quelle condotte tese ad «ostacolare o impedire il rilascio o l'adozione di un qualsiasi provvedimento, anche legislativo, ovvero a causa dell'avvenuto rilascio o adozione dello stesso». L'art. 2 modifica la disciplina dell'arresto in flagranza per i reati di cui all'art. 338 c.p.; l'art. 3 introduce un'aggravante (art. 339bis) per i reati agli artt. 582, 610, 612 e 635 c.p. se commessi ai danni di «componente di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario a causa del compimento di un atto nell'adempimento del mandato, delle funzioni o del servizio»; e l'art. 4 introduce anche il 339bis fra le cause di non punibilità del 393bis c.p. L'art. 5 modifica l'art. 90 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, prevedendo l'applicazione della pena ivi prevista anche per «chiunque con minacce o con atti di violenza ostacola la libera partecipazione di altri alle competizioni elettorali previste dal presente testo unico». L'art. 6, infine, prevede l'istituzione di un Osservatorio sul fenomeno degli atti intimidatori nei confronti degli amministratori locali e lo sviluppo di una serie di strumenti per monitorare il fenomeno.

In particolare, la fattispecie del 338 c.p. è fortemente incentrata anche sulla censura di quelle espressioni poste in essere nella forma di minaccia per turbare,

⁴² «Nutriamo, invece, delle perplessità sul contenuto dell'articolo 3 (..) Il reato va sempre punito e non deve avere rilievo se viene commesso nei confronti di un politico o meno: siamo tutti uguali. Purtroppo si corre il pericolo che vi possa essere una cattiva interpretazione della norma o, peggio, una sua strumentalizzazione (..) Pur condividendo l'assetto, l'impianto e la volontà sottesa al provvedimento, essendo fermamente convinti che la norma che prevede l'intimidazione nei confronti degli organi amministrativi e dei nostri sindaci debba essere approvata, purtroppo riteniamo il testo ancora inquinato da disposizioni che possono essere male interpretate e strumentalizzate. Per questa ragione il Gruppo della Lega Nord esprimerà un voto di astensione» (On. Stefani, LN). Senato della Repubblica, Seduta n. 638 del 8 giugno 2016, 36.

⁴³ «Bisognerebbe pensare, quando si parla di intimidazioni, minacce e della situazione che vivono molti amministratori locali sui territori, che stanno davvero rischiando e che molto spesso si trovano isolati, bisognerebbe pensare a loro, punto e basta, non a loro e poi anche ai parlamentari, che già hanno tutte le tutele previste dall'ordinamento. Quindi, è per questo che abbiamo deciso di astenerci e di non condividere, purtroppo, tutta questa proposta di legge». Camera dei Deputati, Seduta n. 819 di giovedì 22 giugno 2017, *Dichiarazioni di voto finale - A.C. 3891*, 27 e ss.

⁴⁴ La giurisprudenza ad esempio escludeva l'applicabilità del 338 c.p. alla figura di un assessore comunale in quanto non organo collegiale (Cass. pen. sez. VI 05 aprile 2012 n. 18194), anche se risultava applicabile se l'atto era compiuto per turbare l'attività dell'organo collegiale (cfr. Cass. pen. sez. II 17 gennaio 2012 n. 5611).

impedire le attività della amministrazione⁴⁵: molte delle condotte rilevate dalla Commissione sono condotte di manifestazione del pensiero simboliche o espressive.

Da una parte è certo opportuna e pienamente condivisibile la creazione di una plurioffensività nel reato in esame e la sua estensione a protezione dei singoli componenti di un collegio, dall'altra questo ampliamento può essere fioriero di problematiche in relazione alla compressione della libertà di critica politica più vemente: si pensi ad esempio all'integrazione di condotte mediatriche contro la magistratura che in passato erano ritenute escluse dall'applicazione del 338 c.p. in ragione dell'attacco a singoli magistrati⁴⁶.

Serve tuttavia dare conto della tendenza delle Assemblee parlamentari a bilanciare il giusto e condivisibile intento di protezione degli amministratori locali con quello della libertà di espressione; *voluntas* ben espressa dall'espunzione dal novero delle condotte aggravate dal 339bis di quelle diffamatorie, il cui mantenimento avrebbe ulteriormente rischiato di limitare la critica vemente⁴⁷.

Come per l'art. 338 c.p. la modifica dell'art. 90 dovrebbe imporre un'interpretazione costituzionalmente orientata che contemperi la protezione dei candidati e le vementi polemiche politiche che possono accompagnare la candidatura di determinati soggetti.

In generale la dottrina ha sempre rilevato la necessità che la norma del 338 c.p. non finisse per censurare condotte di contestazione e proteste⁴⁸; l'attuale portata della norma in esame si presta tuttavia, data l'assenza di una disposizione di non punibilità per le espressioni politiche, al rischio di un utilizzo che possa condurre a un *chilling effect* delle critiche politiche più vementi agli amministratori. Al riguardo non può che ricordarsi come la critica alle scelte di determinati amministratori o al loro atteggiamento verso determinate infrastrutture abbia condotto a mordaci e vementi – completamente legittime nei limiti delle condotte espressive e simboliche – polemiche e proteste politiche (dai NoTav ai NoMUOS passando per i NoTap), sfociate anche in processi

⁴⁵Vi rientrano ad esempio vaghi “messaggi d'attenzione” attraverso terze persone ad alcuni giudici popolari, connotati dal metodo mafioso. Cass. pen. sez. VI 04 novembre 2005 n. 3828.

⁴⁶Cass. pen. sez. VI 18 maggio 2005 n. 32869. La condotta in esame era particolarmente delicata appartenendo i soggetti promotori del periodico a una cosca, quindi a un'organizzazione criminale, ma la fattispecie in esame potrebbe essere posta in essere potenzialmente anche da soggetti estranei a queste dinamiche.

⁴⁷L'eliminazione della suddetta norma «era avvenuta solo a seguito del dibattito assembleare, nel corso del quale era stato correttamente rilevato il pericolo di un'incriminazione di atti semplicemente consistenti in manifestazioni di dissenso o di critica politica». S. SEMINARA, *I nuovi artt. 338 e 339 bis c.p.*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 1445.

⁴⁸V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. V, agg. a cura di Nuvoletone e Pisapia, Torino, 1986, 495.

come quello allo scrittore Erri De Luca⁴⁹, a seguito delle sue esternazioni. L'occasione poteva dunque essere quella giusta per specificare un regime di tutela nell'ambito dei reati in esame per le condotte di critica politica (sempre qualora non integranti la minaccia).

Infine, un ultimo profilo di problematicità riguarda l'assenza di un approfondimento che colleghi il fenomeno delle intimidazioni a quello dei social media⁵⁰, oramai da considerarsi come un vero e proprio foro pubblico nella società odierna.

3. Proposte non approvate dalla portata innovativa ed emergenziale: la lotta alle *fake news* e quella al nazifascismo

3.1. Il d.d.l. Gambaro e le *fake news*: uno strumento inadeguato per una problematica reale

Il d.d.l. Gambaro (S. 2688), rubricato "Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica" si presenta come uno dei d.d.l di maggior interesse in quanto teso a fornire risposte a uno dei fenomeni maggiormente rilevanti nell'odierna società digitale: l'avvento delle *fake news*.

Il d.d.l, presentato in data 7 febbraio 2017 e assegnato in data 28 febbraio 2017 alle commissioni riunite 1^a (Affari Costituzionali) e 2^a (Giustizia) in sede referente, non è mai stato oggetto di discussione. Fra i cofirmatari della legge solo due senatori del principale gruppo di maggioranza (PD), fattore che forse ha contribuito alla minor forza trainante del progetto di legge, per il vero contenutisticamente molto discutibile in ragione delle soluzioni proposte.

Dal punto di vista costituzionale non si può ritenere la creazione di notizie false come una attività protetta dall'art. 21 Cost., anche perché la qualifica di "notizie" inserisce queste condotte in quella *species* particolare della libertà di espressione che è la libertà di informazione, connotata per un profilo passivo, il diritto a essere informati⁵¹. Da questo punto di vista la Corte costituzionale

⁴⁹ Correttamente ritenuto non colpevole delle accuse di istigazione a delinquere a lui mosse (414 c.p.): l'imputazione poteva essere, forse, anche quella del 338 c.p., dato il tenore delle dichiarazioni. Per una disamina della decisione: A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016; A. ESPOSITO, *Un tentativo di rieducazione forzata: a proposito della vicenda giudiziaria di Erri De Luca*, in *La giustizia Penale*, 2016 e A. ALGOSTINO, *Le parole e il dissenso fra libertà di manifestazione del pensiero e reato di istigazione a delinquere: note intorno al processo a Erri De Luca*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2014.

⁵⁰ S. PANIZZA, *Social media e fenomeni intimidatori nei confronti degli amministratori locali*, cit.

⁵¹ *Ex pluribus*: «L'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime, infatti, - al di là delle singole sfere di attribuzioni rispettivamente assegnate allo Stato ed alle Regioni - una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico». C. cost., 2 luglio 1990, n. 348.

in un *obiter dictum*, dopo aver ripreso le dichiarazioni del Congresso internazionale dei giornalisti di Bordeaux (maggio 1954), ha evidenziato come «il diritto di attingere notizie, pubblicarle e sottoporle al vaglio della critica deve essere conforme alla verità sostanziale dei fatti»⁵². Anche la dottrina costituzionalistica, sia quella aderente alla teoria individualistica che quella aderente alla teoria funzionalista della libertà di pensiero, sembra non ritenere il *subiettivamente falso*⁵³ come una attività protetta dalla Costituzione.

Dunque, se il contrasto alle *fake news* risulta probabilmente conforme al disposto costituzionale dell'art. 21 Cost. ove teso alla censura del *subiettivamente falso*, le soluzioni sviluppate dal d.d.l peccano in relazione allo strumentario utilizzato⁵⁴. In primo luogo la misura della costruzione dell'ennesimo strumento penale (art. 656bis - Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche) sarebbe risultata sproporzionata rispetto alle finalità perseguite, con una serie di problematiche in relazione alla valutazione di pericolo online; così come di poca efficacia sarebbe risultata la disciplina indirizzata ai soggetti gestori di «piattaforma informatica destinata alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico» (art. 3), ricomprensiva l'istituto della c.d. rettifica soggettiva (art. 4) e l'obbligo di rimozione di contenuti non ritenuti attendibili su segnalazione degli utenti o di propria iniziativa (art. 7). La disciplina in esame erroneamente inquadrata come "rettifica" mancava dei caratteri essenziali di tale istituto, come ad esempio la capacità di raggiungere i soggetti disinformati sui social networks, ma soprattutto rischiava di affidare alle *Internet platforms* la valutazione di merito circa la veridicità delle informazioni, "privatizzando" la censura.

Insomma, se la premessa del d.d.l era completamente condivisibile («*Le notizie false, o fake news o bufale, ci sono sempre state, ma non sono mai circolate alla velocità di oggi. Per questo non è più rinviabile un dibattito serio in questo*

⁵² C. cost., 29 gennaio 1981, n. 16. Si considerino anche le decisioni in tema di 656 c.p. (diffusione di false notizie): C. cost., 8 marzo 1962, n. 19; C. cost., 14 dicembre 1972, n. 199 e C. cost., 15 luglio 1976, 210.

⁵³ La dottrina costituzionalistica italiana, a prescindere dalla sua volontà di abbracciare una tesi funzionale della libertà di espressione o una individualistica, sembra unanime nel ritenere il subiettivamente falso non protetto dall'art. 21 Cost.: Cfr. P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione Italiana*, Cedam, Padova, 1953, 121; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 37; M. MANETTI, A. PACE, *Commentario all'art. 21.*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, 89; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 210-211. Si permetta un richiamo per i riferimenti ai lavori preparatori alla Costituzione a M. MONTI, *Fake news e social networks: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws*, disponibile all'indirizzo: www.medialaws.eu, 1, 2017, 82 e ss.

⁵⁴ Si rimanda al numero monografico della rivista *MediaLaws*, *Rivista di diritto dei media*, disponibile all'indirizzo: www.medialaws.eu, 1, 2017 di cui molti contributi si concentrano sul c.d. d.d.l Gambaro.

senso»⁵⁵), meno condivisibili apparivano le soluzioni intraprese per arginare il fenomeno.

In materia serve anche rilevare che la maggioranza parlamentare aveva presentato, più come atto simbolico, vista la tempistica, in data 14 dicembre 2017 il c.d. d.d.l Zanda-Filippin (S. 3001), rubricato “Norme generali in materia di social network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle fake news”⁵⁶. Il d.d.l. era teso solo alla censura di reati latamente connessi con le *fake news*, anche se certamente sviluppava soluzioni innovative dal punto di vista del contrasto ai contenuti illeciti online.

3.2. Il d.d.l. Fiano e la propaganda nazifascista: una normativa in odore di incostituzionalità

Il d.d.l. Fiano (C. 3343), rubricato “Introduzione dell'articolo 293-bis del codice penale, concernente il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista”, è stato presentato alla Camera dei deputati il 2 ottobre 2015 e approvato il 12 settembre 2017. Il progetto è tuttavia tramontato in Senato (S. 2900), dove si è fermato all'esame in commissione.

Il provvedimento è risultato altamente divisivo, con il voto contrario di tutti i principali gruppi di opposizione (Lega Nord, Movimento5Stelle, Forza Italia e Fratelli d'Italia) che, pur condannando in maniera più o meno forte il fascismo, non ritenevano di usare la clava del diritto penale per censurare pensieri odiosi e becери come quelli fascisti e nazifascisti⁵⁷.

Il testo finale del provvedimento recitava:

«Art. 293-bis. -- (*Propaganda del regime fascista e nazifascista*). -- Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propaganda i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne fa comunque propaganda richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

La pena di cui al primo comma è aumentata di un terzo se il fatto è commesso attraverso strumenti telematici o informatici».

⁵⁵ Ddl S. 2688 - Senato della Repubblica, XVII Legislatura, 6.

⁵⁶ Su cui F. DE SIMONE, *'Fake news', 'post truth', 'hate speech': nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *archiviopenale.it*, disponibile all'indirizzo: www.archiviopenale.it, 2 aprile 2018, 17 e ss; M. MONTI, *La proposta del ddl Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in *diritticomparati.it*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 7 dicembre 2017.

⁵⁷ Cfr. Camera dei Deputati, Seduta n. 848 di martedì 12 settembre 2017, *Dichiarazioni di voto finale - A.C. 3343-A*, 37 e ss.

Dal punto di vista contenutistico, il progetto si poneva in netto contrasto con i precedenti della Corte costituzionale sugli artt. 4 (manifestazioni fasciste)⁵⁸ e 5 (apologia di fascismo)⁵⁹ della c.d. Legge Scelba, tesi al riconoscimento di una liceità e legittimità costituzionale della sanzione dell'ideologia fascista solo in relazione a quelle manifestazioni di pensiero che fossero idonee alla ricostituzione del disciolto Partito nazionale fascista e quindi ricollegabili direttamente alla XII disp. fin. Cost. L'ultima pronuncia in materia della Corte è chiarissima nell'evidenziare questo dato: «[n]el proporre la questione il giudice muove dalla premessa che la norma denunciata colpisca le manifestazioni fasciste senza alcun riferimento alla loro potenzialità riorganizzativa del partito. (...) La fattispecie contravvenzionale, della cui legittimità costituzionale il pretore di Recanati dubita, intende vietare e punire unicamente quelle manifestazioni che, in relazione alle circostanze di tempo, di luogo e ambiente in cui si svolgono e per le loro obiettive caratteristiche, siano comunque idonee a far sorgere la situazione di pericolo di ricostituzione del partito»⁶⁰. Quindi malgrado parte della dottrina ritenesse che in base al disposto della XII disp. fin. Cost. sarebbe stata percorribile una chiusura totale all'ideologia fascista⁶¹, la Corte costituzionale, coerentemente con la costruzione di una democrazia aperta dell'ordinamento costituzionale italiano, ha sancito il solo limite alle manifestazioni concretamente idonee alla ricostituzione del disciolto partito nazionale fascista e non una chiusura e censura penale dell'ideologia fascista *tout court*⁶². Il progetto in esame si poneva dunque come passibile di una dichiarazione di incostituzionalità in quanto lesivo della libertà ideologico-politica garantita dall'art. 21 Cost. Da questo punto di vista certamente qualche dubbio fa sorgere il discorso nomofilattico dell'On. Fiano, promotore della legge in esame, che fornisce un'interpretazione dell'art. 21 Cost. palesemente contraria alle sentenze della Corte costituzionale⁶³.

⁵⁸ C. cost., 25 novembre 1958, n. 74.

⁵⁹ C. cost., 16 gennaio 1957, n. 1.

⁶⁰ C. cost., 14 febbraio 1973, n. 15.

⁶¹ *Ex pluribus* P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 470.

⁶² Anche i più critici hanno rilevato questa decisione interpretativa: L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009, 172. Cfr. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, 16.

⁶³ «Noi abbiamo molto ampliato, negli anni, nel nostro Paese, la tolleranza verso qualsiasi espressione di propaganda e di apologia, secondo me e secondo noi male interpretando il concetto di libertà nel sistema democratico. Noi vogliamo difendere fino alla morte la libera espressione del proprio pensiero, nel nostro Paese, come straordinariamente sancito dall'articolo 21 della Costituzione. Ma è diverso consentire che sia libera la propaganda di quelle idee che sono nate per uccidere la libertà; un conto è l'opinione di una persona, un conto è la propaganda di ideologie che vorrebbero negare la libera espressione. A questo sicuramente pensavano i costituenti con la XII disposizione. A questo pensava il Ministro Scelba quando introdusse l'apologia di fascismo e la sua propaganda, ma legata al

4. Conclusioni: un bilancio finale, fra luci e ombre

In conclusione, una legislazione che era stata da molti commentatori politici data per morta si è rivelata una delle più attive nello sviluppo di politiche in tema di libertà di espressione.

Dal punto di vista delle forze politiche serve rilevare una certa attenzione da parte di Movimento5Stelle e Lega Nord alla tematica della libertà ideologica e alla tutela di un ampio e libero *marketplace of ideas*, connotato da pochi limiti all'ingresso delle diverse opinioni. Tuttavia, proprio in relazione alla libertà ideologica la passata legislatura è apparsa proseguire in quel discutibile processo di erezione di limiti contenutistici alla libertà ideologica, inaugurato con la c.d. legge Reale-Mancino, che sta portando a uno scollamento fra il disegno costituzionale di democrazia aperta e la prassi applicativa.

In questa prospettiva va iscritta sia la disciplina della legge sul negazionismo, che potenzialmente potrebbe risultare idonea alla censura di discorsi inneggianti a determinati regimi politici (ad esempio espressioni e posizioni politiche filo Assad o filo serbe per ricordare alcuni casi eclatanti degli ultimi decenni correlati a veri o presunti crimini di guerra), sia il tentativo di legge contro la propaganda fascista, in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale. La costruzione di tali reati di opinione, financo ispirati dalla presenza di una normativa unionale e/o da pronunce convenzionali⁶⁴, sembra in contrasto con la Costituzione Repubblicana che rimane la *Grundnorm* dell'ordinamento italiano della quale il legittimo interprete è la Corte costituzionale⁶⁵.

In quest'ambito, senz'altro, la risposta alla forza unificatrice euromunitaria verso forme di democrazia militante dovrebbe essere la valorizzazione del sistema dei *controlimiti*. Per quanto ripugnanti, disgustose e odiose le espressioni politiche non dovrebbero essere soggette a una censura penale che troppo assomiglia al *modus operandi* dei regimi autoritari: la carcerazione per le semplici manifestazioni del pensiero senza pericolo concreto per altri beni giuridici non appare conforme al paradigma dell'art. 21 Cost.

divieto di riorganizzazione del partito fascista» (On. Fiano). Camera dei Deputati, Seduta n. 848 di martedì 12 settembre 2017, *Dichiarazioni di voto finale - A.C. 3343-A*.

⁶⁴ Cfr. C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2017.

⁶⁵ Cfr. C. CARUSO, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti"*. Una rilettura dell'art. 21 Cost., in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, 817-818.

L'ipertrofia dello strumento penale, nella repressione del dissenso politico⁶⁶ ma non solo, e un suo utilizzo prettamente simbolico⁶⁷ sembrano tratti distintivi delle attuali politiche pubbliche in tema di libertà di espressione. L'impiego dello strumento penale non è, infatti, stato circoscritto alla criminalizzazione dei "nemici" della democrazia, ma sembra strumento di ordinaria gestione delle manifestazioni del pensiero a torto o a ragione ritenute *contra ordinem*, come rilevabile nei tentativi di creazione di norme penali in tema di *fake news* o di cyberbullismo. Proprio per questa ragione va salutata con favore la svolta di politica criminale imposta dal Senato in materia di cyberbullismo.

Un elemento di indubbio valore della passata legislatura è invece riscontrabile nella rinnovata attenzione del Legislatore al fenomeno di Internet e alle nuove sfide e problematiche che la Rete sta introducendo all'interno del nostro ordinamento. L'individuazione del problema del cyberbullismo, delle minacce in rete agli amministratori (pur con la limitata portata pratica di questa intuizione) e delle *fake news* rilevano un Legislatore sempre attento ai fenomeni (spesso emergenziali) che emergono nell'ambiente digitale e alle sfide che essi pongono.

Anche se il Parlamento non sempre si dimostra in grado di predisporre soluzioni adeguate, che spesso palesano una poca contezza del reale funzionamento della Rete, l'avanzamento di legislazioni volte allo sviluppo di soluzioni tecniche e tecnologiche è un fenomeno che va letto in chiave positiva, nella prospettiva di applicare la legislazione nazionale e la Costituzione alla rete Internet, per troppo tempo considerata non regolamentabile⁶⁸.

Nello specifico, se sicuramente in relazione alla normativa sul cyberbullismo sarebbe stata auspicabile una maggior accortezza in materia di *drafting* legislativo e in quella in materia di intimidazioni sarebbe risultata opportuna una maggior attenzione ai fenomeni legati alla Rete, è certo vero che la passata legislazione ha mostrato un attivismo e una solerzia encomiabile nell'affrontare

⁶⁶ Si veda sulla repressione del dissenso politico i contributi raccolti negli atti del Convegno *La Criminalizzazione Del Dissenso: Legittimazione E Limiti*, Atti del IV Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Genova, 13/14 novembre 2015), in *Riv. It. di diritto e procedura penale*, 2, 2016, 859-1034.

⁶⁷ Cfr. M. DANI, *Libertà personale e incriminazione penale: studio sulla portata garantista dei diritti fondamentali*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale? (Atti del Convegno Annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

⁶⁸ Il *leading case* in materia è il c.d. caso *Yahoo Licra* (Cfr. G. BERGER-WALLISER, F. VALENCIA, *L'affaire YAHOO, comment repenser la notion de souveraineté à l'heure d'internet*, in *SSRN Electronic Journal*, disponibile all'indirizzo: www.ssrn.com, 15 Settembre 2011), ma si consideri anche il più recente caso della rimozione da parte di Google del film "L'innocenza dei musulmani" dai paesi islamici (v. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", disponibile all'indirizzo: www.associazionedei-costituzionalisti.it, 2012, 14-15).

le trasformazioni che il «costituzionalismo sta subendo per effetto del progresso tecnologico di portata globale»⁶⁹. Da questo punto di vista, infatti, non si può che ritenere che «[l']orizzonte giuridico dell'Internet»⁷⁰ «è anche il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo»⁷¹ e soprattutto in questo si sviluppano molte delle nuove sfide in tema di libertà di espressione.

Per concludere, quella appena passata si è connotata, per quanto riguarda l'ambito della libertà di espressione, come una legislazione con luci e ombre. Se la libertà politica, caposaldo della vita democratica, è stata uno dei profili maggiormente posti in discussione, con la discutibile tendenza alla creazione di una democrazia protetta, l'attenzione a fenomeni attuali, come il cyberbullismo e gli atti intimidatori, e alla realtà della rete Internet, principale veicolo della libertà di espressione nella società digitale, sono alcuni degli aspetti più positivi della legislatura appena conclusasi.

⁶⁹ P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 2.

⁷⁰ V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2000, 271.

⁷¹ T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 1, 2011, 15.