

Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero *

di Corrado Caruso **
(23 ottobre 2012)

(in corso di pubblicazione in C. Valentini [a cura di], *Costituzione e ragionamento giuridico*)

1. Alla ricerca dei protocolli di giudizio sulla libertà di manifestazione del pensiero

La descrizione della morfologia di una libertà costituzionale attraverso il prisma delle tecniche argomentative della Corte costituzionale non è una prassi comunemente seguita dalla dottrina italiana.

In effetti, le ricostruzioni più importanti si sono sviluppate lungo teorie prescrittive che hanno tentato di collocare, stabilmente e definitivamente, la libertà di manifestazione del pensiero nel sistema dei diritti fondamentali.

Queste teorie "forti", formulate negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, hanno provato a fornire una sistemazione unitaria alle nuove istanze di protezione individuale nell'ambito un tessuto normativo ancora fortemente influenzato dalla matrice autoritaria del passato regime. Eppure, anche a causa dell'originaria discrasia tra l'ampio riconoscimento costituzionale e la concreta delimitazione legislativa, tali impostazioni non sono riuscite a ricostruire un quadro teorico capace di offrire una tutela esaustiva al diritto di libertà.

Così è stato, anzitutto, per la teoria "individualistica" che, pur rifiutando qualsiasi pericolosa funzionalizzazione del diritto di libertà¹, ha considerato costituzionale tutte le volte in cui l'azione repressiva mirasse alla protezione di un bene giuridico di rilievo costituzionale². Analoghe pretese "costruttiviste" possono essere imputate anche alla teoria delle "materie privilegiate"³, che affidando alla libertà di espressione una funzione contro-maggioritaria, ha teorizzato una tutela più ampia alle forme espressive di natura politica, religiosa, o artistica. Proprio in questi ambiti, infatti, le minoranze troverebbero "la possibilità di orientare ed informare l'opinione pubblica" così da "aumentare la propria forza politica (...) sino al punto di diventare maggioranza"⁴. In questo senso, eventuali restrizioni sono ammissibili non solo ove sia necessario implementare un valore di rango costituzionale, ma anche quando l'espressione voglia "sollecitare negli altri l'azione". In effetti, è

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Così C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano (1957-1958)*, ora in *Id.*, *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 119-120: "[q]uando si afferma che la nostra Costituzione garantisce il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende dunque dire che esso è garantito al singolo come tale indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalla funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i morti ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero".

² In tal senso cfr. C. Esposito, *ivi*, pp. 156 e ss, ripreso, con diverse sfumature, da P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 81, e più recentemente da A. Pace, in: A. Pace, M. Manetti, *Articolo 21* in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, Zanichelli, 2006, pp. 97 e ss, che pure tenta di specificare, a seconda del tipo di limiti, requisiti ulteriori che restringano l'indefinitezza del criterio. Peraltro, proprio la teoria dei limiti impliciti, *sub specie* ora del meta-principio della dignità umana, ora del principio di eguaglianza nella sua dimensione formale o sostanziale, serve a parte della dottrina per sostenere la legittimità costituzionale di reati di opinione introdotti dal legislatore repubblicano, tra cui la pubblica istigazione e l'apologia di genocidio, disciplinate dall'art. 8 l. 962/1977, e l'incitamento all'odio razziale, previsto dall'art. 3. L. n. 654/1975 (e successive modificazioni). Insiste sulla necessità di una pervasiva tutela della dignità umana L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, CEDAM, pp. 228 e ss.; sottolineano invece profili legati all'eguaglianza dei gruppi P. Caretti, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in società multietnica*, nonché A. Pizzorusso, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, entrambi in AA. VV., *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, CEDAM, 2003, rispettivamente pp. 125 e ss. e pp. 667 e ss.

³ Cfr. S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 45 e ss.

⁴ Così S. Fois, *Principi costituzionali*, cit. p. 78

“(…) dubbio che si resti nell’ambito della libertà di pensiero” quando il rapporto tra pensiero e azione sia “esplicito, diretto ed immediato”, tanto da tradursi in un vero e proprio “incitamento all’azione”: in queste ipotesi, l’espressione è, infatti, “logicamente altro” rispetto alla “pura” manifestazione del pensiero⁵.

A distanza di diversi anni, l’apporto determinante della giurisprudenza costituzionale impone una revisione di tali impostazioni. L’indagine, infatti, non può fondarsi esclusivamente su un’analisi formale del testo della Costituzione o viceversa, su una precomprensione statica della tavola assiologica incorporata dal testo costituzionale, ma deve essere arricchita alla luce di una sistemazione, casistica e problematica, delle pronunce adottate dal Giudice delle leggi. Come è stato da tempo messo in luce, la valutazione di ciò che rientra nel “figurino”⁶ della libertà di espressione non può essere considerata valida in ogni tempo e in ogni luogo, ma deve essere effettuata “(…) caso per caso evitando “(…) giudizi pronunciati *ex ante* sulla base di un editto perpetuo”⁷.

In questo senso, l’adozione di un nuovo metodo di analisi, concentrato sulla ricognizione degli argomenti del Giudice delle leggi, conduce a ipotizzare una teoria “debole” e “problematica”⁸, necessariamente orientata alla singola *quaestio iuris* affrontata dalla Corte e, quindi, alla sintesi motivazionale della “dialettica tra disposizioni costituzionali, disposizioni legislative [e] contesti”⁹. In effetti, pur senza assimilare la giurisprudenza costituzionale italiana al diritto vivente di altre esperienze che, proprio a partire dalla tutela della libertà di espressione, hanno progressivamente individuato peculiari livelli di scrutinio¹⁰, anche in Italia si può formulare, ormai, una ipotesi di sistemazione stabile dei protocolli di giudizio concernenti l’art. 21 della Costituzione.

Questa ipotesi di ricerca incrocia il problema più generale della razionalità del discorso normativo, di cui le argomentazioni giudiziali sono parte¹¹. Eppure, non è solo il postulato di razionalità che deve essere verificato, ma anche l’aspettativa di validità che il ragionamento normativo, *species* del ragionamento pratico generale, avanza rispetto alle premesse normative di un dato ordinamento¹² (che coincidono, in questa sede, con gli obblighi di astensione posti al legislatore ordinario dalle disposizioni costituzionali sui diritti di libertà¹³).

⁵ S. Fois, cit. ult., pp. 112-113.

⁶ L’espressione è di R. Bin, *Diritti e fraintendimenti. Il nodo della rappresentanza*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Bertè*, Napoli, Jovene, 2005, p. 349.

⁷ Così L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà d’informazione: le problematiche attuali*, in «Quad. cost.», p. 12, ma in senso affine A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988, *passim* (spec. p. 112). Lungo la stessa direzione, ancorché da una prospettiva essenzialmente penalistica, si muove C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 243 e ss.

⁸ In questo senso G. Bogneri, *La problematica della libertà costituzionale di espressione. (Per una storia autentica dell’art. 21 e della evoluzione dei suoi significati e per una teoria consapevolmente “politica” di quella libertà)*, in www.rivistaaic.it, p. 49. Una teoria debole della libertà di manifestazione del pensiero si appoggia “largamente a conoscenze di carattere empirico, dotate da un grado di certezza mai assoluto” che “posseggono sempre, nel miglior dei casi, una *validità problematica*. Ne consegue che, a rigore, la teoria della libertà dell’art. 21, (...), mentre potrà difendere il suo carattere di elaborazione teorica fondata in ogni suo aspetto su un impianto di *natura razionale*, scientificamente aperto a controllo, dovrà apertamente proporsi, a livello di *presentazione dottrinale*, solo come *teoria problematica*”.

⁹ Così A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 451.

¹⁰ La mente corre, inevitabilmente, alla lunga evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema statunitense, su cui diffusamente C. Valentini, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 278 e ss, nonché A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 11 e ss.

¹¹ Cfr., per un’indagine di diritto positivo condotta attraverso il prisma della teoria generale A. Tesaro, *Il bilanciamento degli interessi tra le legislature penale e Corte costituzionali: spunti per un’analisi metagiurisprudenziale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2009, pp. 143 e ss, nonché, per un’analisi meta-giurisprudenziale relativa alle tecniche argomentative dei giudici comuni, *Id.*, *Il reato di diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, Giappichelli 2005, pp. 25-81.

¹² È la nota *sonderfall these* di R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1978 (trad. it. *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè 1998, pp. 170 e ss) ma sul punto v. anche L. Gianformaggio, *Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell’argomentazione giuridica*, in «Mat. st. cult. giur.», 1984, p. 476 secondo la quale il discorso giuridico incontra “(…) tutta una serie di condizioni limitative (il vincolo della legge [e della Costituzione, n.d.r], la considerazione dovuta ai precedenti, il collegamento con la dogmatica, nonché le limitazioni costituite dalle regole procedurali)”.

¹³ L’incorporazione dei diritti di libertà in una Carta costituzionale rigida conduce, in primo luogo, all’introduzione di specifici *agere posse* di rango costituzionale da far valere nei confronti non solo dello Stato-amministrazione (secondo l’antica teoria dei diritti pubblici soggettivi), ma anche dello Stato-ordinamento. Eppure, la dimensione formale non esaurisce la morfologia dei diritti di

Per altro, se le libertà costituzionali sono innanzitutto il risultato dell'assetto istituzionale storicamente vigente in un dato ordinamento¹⁴, la descrizione delle tecniche giurisdizionali si converte, a sua volta, in un giudizio più generale sulla idoneità istituzionale del Giudice delle leggi a custodire prerogative individuali comunemente ascritte al patrimonio identitario del costituzionalismo liberaldemocratico.

2. I limiti "naturali" e l'apparente neutralità dell'interpretazione testuale: tecniche dissociative in funzione di bilanciamenti "casuali"

Alla luce di tali premesse, possono essere isolate almeno tre tecniche di giudizio nella giurisprudenza costituzionale.

In un primo momento, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, la Corte applica in via deduttiva il figurino dogmatico della libertà di manifestazione del pensiero. Così, sin dalla sua prima sentenza, il Giudice delle leggi, nel dichiarare illegittima la norma oggetto del giudizio¹⁵, delimita i confini della libertà attraverso lo schema della norma generale esclusiva, escludendo dalla tutela ciò che non rientra nella protasi della disposizione costituzionale¹⁶.

La particolare tecnica inaugura la dottrina dei cd. limiti naturali, cioè di quei limiti desumibili "logicamente" dallo stesso concetto di diritto, dalla natura dell'ordinamento¹⁷ o, comunque, dallo "spirito" della Costituzione¹⁸, e si scopre particolarmente rigida al momento di valutare la compatibilità dei reati di opinione, ereditati del passato regime, con il mutato quadro costituzionale. In tutta una serie di casi, infatti, il Giudice delle leggi dissocia dai sintagmi costituzionali le fattispecie incriminate a livello legislativo, e delimita la classe dei casi generici previsti dalla protasi della norma sovrainclusiva¹⁹ aggiungendo proprietà non previste nel testo costituzionale²⁰.

libertà, che possono essere considerati, coerentemente con una concezione materiale della Costituzione, ora veri e propri istituti suscettibili di orientare l'azione istituzionale (secondo la nota tesi di A. Barbera, *Articolo 2*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione. Principii fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1974 pp. 65 e ss), ora come valori fondamentali che devono essere implementati innanzitutto dalla Corte costituzionale, giudice dei diritti e custode dell'ordine costituzionale (così, per tutti, A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, t. I, Roma, Treccani, 1989, *ad vocem*, G. Silvestri, *Dal potere ai principi: libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009).

¹⁴ E' questo, in fondo, il risultato della ricerca di G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 277 e ss.

¹⁵ L'art. 113 Tulpas, che puniva l'affissione o la distribuzione di stampati in assenza della autorizzazione della autorità di pubblica sicurezza, viene dichiarato incostituzionale per l'ampiezza dei poteri conferiti alla pubblica autorità. Tuttavia, contestualmente, la Corte individua un'area discrezionalmente regolabile dal legislatore, posto che "(...) la disciplina dell'esercizio del diritto non è di per se stessa lesione del diritto medesimo" (così C. Cost. sent. n. 1/1956).

¹⁶ L'applicazione della norma generale esclusiva consente di far assumere alla "(...) norma costituzionale (...) un ruolo recessivo. I suoi comandi rappresentano dei casi particolari, delle eccezioni di quella norma fondamentale generale e negativa che attribuisce alla illimitata disponibilità dei soggetti titolari della funzione di indirizzo, la disciplina di tutti i casi non regolati da una norma costituzionale particolare". Così M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Angeli, 1982, p. 88. L'autore riprende la nota formulazione con cui Donati (a sua volta ispirato dallo Zitelmann) tentò di difendere la tesi della completezza dell'ordinamento giuridico, messa allora in discussione dalle correnti della scuola del diritto libero (sul punto D. Donati, *Le lacune nell'ordinamento giuridico* (1910), ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 1966, p. 46).

¹⁷ Secondo la sent. n. 1/1956, il concetto di limite è "(...) insito al concetto di diritto"; "(...) nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile". Sull'utilizzo, in funzione di limite ai diritti di libertà, dell'argomento della *Natur der Sache* cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 56 e ss., nonché A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 307 e ss.

¹⁸ Cfr. C. Cost., sent. n. 121/1957 (su cui la nota redazionale di S. Fois, in «Giur. cost.», 1957, pp. 1092 e ss.), che salva l'art. 68 Tulpas che impone la licenza dell'autorità di pubblica sicurezza per l'esposizione in pubblico di rappresentazioni teatrali e cinematografiche.

¹⁹ Nella logica deontica, la nozione di *caso generico* si contrappone "(...) dialetticamente" alla definizione di *caso concreto*: mentre quest'ultima "rimanda ad un singolo evento storico irripetibilmente contraddistinto da precise coordinate fenomeniche di ordine oggettivo e soggettivo, il concetto di *caso generico* allude invece ad una fattispecie paradigmatica ricostruita in base ad un insieme, o *set*, di proprietà astratte e generali all'interno del quale sono sussunte tutte le fattispecie concrete che posseggono quelle proprietà". Così A. Tesauro, *Il bilanciamento degli interessi*, cit. p. 148, che a sua volta richiama C. Alchourron, E. Bulygin, *Normative systems*, 1971, (trad. it. *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2005 pp. 32 e ss.).

²⁰ Da questo punto di vista, non può concordarsi con E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 452-453 che considera il canone dissociativo uguale e contrario all'argomento analogico: mentre infatti in questa ipotesi l'"astrazione-generalizzatrice" compiuta dall'interprete prende le mosse dall'isolamento di determinare caratteristiche

La tecnica di giudizio comporta, indirettamente, la ridefinizione della *ratio constitutionis*, senza alcuno spazio per considerazioni relative al caso individuale schermato dalla norma di legge oggetto del giudizio; in questo senso, allora, la dissociazione esalta l'astrattezza del giudizio costituzionale, prelude ad un giudizio deferente sull'operato del legislatore, ed implica, altresì, il riconoscimento di limiti che conformano il diritto di libertà dall'interno, escludendo dalla tutela costituzionale forme espressive che si discostano dalla *ratio* di tutelare la "pura manifestazione del pensiero" (cd. limiti logici). Così, ad esempio, viene salvata l'incriminazione della propaganda sovversiva perché quest'ultima "(...) non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone." Altrimenti detto, la libertà di espressione assume le sembianze del colloquio razionale²¹, che consiste in uno scambio di idee alieno da particolari forme di pressione psicologica²².

Viene così riconosciuta al legislatore una necessaria discrezionalità nella delimitazione dei confini del diritto di libertà. Poiché la riduzione dell'area semantica della norma costituzionale avviene attraverso il linguaggio della legge, la Corte avalla, di fatto, un canone opposto e uguale all'interpretazione conforme a Costituzione, che consente di leggere il testo costituzionale in "conformità" ai disposti della legislazione ordinaria²³. Questa sorta di *gesetzeskonforme Auslegung*, non solo impedisce la creazione di un "universo semantico prioritario e indipendente", che avrebbe amplificato l'efficacia delle disposizioni costituzionali nei confronti del sistema normativo sottostante²⁴, ma si traduce, di fatto, in una presunzione di conformità dell'intervento legislativo²⁵.

Questa conclusione trova conferma negli *obiter dicta* che accompagnano le *rationes decidendi* di queste pronunce, che smascherano l'operazione di bilanciamento sottesa alla delimitazione in chiave restrittiva della fattispecie costituzionale. Si pensi, ad esempio, proprio alla sent. n. 87/1966, ove la dichiarazione di incostituzionalità della propaganda antinazionale non solo è preceduta dalla constatazione intorno alla necessità di individuare il "bene protetto dalla norma impugnata", ma non si estende inspiegabilmente, alla fattispecie – per molti versi analoga – della "propaganda sovversiva".

Così, la tecnica dissociativa cela, dietro ad un apparente velo di neutralità, il bilanciamento tra libera manifestazione del pensiero ed altri interessi, spesso di natura collettiva, che giustificano l'opzione repressiva del legislatore penale. In alcune decisioni, allora, il rapporto di accessorietà si inverte, e la topica del limite logico assume una funzione servente rispetto all'enunciazione dell'interesse perseguito dal legislatore che, apoditticamente elevato al rango di valore costituzionale, diviene premessa maggiore della decisione.

del caso individuale, la dissociazione individua la *ratio legis* a partire da un'analisi semantico-lessicale del testo da interpretare (in questo senso mi pare vada anche R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 163 e ss). In coerenza con tale premessa, almeno là ove viene utilizzato per interpretare le disposizioni costituzionali, il canone dissociativo non è di per sé un argomento "produttivo" in funzione garantista, come invece sembra ritenere A. Tesaurò, *Il bilanciamento degli interessi*, cit. pp. 147-148.

²¹ Su cui, criticamente, già P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit. p. 16, nonché *Id. Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 267, che sottolineava come la creazione di uno "stato emozionale" fosse lo "scopo di ogni manifestazione che tenda a convincere gli interlocutori della bontà delle idee espresse e, se necessario, dell'opportunità di agire perché esse si attuino".

²² Cfr., per un analogo *iter* argomentativo, le sentt. nn. 100/1966 sull'ormai abrogata fattispecie di incitamento al dispregio delle istituzioni, con note di A. Pecoraro-Albani, *In tema di eccitamento al dispregio delle istituzioni e libertà di manifestare il proprio pensiero*, e di G. Lombardi, *Fedeltà "qualificata" e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero (Problemi e prospettive)* entrambi in «Giur. cost.», 1966, rispettivamente pp. 1217 e ss, 1220 e ss.; n. 16/1973 sull'istigazione del militare a disobbedire alle leggi, con nota di G. Lombardi, *Lo stato può difendersi...ma non deve esagerare*, in «Giur. cost.», 1973, pp. 90 e ss.

²³ Sul punto cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 19.

²⁴ In questo senso G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso* in «Quad. Cost.», 1989, p. 234. In senso analogo v. anche G. Zagrebelsky, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione* in «Giur. cost.», 1970, pp. 904 e ss.

²⁵ Cfr. ad esempio C. Cost. sent. n. 120/1957 (con nota redazionale di S. Fois, in *Giur. cost.*, 1957, pp. 1086 e ss), poi confermata dalla sent. n. 15/1973, che salva l'ormai depenalizzato art. 656 c.p. sulla base della considerazione che le grida e le manifestazioni sediziose "rispondono a un concetto generale", ed implicano sempre eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e pericolo per l'ordine pubblico: come tali, restano al di fuori della nozione e della concreta estrinsecazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, con lo scritto e con ogni altro mezzo di diffusione".

Ad esempio, le notizie false, esagerate e tendenziose, punite a titolo contravvenzionale dall'art. 656 c.p., costituiscono "una forma di endiadi" che riguarda "ogni specie di notizie che, in qualche modo, rappresentino la realtà in modo alterato", idonee per ciò stesso a turbare l'ordine pubblico. Tale bene giuridico, di natura collettiva, non è "(...) dammeno della libertà di manifestazione del pensiero", e riproduce "l'ordine istituzionale vigente", diretto alla preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale"²⁶.

Dietro al velo della dissociazione, allora, il Giudice delle leggi bilancia la libertà costituzionale con beni giuridici fortemente idealizzati, individuati senza alcun riferimento al caso individuale oggetto del giudizio. In tal senso, nella giurisprudenza successiva, l'ordine pubblico, inteso in un'accezione ideale, quale "necessaria integrità di un dato sistema normativo"²⁷, viene accostato ad altri interessi che, in funzione di limite alla libertà di espressione, conformano in senso autoritario il sistema dei valori costituzionali²⁸.

Accanto a beni di natura collettiva, vi sono però anche interessi di natura individuale idonei a limitare, ad esempio, la libertà di stampa²⁹. Secondo la Corte costituzionale, il giudice civile può servirsi, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. di provvedimenti ablatori in funzione cautelare, diversi dal sequestro preventivo di cui all'art. 21.3 Cost., tutte le volte in cui il provvedimento abbia ad oggetto le "(...) attività strumentali (...) dirette (...) all'organizzazione, predisposizione, preparazione e formazione del materiale che si presume destinato ad essere pubblicato", la cui diffusione possa recare danno ai "diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione"³⁰. Anche nel bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità, allora, la Corte si serve di "una tecnica a tenaglia, anzitutto codificando un lungo elenco di diritti della personalità", da utilizzare, poi, "come catalogo di limiti (...) "³¹.

Il lungo elenco di beni opponibili al diritto di manifestazione del pensiero consente alla Corte di oltrepassare l'art. 21.6 Cost., che prevede il solo limite del "buon costume" e che pure, nella successiva giurisprudenza costituzionale assumerà il significato, particolarmente garantista, di "comune senso del pudore", aperto all'evoluzione sociale e ai mutamenti del "sentimento medio della comunità"³². Emerge, quindi, l'incoerenza di un orientamento giurisprudenziale che si serve

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 19/1962, con nota di C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in «Giur. cost.», 1962, pp. 191 e ss., poi confermata nelle successive sentt. nn. 199/1972, 210/1976.

²⁷ Sull'incompatibilità con lo Stato costituzionale di diritto di qualsiasi accezione ideale dell'ordine pubblico, che implica la necessaria adesione dell'individuo alla gerarchia assiologica imposta dallo Stato, cfr. già A. Pace, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in «Arch. Giur.», III, 1963, pp. 359 e ss., C. Lavagna, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in «Dem. dir.», 1969, pp. 359 e ss., nonché più recentemente, T. F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Libreria Bonomo, 2010, pp. 85 e ss.

²⁸ Si pensi alla sent. n. 16/1973, ove la fattispecie di istigazione del militare a disobbedire alle leggi viene considerata legittima non solo perché ogni istigazione è "azione o diretto incitamento all'azione", "grossolana manifestazione del pensiero", ma anche perché strumentale alla tutela del dovere di difesa della patria, "(...) bene cui la Costituzione riconosce un supremo valore e accorda una tutela privilegiata"; in senso affine, anche C. Cost., sent. n. 20/1974, che salva il vilipendio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze Armate dello Stato non solo perché necessario alla salvaguardia del prestigio di istituzioni essenziali per lo Stato repubblicano, ma anche perché il "tenere a vile", il "ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità contro cui la manifestazione è diretta" è forma espressiva che si colloca fuori dal diritto di libera manifestazione del pensiero.

²⁹ Numerosissime sono le pronunce in cui la Corte si serve della tecnica dissociativa per stemperare il conflitto con l'art. 21.2 ("La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure). Così, ad esempio, né l'obbligo di registrazione dei giornali murali, (C. Cost. sent. n.115/1957), né l'art. 57 c.p., sanzionante l'omesso controllo del direttore e del vicedirettore responsabile (C. Cost. sent. n. 40/1960), integrano i concetti di "autorizzazione" o "censura" previsti dalla norma costituzionale.

³⁰ Così, rispettivamente, C. Cost., sent. n. 122/1970, con nota di M. Mazziotti, *Diritto all'immagine e Costituzione*, in «Giur. Cost.», 1970, pp. 1530 e ss., e sent. n. 38/1973. In questo senso, nonostante la Corte affermi una sorta di *Drittwirkung* della libertà di stampa, ritenendo che i diritti individuali espressamente previsti dalla Costituzione debbano comunque prevalere su altri interessi pubblici o privati, ammette poi provvedimenti di sequestro ulteriori rispetto al sequestro preventivo di cui all'art. 21.3 Cost.

³¹ Così, criticamente, M. Ainis, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, in A. Pizzorusso et al. (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale: terze Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale: Lipari, 1-2 ottobre 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 29.

³² Cfr., in particolare, C. Cost. sentt. nn. 9/1965, con note di M.S. Giannini, *Per una maggior ponderazione degli interventi del Presidente del Consiglio dei ministri*, M. Mazziotti, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*, F. Sorrentino, *L'art. 553 nell'interpretazione "adeguatrice" della Corte*, tutti in «Giur. cost.», 1965, rispettivamente pp. 63 e ss., 67 e ss., 77 e ss.; sent. n. 49/1971, con note di A. Pizzorusso, *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling"*, E. Grassi, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, S. Bellomia, *Sei anni dopo*, tutte in *Giur. cost.*, 1971 rispettivamente pp. 527 e ss., pp. 531 e ss., 552 e ss.; sent. n. 368/1992, su cui F. Ramacci, *Libertà 'reale' e 'svalutazione' del buon costume*, nonché R. Orrù, *La*

dello schema della norma generale esclusiva per interpretare in senso recessivo l'art. 21.1 Cost., ma che, d'altro canto, rinvia nuovi limiti che integrano l'art. 21.6 Cost.: con l'ovvio risultato di sovvertire la presunzione di illegittimità che questa disposizione sembrerebbe porre alle misure ispirate da una *ratio* diversa da quella espressamente prevista.

3. Senza dissociazione. Bilanciamenti "casuali" nella crisi di precettività del testo costituzionale

In un secondo orientamento giurisprudenziale, tuttavia, il giudice delle leggi si libera del prelude "dissociativo" per effettuare direttamente il bilanciamento tra interessi confliggenti. In questi casi, una volta ricostruita attraverso un'indagine teleologica-oggettiva la *ratio* della norma di legge e, quindi, l'interesse perseguito dal legislatore, e aver quindi disegnato la particolare "topografia" del conflitto³³, la Corte "pesa" e sceglie l'interesse prevalente sulla base dell'apodittica attribuzione del rango "costituzionale" o, addirittura, "supremo" ad uno degli interessi coinvolti. Si tratta di una tecnica che è conseguente evoluzione della teoria dei limiti naturali, che rispetto a quest'ultima si differenzia per l'enfasi argomentativa dedicata al fondamento costituzionale del contro-interesse.

In queste ipotesi, la valutazione che la Corte compie è discrezionale e difficilmente prevedibile, e trova la propria giustificazione alla luce della gerarchia di valori di volta in volta stabilita: in (rare) ipotesi³⁴, il giudizio di prevalenza è favorevole alla situazione soggettiva di cui all'art. 21 Cost., mentre in altre (più numerose) occasioni è quest'ultima ad essere postergata a favore di interessi "non meno importanti"³⁵.

Emblematica è, a tal riguardo, la sentenza che segna l'abbandono della tesi dei limiti logici, avente ad oggetto il divieto di pubblicazione, anche successivamente alla fase istruttoria, degli atti del procedimento penale tenuto a porte chiuse. La Corte valuta, così, la coerenza delle deroghe al principio di pubblicità del procedimento penale: mentre la pubblica igiene, "in tempo di diffusione di morbi epidemici o di altre malattie contagiose", o l'eccitamento della riprovevole curiosità" non appaiono teleologicamente connessi al "bene supremo" del perseguimento della giustizia, discorso diverso deve essere fatto per tutte quelle ipotesi previste dal codice di procedura penale ritenute proiezioni di interessi costituzionali³⁶.

La scelta sull'interesse da premiare rappresenta l'*ubi consistam* di queste operazioni di bilanciamento, e completa il processo di trasformazione del giudizio di legittimità costituzionale da strumento di risoluzione delle antinomie normative basato su canoni logico-formali a mezzo di composizione di conflitti di natura essenzialmente materiale. In altri termini, l'antinomia totale-

"pubblicità" della condotta come "requisito essenziale" della nozione del buon costume ex art. 21 Cost. e come "vincolo" all'attività interpretativa dei giudici, in «Giur. cost.», 1992, rispettivamente pp. 3563 e ss e 3567 e ss.; in senso parzialmente diverso sent. n. 293/2000, *La riesumazione dei boni mores*, con nota di A. Oddi, in «Giur. cost.», 2000, pp. 2245 e ss.

³³ Utilizza questa definizione R. Bin, *Diritti e Argomenti* cit. p. 62 e ss. Sulla "perimentazione" del conflitto come attività tipica del giudizio di legittimità costituzionale, preliminare alla scelta dell'interesse prevalente, cfr. A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit. pp. 306-307.

³⁴ Cfr., ad esempio, C. Cost. sent. n. 105/1972, che dichiara illegittimo il riposo domenicale degli addetti alle imprese editrici e stampatrici di giornali perché contrastante oltre che con la libertà di manifestazione del pensiero, con l'interesse ad essere informati dei cittadini e alla libera circolazione delle informazioni.

³⁵ Così C. Cost., sent. n. 25/1965, (su cui *infra*), con nota di V. Crisafulli, *In tema dei limiti alla cronaca giudiziaria*, in «Giur. cost.», 1965, p. 244 e ss.

³⁶ In questo senso, il Giudice delle leggi salva le norme che vietano la pubblicità del dibattito per tutelare "la sicurezza dello Stato, riferita alla tutela della esistenza, della integrità, della unità, della indipendenza, della pace e della difesa militare e civile dello Stato; l'ordine pubblico, inteso nel senso di ordine legale, su cui poggia la convivenza sociale (...); la morale che va collegata al concetto di buon costume, limite espressamente dichiarato dall'art. 21; la tutela dei minori, per i quali la pubblicità dei fatti di causa può apportare conseguenze veramente gravi, sia in relazione allo sviluppo spirituale, sia in relazione alla loro vita materiale". L'interesse al perseguimento della giustizia, considerato addirittura "presupposto dell'esercizio di tutte le libertà", giustifica invece la legittimità del combinato disposto tra l'art. 684 c.p. e l'art. 164 n. 1 del vecchio codice di rito, che puniva la pubblicazione degli atti istruttori (C. Cost. sent. n. 18/1966, sostanzialmente ripresa dalla sent. n. 18/1981), e la mancata previsione della facoltà per il giornalista della facoltà di astenersi dalla deposizione in giudizio sulle proprie fonti notiziali (in tal senso cfr. Corte Cost. sent. n. 1/1981, su cui C. Chiola, *Lo jus tacendi dei giornalisti sulle fonti confidenziali*, in «Giur. cost.», 1981, pp. 421 e ss.). In senso analogo cfr. C. Cost. sent. n. 293/2000, ove la Corte sembra abbandonare il suo precedente orientamento, accogliendo una nozione fortemente idealizzata di "buon costume": la fattispecie che incrimina la diffusione di stampati impressionanti o raccapriccianti (art. 15 l. 47/1948), è rivolta alla tutela della "pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea" riconducibili al "(...) bene fondamentale della dignità umana". La dignità diviene, così, una sorta "(...) di 'supervalore costituzionale', in quanto tale sempre invocabile per limitare qualsivoglia diritto di libertà" (così A. Oddi, *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2247).

parziale, tra parametro costituzionale e norma-oggetto, rilevata dal giudice *a quo*, non riesce più a descrivere un procedimento che trova il proprio fulcro nell'individuazione teleologica dell'interesse perseguito dalla disposizione di legge e nella sua successiva comparazione con la libertà costituzionale; in questo senso, è la stessa *decisio ordinans* della Corte, che compone la particolare dialettica assiologica in questione, a fornire le premesse della pronuncia³⁷.

La composizione del conflitto è, allora, strutturalmente mobile, perché dipende dalla gerarchia assiologica di volta in volta individuata, potenzialmente reversibile non solo in ogni caso che pure presenti analoghe proprietà rilevanti, ma anche nell'ambito della stessa motivazione³⁸. La decisione non assicura, perciò, vincoli argomentativi stabili, capaci di astrarre la regola del conflitto al di là della *quaestio iuris* affrontata³⁹. Ciò che rileva è, infatti, la scelta dell'interesse da premiare, che comprime la motivazione nel momento decisorio, per sua natura arbitrario o "irriflesso"⁴⁰.

D'altro canto, il riconoscimento della supremazia assiologica di uno degli interessi in questione tradisce una visione "(...) cognitivista e ontologizzante ispirata ad una *objektive Wertordnung*"⁴¹, che influenza la stessa natura del bilanciamento, che non è più un equilibrato "contemperamento" di beni diversi e contrari, ma una vera e propria "soppressione" di un interesse a vantaggio di un altro⁴².

Vero è che questa tecnica decisionale abbandona l'incoerenza di utilizzare, nella stessa pronuncia, canoni formali per l'individuazione dei limiti logici, e criteri materiali per la determinazione dei limiti impliciti. Eppure, proprio perché caratterizzato dall'apoditticità delle argomentazioni e dalla casualità nell'esito di giudizio, la tecnica di scrutinio concorre alla destrutturazione della "paratia antincendio", di natura essenzialmente contro-maggioritaria, posta dalle norme costituzionali sui diritti di libertà⁴³: proprio in tali casi, allora, il bilanciamento assume le sembianze di una metafora vuota, che trascura la dimensione argomentativa ed evidenzia la scelta discrezionale e non prevedibile del giudice⁴⁴. Si comprende, quindi, come "l'idea di realizzare valori materiali (...) costituzionalmente stabiliti" corra il rischio di trasformare la Corte costituzionale in una istituzione "autoritaria"⁴⁵: se, infatti, a rilevare è esclusivamente l'atto di scelta dell'interesse predominante, l'aspirazione ad un ordine oggettivo di preferenze materiali, ispirato dal testo costituzionale, cede il passo alla soggettività dell'istituzione che esamina la questione di diritto. In altri termini, il bilanciamento riplasma il concetto normativista del *nomos basileus*, trasformandosi, cioè, in una

³⁷ Tale conflitto continua ad essere descritto nei termini logici di una antinomia parziale-parziale tra proposizioni normative che presentano, rispettivamente, un ambito applicativo in conflitto e una sfera di applicazione ove il conflitto non esiste, non solo dai teorici fedeli all'impostazione analitica (cfr. per tutti, R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit. pp. 217-218) ma anche dai sostenitori di una teoria debole e procedurale di bilanciamento, come G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in «Ragion pratica», 2005, p. 338. In verità, in queste ipotesi si ha un contrasto materiale tra opposti criteri orientativi, piuttosto che una mera incompatibilità logica tra norme contraddittorie.

³⁸ In tal senso R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit. ult., p. 219.

³⁹ Per un'opinione in parte diversa cfr. invece A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 197 che sposa una distinzione debole tra *ad hoc balancing* e *definitional balancing*: secondo l'Autore, ogni bilanciamento tra opposti interessi "presenta almeno due profili, uno suscettibile di generalizzazione, relativamente alla dimensione costituzionale degli interessi in gioco (...); l'altro di carattere particolare, limitatamente alla fattispecie in rilievo in un determinato giudizio costituzionale".

⁴⁰ E' questa la critica fondamentale che J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* 1992, (trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996, p. 308) muove al bilanciamento quale tecnica di risoluzione delle controversie giudiziali. In questo senso, non è sempre vero che il bilanciamento giurisdizionale sia di per sé garanzia di una "istanza di razionalità" contrapposta al "dominio della volontà" (corsivo nel testo) come invece sembra ritenere R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit. *passim*, ma spec. p. 164.

⁴¹ Così A. Tesauo, *Il bilanciamento degli interessi*, cit., p. 166.

⁴² In questi termini, in relazione alle operazioni di bilanciamento, R. Guastini, *L'interpretazione*, cit., p. 219, nonché, nell'ambito di una "ragionevole apologia" del bilanciamento definitorio, A. Tesauo, *Il bilanciamento degli interessi*, *ibidem*.

⁴³ Così J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 308.

⁴⁴ Cfr. per tale critica, che comunque richiama una concezione debole e particolarista di bilanciamento, R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e di metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli 1996, pp. 142 e ss., B. Celano, "Defeasibility" e bilanciamento. *Sulla possibilità di revisioni stabili* in «Ragion pratica», 2002, pp. 223 e ss., *Id. Diritti principi e valori nello stato costituzionale di diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto: ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 71 e ss., G. Maniaci *Razionalità e bilanciamento*, cit. pp. 341 e ss, nonché, da ultimo, L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in «Giur. cost.», 2010, pp. 2796 e ss.

⁴⁵ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit. pp. 307-308.

decisione che ordina e disciplina – e che è, appunto, *nomos* - perché proveniente dal soggetto dotato di *auctoritas*⁴⁶.

La risoluzione del conflitto sembra poggiare, allora, su una sorta di vuoto argomentativo che, anche a voler accogliere una nozione forte e razionalmente unitaria di bilanciamento, infrange il criterio meta-interpretativo che impone un onere argomentativo ulteriore in caso di limite ad un diritto fondamentale⁴⁷.

In questo senso, l'esito "casuale" del bilanciamento non pare in grado di fornire un criterio di soluzione adeguato delle controversie costituzionali che coinvolgono l'art. 21 Cost. Nel libero gioco degli argomenti, condotto su una tavola costituzionale ispirata ad una sostanziale poliarchia di valori⁴⁸, ad essere smarrita è la stessa possibilità di individuare il contenuto essenziale del diritto fondamentale. In effetti, l'idea che "(...) beni di rango costituzionale siano sempre e comunque opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero (...)" basta "(...) ad annichilire la libertà di pensiero, dato che la rete degli interessi rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento"⁴⁹. E' proprio in relazione a queste ipotesi, dunque, che l'attività interpretativa del Giudice delle leggi rischia di smarrire non solo la precettività del diritto di libertà ma anche l'antico paradigma liberale della certezza, che ha rappresentato, storicamente, lo strumento offerto dallo Stato di diritto per la protezione dell'individuo di fronte all'arbitrio dei pubblici poteri.

4. Dissociazione sulle fattispecie legislative e bilanciamenti definitivi. La "rivincita" della libertà di manifestazione del pensiero

Alla luce di tali premesse, il terzo protocollo di giudizio inaugurato dalla giurisprudenza costituzionale, cronologicamente di poco successivo ai precedenti orientamenti e numericamente più corposo, presenta una forte discontinuità nell'intensità della tutela apprestata alla libertà costituzionale.

Anche in questi casi, l'operazione ermeneutica assume le forme schematiche della norma generale esclusiva che porta, tuttavia, ad esiti opposti rispetto alla topica dei limiti logici: l'argomento dissociativo, che rappresenta lo strumento pratico della delimitazione normativa, non è più riferito al parametro costituzionale, ma è utilizzato per scorporare una sottoclasse di comportamenti punibili dall'ambito di applicazione della norma-oggetto, e arricchire, d'altro canto, "la lista dei presupposti richiesti dalla fattispecie incriminatrice".

Questa tecnica interpretativa non solo ha fornito maggiore determinatezza a fattispecie che richiamano, quale elemento oggettivo del fatto tipico, tipologie di condotte dai contorni sfumati⁵⁰,

⁴⁶ Così C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, (trad. it. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 250 e ss., che rovescia l'impostazione normativistica "della *lex* come unico *rex*" (ivi, p. 252). La relazione tra *re* e *nomos*, secondo Schmitt, va invertita: il " 're' implica un concetto giuridico inerente all'ordinamento, e quindi deve essere della stessa natura del *nomos* (...). Come il *nomos* è *re*, così il *re* è *nomos* e in tal modo ci troviamo già di nuovo nell'ambito di decisioni e istituzioni concrete invece che di norme astratte e regole generali" (ivi, p. 254).

⁴⁷ "Quanto più intenso si presenta un intervento su un diritto fondamentale, tanto più devono pesare i motivi giustificativi". Così la "legge epistemica di bilanciamento" formulata, nell'ambito di una ricerca finalizzata all'individuazione di una razionalità obiettiva delle procedure di bilanciamento, da R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. La Torre, A. Spadaro, (a cura di) *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002 p. 42 nonché *Id. On Balancing and Subsumption, A Structural Comparison* in «Ratio Juris», 2003, p. 446.

⁴⁸ La tesi, che a sua volta rimanda ad una concezione aperta e procedurale di democrazia, è accolta, tra gli altri, da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 210 e ss., R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in «Quad. cost.», 2007, pp. 11 e ss., ma non è unanimemente accolta in dottrina (cfr. ad esempio, A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit. pp. 22-24 che rinvia nella Costituzione italiana una *Wertordnung* ordinata intorno alle coordinate di libertà e eguaglianza, da cui discende una diversa posizione dei diritti "originari" rispetto ai diritti "derivati"). Per una tesi intermedia, che tenta di conciliare la poliarchia assiologica con l'aspettativa di unificazione posta dalla Costituzione, cfr. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, pp. 102 e ss., nonché A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, pp. 504 e ss.

⁴⁹ In tal senso, L. Paladin, *Libertà di pensiero*, cit. pp. 11-12.

⁵⁰ Si pensi, ad esempio a C. Cost. sentt. nn. 1/1958, 74/1958 (su cui l'osservazione redazionale di C. Esposito, in «Giur. cost.», 1958, pp. 958-959), ripresa poi dalla sent. n. 15/1973, su apologia di fascismo e manifestazione fasciste (artt. 4 e 5 della l. n. 645/1952 di attuazione della XII disp. trans.); sent. n. 65/1970 sull'apologia di delitto (art.414.3 c.p.), con nota di A.C. Jemolo, *Lo stato può difendersi*, in «Giur. cost.», 1970, pp. 957 e ss., adde G. Bognetti, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414, ultimo comma*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1971, pp. 18 e ss; sent. n. 108/1974, sull'istigazione all'odio tra classi sociali (art. 415 c.p.), su cui G. Bognetti, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati*

ma ha anche corretto, come nel caso del mancato riconoscimento dell'*exceptio veritatis* al giornalista, bilanciamenti legislativi viziati da una sovrainclusione repressiva⁵¹.

Così, ad esempio, l'apologia di fascismo non consiste in una semplice "difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista"⁵²; analogamente il reato di manifestazioni fasciste non vuole colpire "(...) qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista", ma solo quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che (...) possono determinare il pericolo (...) della sua riorganizzazione⁵³; l'apologia di delitto, prevista dall'art. 414.3 c.p., non si riferisce alla "(...) manifestazione del pensiero pura e semplice", ma a quella 'istigazione indiretta' "(...) che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti"⁵⁴.

Il procedimento intellettuale, come si evince, risulta eguale e contrario all'attività di individuazione dei limiti logici: mentre in quelle occasioni la Corte, attraverso la dissociazione dalla manifestazione del pensiero di ciò che è considerato logicamente "altro", restringe l'efficacia della norma costituzionale, in queste ipotesi il Giudice delle leggi riduce lo spettro della della fattispecie incriminatrice e, indirettamente, amplifica l'efficacia della norma costituzionale.

L'interpretazione restrittiva della norma oggetto è comunque preceduta, almeno nelle pronunce più recenti, dalla preliminare topografia degli interessi in conflitto: così, l'esigenza di tutelare il pudore sessuale e la "moralità giovanile", che necessita l'incriminazione della propaganda anticoncezionale, deve essere comparata con la libertà di manifestazione del pensiero, vera e propria "condizione (...) del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale"⁵⁵; il divieto di apologia di delitto trova la propria giustificazione "nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, (...) finalità immanente del sistema"⁵⁶.

Ciò che contraddistingue questa forma di ponderazione giudiziale è, soprattutto, il particolare esito del giudizio: la Corte costituzionale, infatti, "esplicita a partire da alcuni casi paradigmatici (...), alcune proprietà rilevanti che si ritengono comuni a diverse ipotesi di conflitto"⁵⁷, e cristallizza in una norma generale e astratta il contrasto tra opposti interessi. In questo senso, la *regula iuris*, suscettibile di essere applicata in casi analoghi, non solo stempera la natura polemica del conflitto, ma traduce anche la controversia assiologica e materiale in una ponderazione formale e normativa e, in ultima istanza, trasforma il bilanciamento da "giudizio 'sapienziale' in (...) ragionamento 'procedurale' "⁵⁸.

Ma non è solo il soddisfacimento della "condizione di universalizzabilità", a spingere la ponderazione definitoria verso i paradigmi della razionalità formale⁵⁹: vi sono, infatti, diversi casi in

contro l'ordine pubblico, in «Giur. cost.», 1974, pp. 1433 e ss.; sent. n. 9/1965 sull'art. 553 c.p., relativo alla fattispecie, poi dichiarata illegittima nella sent. n. 49/1971, dell'incitamento a pratiche contraccettive; sent. n. 84/1969, con nota di A. Cerri, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda istigazione ad agire*, in «Giur. cost.», 1969, pp. 1175 e ss., sull'art. 507 c.p., relativo al boicottaggio industriale attuato mediante propaganda; sentt. nn. 30/1982, 519/2000, sulle attività e manifestazioni sediziose del militare (artt. 182 e 183 del codice penale militare).

⁵¹ Così C. Cost., sent. n. 175/1971, che ha incidentalmente rifinito la disciplina posta dall'art. 596 c.p.

⁵² Cfr. sent. n. 1/1957.

⁵³ Cfr. sentt. nn. 74/1958, 15/1973.

⁵⁴ Cfr. sent. n. 65/1970. In senso analogo, sent. 9/1965, ove il divieto di propaganda anticoncezionale non comprende quelle forme espressive che mirano "a convincere dell'utilità e necessità in un determinato momento storico e in un particolare contesto economico-sociale, di limitare le nascite e di porre regole al ritmo della vita"; sent. n. 84/1969, secondo cui il divieto di boicottaggio industriale attuato mediante propaganda non può essere considerato punibile "(...) quando esercitat[o] dal singolo in condizioni di insignificante rilievo": piuttosto esso deve essere sanzionato solo qualora raggiunga "(...) un grado tale di intensità tale da risultare veramente notevole"; sent. 108/1974, che restringe la punibilità dell'istigazione all'odio tra le classi sociali solo ove questa avvenga "in modo pericoloso per la pubblica tranquillità".

⁵⁵ Cfr. sent. n. 9/1965.

⁵⁶ Cfr. C. Cost. sent. n. 65/1970.

⁵⁷ In tal senso G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa di problemi*, in «Ragion pratica», 2007, p. 260, ma per una enucleazione teorica del bilanciamento definitorio cfr. anche J.J. Moreso, *Conflitto tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 2002, pp. 201 e ss.

⁵⁸ Così G. Pino, *Conflitto e bilanciamento*, cit. p. 261.

⁵⁹ Cfr., in tal senso, N. MacCormick, *Universalization and Induction in Law*, in C. Faralli, E. Pattaro (eds.), *Reason in law*, vol. I, Milano, Giuffrè, pp. 100 e ss, pp. 98 e ss, nonché M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 339 e ss.

cui il Giudice delle leggi ha arricchito la giustificazione esterna delle premesse decisorie⁶⁰ attraverso considerazioni legate ora al contesto normativo, politico o sociale in cui si colloca la decisione, ora alla particolare situazione di fatto da cui è sorta la questione di legittimità costituzionale. Queste argomentazioni, proprio perché arricchiscono la persuasività della motivazione, aumentano il grado di accettabilità della stessa, quanto meno nel senso di fornire dati empirici suscettibili di discussione nella comunità scientifica di riferimento e, quindi, potenzialmente controllabili⁶¹.

Sono argomenti che ritornano soprattutto quando si tratta di colmare concetti indeterminati cui rimandano le clausole generali⁶²: così, la *ratio* che giustifica l'incriminazione della propaganda anticoncezionale, nel mutato quadro costituzionale, non può più coincidere con la "volontà di potenza" del regime autoritario, e quindi con la necessità di eliminare qualsiasi ostacolo alla massima espansione demografica, ma deve essere valutata alla luce della tutela del buon costume, clausola generale aperta all'evoluzione dei costumi sessuali e, quindi, suscettibile di essere ridefinita alla luce delle particolari contingenze storiche⁶³. Analogamente, la particolare attenzione al fatto porta a ritenere che l'autore della detenzione di materiale osceno non possa essere incriminato qualora la condotta difetti di offensività, quando cioè "considerato il contesto e le modalità in cui quegli atti e quegli oggetti sono compiuti o esposti (...) si esauriscano nella sfera privata e non costituisca[n]o oggetto di comunicazione verso un numero indeterminato di persone⁶⁴.

D'altro canto, le regole poste in via interpretativa dal Giudice delle leggi conducono, per un verso, ad un mutamento qualitativo del bene giuridico tutelato e, di conseguenza, ad una torsione genetica dei reati di opinione, che da fattispecie di pericolo presunto mutano in fattispecie di pericolo concreto accertabile dal giudice comune. Tale osservazione vale, soprattutto, per fattispecie come l'apologia di fascismo, l'apologia di delitto, l'istigazione all'odio tra classi sociali, tutte fattispecie originariamente previste per la tutela di beni giuridici diversi e fortemente idealizzati, e che ora, a seguito dell'intervento della Corte, risultano accumulate dalla necessità di tutelare, più che un ordine immanente di valori, uno stato materiale di pace che deve essere accertato dai giudici comuni alla luce delle particolari circostanze del caso individuale⁶⁵.

Il Giudice delle leggi riformula, così, la disposizione oggetto del giudizio, e crea una norma nuova generale e astratta, per ciò stesso maggiormente stabile che, pur nel rispetto delle scelte legislative, tenta di disinnescare l'effetto raggelante (*chilling effect*) della norma penale su forme espressive costituzionalmente tutelate.⁶⁶ Le *regulae iuris* coincidono con gli *standards* di giudizio

⁶⁰ I teorici del ragionamento normativo distinguono, come noto, la giustificazione esterna, diretta alla giustificazione in chiave persuasiva delle premesse tramite l'utilizzo di classi di argomenti che si collocano oltre la trama del testo normativo, dalla giustificazione interna, che altro non è che l'operazione di tipo sillogistico che riconduce la premessa minore nell'alveo della premessa maggiore. Cfr., per tutti, J. Wroblewsky, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano, *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma, Laterza, 1986, pp. 206 e ss e R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit. pp. 176 e ss.

⁶¹ In tal senso cfr. G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento*, cit. pp. 353 e ss, che individua i criteri della razionalità discorsiva nella coerenza logica e nella sufficienza delle ragioni teoriche e normative.

⁶² In tal senso, da ultimo, V. Veluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 88: "la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti". Sulla necessità di riconoscere una specificità applicativa alle clausole generali anche in un testo, come quello costituzionale, caratterizzato dalla forte apertura semantica e dall'ampia vocazione assiologica, cfr. F. Pedrini, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in «Quad. cost.», 2012, p. 296.

⁶³ Non è un caso che, a pochi anni di distanza dalla interpretazione restrittiva offerta nella sent. n. 9/1965, la Corte dichiari l'incostituzionalità della fattispecie incriminatrice (sent. n. 49/1971).

⁶⁴ Cfr. C. Cost., sent. n. 368/1992, in relazione all'art. 528 c.p.

⁶⁵ Così, mentre l'accezione ideale dell'ordine pubblico comporta una delimitazione *ab interno* e funzionalizzante del diritto di libertà, la concezione materiale della pubblica sicurezza determina sempre un limite opponibile *ab externo* bilanciabile caso per caso. In questo senso v. T. F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali*, cit. p. 91, secondo il quale non è possibile considerare la sicurezza un "(...) limite immanente alla ricostruzione di una specifica libertà". Secondo l'Autore, l'individuazione dell'oggetto di uno specifico diritto "dovrebbe prescindere logicamente non solo dalla presenza di eventuali limitazioni esterne, ma anche dalle successive operazioni di bilanciamento eventualmente azionabili".

⁶⁶ La finalità dell'operazione ermeneutica, diretta a fornire una tutela avanza alla libertà di manifestazione del pensiero, accomuna così questa forma di bilanciamento "definitorio" al *definitional balancing* inaugurato dalla Corte Suprema statunitense a cavallo degli

che devono essere seguiti dal giudice comune nel singolo caso individuale, e lasciano comunque aperto l'esito finale del conflitto: in effetti, la regola enunciata dalla Corte costituzionale, rimanda ai giudizi *a quibus* per la valutazione intorno al rapporto di prossimità e di causalità tra la condotta espressiva e l'evento giuridico tipizzato dalla argomentazione della Corte. In questo senso, la decisione, lungi dal richiamare esclusivamente una applicazione logico-deduttiva dello *standard*⁶⁷, richiede una valutazione dei giudici comuni, che dovranno di volta in volta apprezzare e ("pesare") le proprietà rilevanti della singola *quaestio facti*⁶⁸.

5. Conclusioni e prospettive. Per una ragionevole "apologia" del bilanciamento definitorio

Come si è tentato di evidenziare, la razionalizzazione delle tecniche di giudizio contribuisce ad evidenziare l'estensione che il nostro ordinamento riconosce al diritto di libera manifestazione del pensiero.

In tal senso, se non è improprio affermare che, nel complesso, la Corte costituzionale abbia dato vita ad una giurisprudenza "frammentata, instabile, episodica"⁶⁹, è verosimile ritenere che, quanto meno nell'ambito dei conflitti tra diritto individuale e beni di natura collettiva, il bilanciamento definitorio abbia progressivamente fornito un grado di tutela stabile alla libertà costituzionale. Anzi ben può dirsi che questa tecnica di scrutinio, comunemente ascritta dalla dottrina costituzionalistica tradizionale ai meccanismi propri delle sentenze interpretative, nel fissare lo *standard* per il giudice *a quo*, ha accentuato le tendenze "concretizzanti" sprigionate dall'incidentalità del meccanismo di accesso al sindacato di legittimità costituzionale⁷⁰.

Certo, non mancano occasioni in cui la Corte costituzionale si è dimostrata troppo attenta a mantenere l'equilibrio tracciato dal legislatore, risparmiando dalla declaratoria di incostituzionalità fattispecie che, anche successivamente all'interpretazione restrittiva, incriminano opinioni in ragione del *contenuto*, piuttosto che per le concrete *modalità* di realizzazione della condotta⁷¹.

D'altro canto, il bilanciamento definitorio sprigiona effetti garantisti, poiché spezza l'uniformità teorica dei "limiti naturali": come si è visto, infatti, l'idea che vi siano limiti opponibili *logicamente* o *implicitamente* alla libertà di manifestazione del pensiero implica una presunzione di legittimità dell'intervento legislativo che, soprattutto nella topica dei limiti impliciti, ha di fatto reso costituzionalmente obbligate - perché attuate in virtù di pretesi valori costituzionali - scelte repressive del legislatore⁷².

anni '60 del XX sec., su cui C. Valentini, *Le ragioni della costituzione*, cit. pp. 290 e ss.

⁶⁷ Come invece ritengono alcuni autori, tra cui A. Tesaro, *Il bilanciamento degli interessi*, cit. pp., nonché J. J. Moreso, *Conflitto tra principi*, cit. pp. 220-221. Nel senso del testo mi pare, invece, G. Pino, *Conflitto e bilanciamento*, cit. pp. 269 e ss.

⁶⁸ Non è un caso, allora, che parte della dottrina classifichi queste ipotesi come forme di "delega di bilanciamento" (così R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit. pp. 120 e ss) o di bilanciamento "differito" (in tal senso A. Morrone, *Il custode*, cit. pp. 378 e ss)

⁶⁹ Così M. Aini, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, cit. p. 31.

⁷⁰ Sottolinea, ancorché criticamente, il nesso tra la peculiare posizione processuale (*rectius*: istituzionale) e l'enunciazione delle regole definitorie R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit. pp. 124-125. Resta ai margini di questa indagine un aspetto assai rilevante, che attiene all'efficacia vincolante dello *standard* enunciato nel giudizio costituzionale rispetto non solo alle future decisioni della Corte ma anche - e soprattutto- nei confronti dell'ordinario circuito giurisdizionale. Mentre nel primo caso la dottrina maggioritaria tende a riconoscere un'efficacia meramente persuasiva del precedente (per tutti, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesi, usi, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 328 e ss), nella seconda ipotesi emergono problematiche diverse, a seconda che si prenda in considerazione il vincolo della pronuncia sul giudice che ha sollevato la questione o, più in generale, la pretesa efficacia *erga omnes* nei confronti di tutto il potere giudiziario dell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale. In ogni caso, l'orientamento prevalente, sia nella dottrina maggioritaria - per tutti, G. Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)* in *Dig. Disc. Pubbl.* vol. IX, Torino, UTET, 1994, IX, 31 ss., R. Romboli, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 701 e ss., sia nella più recente giurisprudenza di legittimità (C. Cass. Sez. Un. pen. dec. 17 maggio 2004 in «Giur. cost.», 2004, pp. 2995 e ss.), tende a riconoscere, nei confronti del *giudice a quo*, un mero vincolo negativo (nel senso che il giudice può attribuire alla disposizione qualsiasi significato non ritenuto costituzionalmente incompatibile dalla Corte costituzionale), e a escludere, per ragioni legate alla separazione dei poteri e all'indipendenza del potere giudiziario *ex art. 101.2 Cost.*, un'efficacia vincolante *erga omnes*.

⁷¹ E' questo il caso, ad esempio, dell'istigazione all'odio tra le classi sociali, chiaramente pensata dal legislatore fascista per punire le dottrine anti-corporative e che, nonostante l'opera di *maquillage* operata dalla Corte (sent. n. 108/1974), non è esente da dubbi di legittimità costituzionale.

⁷² Mentre, infatti, la teoria dei limiti logici rimanda ad una scelta, nell'ambito delle forme espressive, tra ciò che è considerato costituzionalmente protetto e ciò che si colloca al di fuori della norma costituzionale in uno spazio costituzionalmente indifferente, la teoria dei limiti impliciti implica la doverosità costituzionale della repressione per la necessaria tutela di beni aventi rango

Peraltro, la scelta di definire le condizioni di legittimità della norma oggetto del giudizio attraverso il bilanciamento definitorio senza arrivare ad una ablazione conferma la particolare morfologia dei diritti di libertà. In effetti, come da tempo ha mostrato un orientamento dottrinale sensibile alle influenze nord-americane, la Costituzione italiana, “nel momento in cui si irrigidisce nei confronti della legge ordinaria, e diviene perciò legge superiore, non opera un mero passaggio dal Parlamento al giudice costituzionale della definizione del ‘giusto’ limite alla libertà”⁷³, come è accaduto, invece, nelle esperienze caratterizzate dal *judicial review of legislation*; essa, piuttosto, “precostituisce il limite stesso [della legislazione] attraverso le riserve rinforzate”⁷⁴ e, d’altro canto, conferisce alla legge e agli atti a questa equiordinati la funzione di delimitare le singole situazioni soggettive riconosciute dalla Costituzione (affidando quindi all’atto parlamentare il compito di trovare il ragionevole equilibrio tra istanze libertarie e potenziali *countervalues*)⁷⁵.

In quest’ottica si spiega, forse, l’atteggiamento sostanzialmente deferente della Corte costituzionale, che assai raramente ha scelto la strada di un’ablazione secca preferendo invece, nella gran parte dei casi, una mera re-interpretazione della norma oggetto del giudizio di legittimità⁷⁶.

Queste osservazioni non implicano, automaticamente, che il diritto alla libera manifestazione del pensiero sia lasciato alla mercé del legislatore ordinario, e che la legge, come nello Stato di diritto, sia “(...) custode di ogni diritto, (...) garante dell’ordine costituito, (...) fonte di ogni legalità, (...) sicurezza e (...) difesa contro il torto”⁷⁷; piuttosto, proprio la natura pervasiva del *Verfassungsstaat* richiede un allargamento dell’indagine, che ricomprenda anche la ricostruzione delle tecniche argomentative dei giudici comuni, che, di fatto, concorrono a formare, insieme alla Corte costituzionale un sistema multilivello di protezione interna dei diritti fondamentali⁷⁸. In fondo, una ricerca di tal genere sarebbe, forse, coerente con una teoria “debole” della manifestazione del pensiero, che ricostruisca il significato di tale libertà non più attraverso l’applicazione di astratti postulati dogmatici, ma a partire dai diversi valori cui rimanda la “non raggiungibile varietà del concreto”⁷⁹.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna,
corrado.caruso@unibo.it

costituzionale. In tal senso, cfr. anche G. Bognetti, *Apologia di delitto punibile*, cit. p. 58, nt 67.

⁷³ Così G. Amato, *Libertà*, cit. p. 278.

⁷⁴ G. Amato, *ibidem*.

⁷⁵ L’opera di delimitazione legislativa dei diritti di libertà, testimoniata dalla costellazione, nel testo costituzionale, delle riserve di legge, rimanda a forme di mediazione compiute dalle forze politiche. In tal senso, l’istituto della riserva di legge, (e il principio di legalità che di questo è il corollario) tradisce la fiducia, tipica delle democrazie pluraliste, nella capacità di sintesi degli interessi sociali della *maior pars*. Sul punto, diffusamente, A. Barbera, *La laicità come metodo*, sul *Forum di Quaderni costituzionali*, in www.forumcostituzionali.it, pp. 7-10.

⁷⁶ Se si esclude la sent. n. 25/1966, avente ad oggetto i divieti di pubblicità del procedimento penale nel vecchio codice di rito, sono solo quattro le pronunce di caducazione delle norme incriminatrici: sent. n. 1/1956, avente ad oggetto la diffusione di stampati senza l’autorizzazione dell’autorità di pubblica sicurezza (art. 136 Tulps); sent. n. 87/1966, sul divieto propaganda antinazionale prevista dall’art. 272.2 c.p.; sent. n. 49/1971 sul divieto di propaganda anticoncezionale, prevista dall’art. 553 c.p.; sent. n. 126/1985, relativa al divieto di reclamo collettivo previsto dall’art. 180.1 del codice penale militare di pace.

⁷⁷ Così C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932, (trad. it. *Legalità e legittimità*, in *Id. Le categorie del politico*, cit. p. 226).

⁷⁸ Per quanto più interessa in questa sede, cfr. il lavoro di A. Tesauro, *La diffamazione come reato debole e incerto*, pp. 47 e ss., che sottolinea l’origine giurisprudenziale delle singole situazioni soggettive desunte dall’art. 21 Cost. (ad es. diritto di cronaca, diritto di critica, diritto di satira, diritto di intervista), frutto, a loro volta, di precisi *standards* enunciati nei bilanciamenti definitori compiuti dai giudici penali.

⁷⁹ Così R. Bin, in *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto*, cit. p. 78 che riprende il *dictum* della Corte costituzionale n. 644/1988. In fondo, dietro all’affermazione riportata nel corpo del testo vi è l’idea, cara all’ermeneutica gadameriana, che la ricostruzione in fatto del caso giudiziale non è operazione assiologicamente asettica strettamente valutativa secondo le categorie di significato dell’interprete.