

## La Corte EDU torna sui caratteri del discorso politico online: una diluizione della libera manifestazione del pensiero?

di Marta Tomasi

**Title:** The European Court of Human Rights goes back to the features of online political speech: a dilution of the freedom of expression?

**Keywords:** Freedom of expression; Hate speech; Political Speech; Online intermediary; Pluralism

1. – L'Europa sta facendo esperienza di un'onda sempre crescente di esternazioni d'odio nei confronti di determinati gruppi sociali e il bisogno di distinguere dove si arrestano il diritto alla critica e la libertà di manifestazione del pensiero e dove cominciano forme di intolleranza insopportabili e illecite è sempre più pressante (si v. ISTAT, *Indagine conoscitiva sulla natura, le cause e gli sviluppi recenti dei discorsi d'odio*, 2022). In questo scenario si innesta la “quarta rivoluzione” descritta da Floridi, quella delle tecnologie digitali, che sembra imporre una rimodulazione di punti di bilanciamento dati per acquisiti. L'appartenenza di ciascun individuo a un’“infosfera” globale, caratterizzata da relazioni sempre più prossime e immediate, attive senza soluzione di continuità e capaci di propagarsi nell'immediato in spazi tendenzialmente privi di confini, impone di continuare a rimettere in discussione i termini del dibattito (L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017).

La tensione verso la necessità di sviluppare un quadro di principi comprensivo e organizzato per le interazioni nello spazio digitale si affaccia in diversi punti del tessuto giuridico: dagli interventi normativi a livello statale (si pensi al *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* - NetzDG tedesco o all'*Online Safety Bill* del Regno Unito), allo sviluppo di documenti di co-regolazione (come lo *EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*, 2016), dallo sviluppo di standard interni di autoregolamentazione delle piattaforme (in questo senso si sono mossi almeno Facebook, X/Twitter e TikTok), ai frequenti interventi di giurisdizioni collocate a diversi livelli.

Fra questi, un apporto significativo, intorno a quelli che sembrano ineludibili dilemmi del mondo contemporaneo, proviene dalla fitta giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani. Uno degli ultimi e più recenti tasselli dell'ormai lunga catena giurisprudenziale in argomento è la soluzione fornita dalla Grande Camera al caso *Sanchez v. Francia*, deciso il 15 marzo 2023, che ha fatto seguito a un primo intervento della Quinta Sezione, risalente a settembre del 2021 (M. Castellaneta, *Responsabilità del politico per commenti altrui su Facebook: conforme alla Convenzione europea la “tolleranza zero” nei casi di messaggi d'odio*, in *Medialaws*, 3, 2021).

Il caso si qualifica in termini di peculiarità rispetto ad altre decisioni rese in precedenza, per l'interazione di tre aspetti specifici: i) i commenti oggetto di causa sono manifestazioni della libertà di pensiero tipiche della società digitale, espresse in termini di sintesi e immediatezza, comunicazioni prive di destinatari precisi, effettuate sulla bacheca di un *social media*, uno spazio *online*, che si colloca al confine fra pubblico (quanto a utenti) e privato (quanto a titolarità); ii) il messaggio veicolato ha contenuto politico e, come si vedrà, viene qualificato dalla Corte come discorso d'odio, capace di produrre un effetto negativo durante una campagna elettorale; iii) l'espressione in questione non è un'espressione resa direttamente dal soggetto che ne viene, in via mediata, considerato responsabile.

Attraverso l'intersezione di questi profili la Corte sembra restituire un'immagine sbiadita e indebolita della libertà di espressione nel mondo delle comunicazioni *online*.

2. – I fatti rilevanti risalgono al 2011-2012 e possono essere come di seguito brevemente riassunti. Nel corso della campagna elettorale per le elezioni del Parlamento francese nella circoscrizione di Nîmes, Julien Sanchez, affiliato all'allora Front National (ora Rassemblement National) e futuro sindaco di Beaucaire, aveva diffuso, sulla propria bacheca Facebook, pubblicamente accessibile, un post di critica nei confronti di un avversario politico. In risposta a questo, erano comparsi, sempre sulla pagina del ricorrente, personalmente gestita dallo stesso, numerosi commenti che contenevano frasi offensive nei confronti di un avversario politico (F.P.), ex vicesindaco e membro del Parlamento europeo, accusato, in particolare, di essere responsabile, insieme alla compagna (L.T.), dell'aumento dell'immigrazione islamica nella città di Nîmes. Alla denuncia delle responsabilità politiche, si accompagnavano inequivocabili esternazioni relative alla pervasività della presenza islamica nella comunità, associata a fenomeni illeciti e di malcostume ("This BigWig transformed Nîmes into Algiers, there is not a street without a kebab shop and mosque; drug dealers and prostitutes reign supreme, no surprise he's chosen Brussels, capital of the new world order of Sharia... Thanks Franck [F.] and kisses to Leila ([L.T]) ... At last, a blog that changes our life ...". Altri utenti si esprimevano in questi termini: "Shisha bars all over the town centre and veiled women... Look what's become of nimes, the so-called roman city..." e "Drug trafficking run by the muslims rue des lombards, it's been going on for years...[...] more drug dealing in plain sight on avenue general leclerc where rifferaff sell drugs all day long but police never come and even outside schools, stones get thrown at cars belonging to 'white people' [...] ... nimes, insecurity capital of languedoc roussillon."). Mentre uno dei commenti era stato rimosso dall'utente, a seguito di specifica richiesta, il sig. Sanchez si era limitato a pubblicare un ulteriore post, con il quale chiedeva agli utenti della pagina di "monitorare il contenuto dei [loro] commenti", senza però rimuovere quelli che erano già stati diffusi. Sollecitata dalla compagna di F.P., la questione era arrivata all'attenzione degli organi giudicanti francesi (il Tribunale penale e la Corte d'Appello di Nîmes), i quali avevano condannato, non solo gli autori dei commenti, ma anche il sig. Sanchez a una pena pecuniaria (rispettivamente, di euro 4.000 e 3.000), nonché al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dalla ricorrente (quantificati in euro 1.000). La condanna per il reato di incitamento all'odio si fondava sulla valorizzazione di un elemento volontaristico, dato dall'aver inteso istituire, attraverso l'apertura della propria pagina Facebook al pubblico, un servizio elettronico di comunicazione, elemento che consentiva di qualificare il sig. Sanchez come "produttore" (*producteur*) della comunicazione. Nel quadro normativo francese, il produttore è indicato fra i possibili soggetti responsabili dei reati previsti dalla legge sulla libertà di stampa, ex art. 93-3, co. 2 della legge n. 82-652 del 29 luglio 1982 sulla comunicazione audiovisiva, come modificata dalla legge n. 2009-669 del 12 giugno 2009 che

promuove la diffusione e la protezione delle opere creative su Internet. I commenti, inoltre, potevano essere postati solo da coloro che fossero stati ammessi alla cerchia di “amici” del titolare della pagina Facebook, circostanza che aveva rinforzato i profili di responsabilità facenti capo al Sanchez e reso particolarmente riprovevole la mancata rimozione tempestiva dei contenuti.

Il sig. Sanchez, che si era visto rigettare il ricorso a livello nazionale, aveva adito la Corte Europea dei Diritti Umani, lamentando una violazione della propria libera manifestazione del pensiero. La decisione resa dalla Quinta Sezione è stata confermata, con una sentenza di più di 80 pagine e una maggioranza di tredici voti a quattro, dalla Grande Camera, la quale ha escluso che la condanna pronunciata dalle Corti nazionali comportasse una violazione dell’art. 10 della Convenzione. La Corte, in particolare, ha concordato con le autorità giudiziarie francesi circa l’illegittimità dei commenti postati e ha ritenuto condivisibile il fatto che la condanna del sig. Sanchez fosse derivata dalla mera mancanza di vigilanza e reazione rispetto a contenuti pubblicati da terzi. La Grande Camera ha confermato che Internet è diventato uno dei principali mezzi attraverso i quali gli individui esercitano il loro diritto alla libertà di espressione e che, pertanto, le interferenze con l’esercizio di tale diritto devono essere esaminate con particolare attenzione, in quanto suscettibili di avere un effetto dissuasivo (“chilling”), che comporta un rischio di autocensura. Tuttavia, l’identificazione di tale rischio non deve oscurare l’esistenza di altri pericoli per l’esercizio e il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare quelli derivanti da commenti illeciti, diffamatori, di odio o di incitamento alla violenza, che possono diffondersi come mai in precedenza. Per questo motivo, in linea di principio, deve essere mantenuta la possibilità per le persone colpite da discorsi diffamatori o di natura illecita di agire contro coloro che possano essere ritenuti responsabili per tali messaggi.

3. - Come rilevato da più voci, non senza preoccupazione, la decisione della Grande Camera si pone in una apparente linea di continuità con la giurisprudenza precedente in tema di responsabilità degli intermediari online, ma finisce per accoglierne una visione significativamente ampliata (P. Dunn, *Carattere eccezionale dell’“hate speech” e nuove forme di responsabilità per contenuti di terzi nella giurisprudenza EDU*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6, 2023, 238-257; J. Jahn, *Strong on Hate Speech, Too Strict on Political Debate*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, 25 maggio 2023; J. van de Kerkhof, *Sanchez v France: The Expansion of the intermediary Liability in the Context of Online Hate Speech*, in <https://strasbourgobservers.com/>, 17 luglio 2023).

In via generale, nella lettura della giurisprudenza convenzionale, la libera manifestazione del pensiero, tutelata dall’art. 10, non costituisce solamente un diritto, ma comporta anche doveri e responsabilità, che risultano addirittura rafforzati quando si tratta di comunicazioni sui *social network*, in ragione della potenziale capacità di tali piattaforme di agire da camere di risonanza e di far diventare virali i contenuti, raggiungendo un vasto pubblico (M. D’Amico, *Linguaggio discriminatorio e garanzie costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1, 2023).

Più nello specifico, se si guarda alla prima pronuncia della Corte sul tema, *Delfi AS c. Estonia* (ric. n. 64569/09. Si v. A. Spagnolo, *Libertà d’espressione su internet e tutela della reputazione altrui in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in questa *Rivista*, 1, 2014), si nota come, anche in quella circostanza, la Corte avesse escluso che l’attribuzione di responsabilità per diffamazione in capo a un portale di notizie online, per commenti effettuati dai lettori, potesse concretizzare un’ipotesi di violazione del diritto alla libera espressione, ex art. 10 della Convenzione. La differenza è, tuttavia, sostanziale: in *Delfi*, infatti, la Corte aveva giustificato la propria conclusione sulla base della natura commerciale della

testata online, che incoraggiava i commenti e poteva modificarli, e del fatto che si trattasse di un “editore professionale”. La Corte rimarcava, dunque, esplicitamente la differenza fra un grande portale di notizie su Internet, gestito in modo professionale e su base commerciale, che pubblicava articoli di notizie proprie e invitava i lettori a commentarle (par. 11) e “other fora on the Internet where third-party comments can be disseminated, for example an Internet discussion forum or a bulletin board where users can freely set out their ideas on any topic without the discussion being channelled by any input from the forum’s manager; or a social media platform where the platform provider does not offer any content and where the content provider may be a private person running the website or blog as a hobby” (par. 116).

Dando applicazione agli standard elaborati in *Delfi*, alcuni anni dopo, in *Jeziar c. Polonia* (ric. n. 31955/11), la Corte ha affermato che ritenere un politico responsabile per i commenti diffamatori di terzi apparsi sul suo blog violasse l’art. 10 CEDU. In un passaggio cruciale, si evidenziava come partire dalla presunzione che alcuni commenti non filtrati potessero essere illeciti avrebbe richiesto al titolare della pagina una capacità di anticipazione eccessiva e irrealistica, in grado di compromettere il diritto di comunicare informazioni su Internet (par. 58).

Nonostante le specificità dei vari casi decisi negli anni trascorsi (P. Dunn, *Responsabilità del politico per i commenti d’odio pubblicati sulla sua bacheca Facebook personale: la sentenza della Grande Camera per il caso Sanchez c. Francia*, in blog di Diritti Comparati, 5 giugno 2023 e P. Korpisaari, *From Delfi to Sanchez – when can an online communication platform be responsible for their dparty comments? An analysis of the practice of the ECtHR and some reflections on the Digital Services Act*, in *The Journal of Media Law*, 14, 2, 2022, 352-377), questi punti parevano essersi andati solidificando, sino alla decisione del caso *Sanchez*, nella cui vicenda i giudici e le giudici di Strasburgo sembrano aver scorto elementi fattuali capaci di metterli in discussione.

4. – Il primo aspetto peculiare riguarda la natura dei commenti postati dai terzi, ai quali la Corte, senza esitazione, riconosce la natura di forme palesi di *hate speech*.

Tradizionalmente, diverse forme di manifestazione del pensiero, comunicate in un registro o in uno stile basso, tipico del mondo digitale (come riconosciuto anche dalla Corte, par. 175), hanno trovato tutela nelle maglie larghe dell’art. 10 della Convenzione. Così, sono stati considerati contenuti protetti espressioni offensive, scioccanti e inquietanti (a partire da *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72), reazioni emotive di disapprovazione, espresse in forma di scetticismo e sarcasmo, frasi volgari ed esagerazioni, essendo ad esse riconosciuta una funzione di natura stilistica, da tutelarsi al pari della sostanza della comunicazione (cfr. *Savva Terentyev c. Russia*, ric. n. 10692/09, para 68).

I commenti in causa, tuttavia, rientrano nella discussa e opaca categoria dell’*hate speech* (G. Pitruzzella, O. Pollicino, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Bocconi University Press, 2020) della quale fanno parte «tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l’odio razziale, la xenofobia, l’antisemitismo o altre forme di odio basate sull’intolleranza» (Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, 3 ottobre 1997, Raccomandazione n. 20(97)). Oltre questa indicazione di massima, piuttosto elusiva e risalente, le definizioni a livello nazionale, europeo e internazionale non sono riuscite a convergere e l’esigenza di individuare una concezione comune, al fine di ideare politiche e strategie più efficaci per affrontare il fenomeno, è ancora viva (Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, Raccomandazione CM/Rec(2022)16, *Combating Hate Speech*, 20 maggio 2022).

Al netto della carenza di definizioni condivise, è evidente che, oltre al contenuto, contribuiscono a qualificare i discorsi d'odio anche taluni altri indicatori: il modo in cui la comunicazione è effettuata, il linguaggio impiegato, il contesto in cui essa è inserita, il numero dei destinatari e la loro eventuale condizione di vulnerabilità, la posizione e la qualità ricoperta dall'autore della dichiarazione (P. Gori, *Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, hate speech*, in *Questione Giustizia*, 2019).

Che si tratti delle manifestazioni di opinione più gravi e dunque più esposte al rischio di restrizione è reso evidente dal richiamo, presente anche nella sentenza in commento, alla distinzione fra discorsi diffamatori, intorno ai quali si va affermando, in seno al Consiglio d'Europa, un trend favorevole alla depenalizzazione (Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 1814 (2007), *Towards decriminalisation of defamation*), e discorsi d'odio, per i quali si è di recente fatto riferimento a una possibile differenziazione in base al grado di gravità delle esternazioni, senza escludere il ricorso a sanzioni di naturale penale (Appendice alla citata Raccomandazione CM/Rec(2022)16, *Principles and guidelines on a comprehensive approach to combating hate speech*, 1.3.a).

E, tuttavia, anche intorno a queste forme espressive permangono alcune criticità. In particolare, come noto, alcuni esponenti della dottrina hanno criticato il fatto che la Corte, seppure con atteggiamento ondivago (P. Costanzo, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 767-771), abbia in taluni casi ritenuto sufficiente il solo fattore “rischio” quale motivazione fondante la restrizione della libertà di espressione. A partire da *Féret c. Belgio*, e poi in *Vejdeland c. Svezia* e *Atamanchuk c. Russia*, si è ritenuto che l'incitamento all'odio non dovesse necessariamente richiedere il richiamo a uno specifico atto di violenza o a un altro atto criminale: “Attacks on persons committed through insults, ridicule or defamation aimed at specific population groups or incitation to discrimination, as in this case, sufficed for the authorities to give priority to fighting hate speech when confronted by the irresponsible use of freedom of expression which undermined people's dignity, or even their safety”. Secondo alcuni autori, si tratterebbe di una lettura incoerente con quanto espresso in *Handyside*, che includeva nella libertà di espressione idee atte a “offend, shock or disturb”, e suscettibile di interpretazioni abusive da parte degli stati contraenti (S. Sottieaux, *'Bad Tendencies' in the ECtHR 'Hate Speech' Jurisprudence*, in *European Constitutional Law Review*, 2011. Così anche A. Buyse, *Dangerous Expressions: the ECtHR, Violence and Free Speech*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 63, 2, 2014).

Alla luce dell'impostazione della Corte, secondo la quale il mero fatto che un commento possa essere percepito come offensivo o insultante da parte di individui o gruppi non è di per sé sufficiente a qualificare l'espressione come “hate speech” (*Ibragim Ibragimov e altri c. Russia*, ric. nn. 1413/08 e 28621/11), non risulta del tutto chiaro come i commenti postati sulla pagina di Sanchez possano essere stati considerati “clearly unlawful” (par. 177. Si v. anche N. Alkiviadou, *Hate Speech by Proxy: Sanchez v France and the Dwindling Protection of Freedom of Expression*, in opiniojuris.org, 14 dicembre 2021). Essendo difficile trarre automaticamente una qualificazione inequivoca delle espressioni pubblicate a partire dal tenore letterale delle stesse, è imprescindibile considerare anche altri elementi che qualificano il contesto nel quale la comunicazione è avvenuta, e dei quali si dirà a breve.

Resta comunque problematico e centrale il fatto che, nel caso in analisi, il soggetto che ha subito la condanna non sia lo stesso che ha espresso le biasimevoli opinioni contestate (che prendevano di mira un gruppo specifico, i musulmani, con un linguaggio insultante e offensivo). L'oggetto alla base del giudizio è invece il “dialogo continuo” tra il post originale del ricorrente, in riferimento al quale la Corte esclude contenuto e forma espressiva offensivi, e i successivi commenti, sulla

base del fatto che il post iniziale non ha solo avviato un dialogo, ma ha anche prodotto ripercussioni altre, a causa della configurazione stessa delle reti sociali su Internet. La responsabilità penale, dunque, non deriva dalla natura di un singolo commento, ma dall'inadeguatezza del comportamento del ricorrente nella gestione di una "form of ongoing dialogue representing a coherent whole" (par. 196). Il pensiero da reprimere, dunque, assume in questo caso forma dialogica e interattiva. Un'impostazione difficilmente compatibile con la posizione, spesso reiterata, del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e protezione del diritto alla libertà di opinione ed espressione, secondo il quale "only serious and extreme instances of incitement to hatred [...] should be criminalized" (Nota del Segretario Generale, *Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 7 settembre 2012).

5. – Un ulteriore aspetto che, come si diceva, deve essere tenuto in considerazione è quello del particolare contesto all'interno del quale i commenti comparsi sulla pagina Facebook del ricorrente si sono andati a collocare. Esso, infatti, è qualificato in maniera duplice: dal punto di vista "materiale" stiamo parlando di uno spazio virtuale che, come evidente, consente la massimizzazione del messaggio. Da un punto di vista "situazionale", inoltre, i commenti riguardano un momento politicamente sensibile, quello elettorale. Mentre per il ricorrente, il fatto che i commenti fossero stati resi a ridosso delle elezioni comportava che essi meritassero una maggiore tutela della libertà di espressione, la Corte ha ritenuto l'esatto contrario: durante il periodo elettorale, infatti, l'impatto dei discorsi xenofobi e razzisti sarebbe di gran lunga maggiore, agevolato, ovviamente, nella sua diffusione dal mezzo di comunicazione impiegato (par. 153, 156).

Si tratta di una valutazione specifica ed eccezionale, che riguarda la peculiare categoria di commenti in discussione, quelli "odiosi", e che si pone in una logica derogatoria rispetto a considerazioni più generali, che punteggiano il giudizio, relative all'importanza della libertà di espressione nel contesto del dibattito politico, alla sua natura di cifra essenziale delle società democratiche, e allo spazio limitato delle restrizioni alla libertà di espressione che in questo peculiare ambito possono derivare dall'art. 10.2 (par. 146). Circostanze dalle quali consegue che il margine di apprezzamento, del quale godono le autorità nazionali nel valutare la necessità della misura contestata, è particolarmente limitato e lo scrutinio della Corte particolarmente rigoroso (par. 146 e 147). Un margine, però, fatalmente destinato a ri-ampliarsi a fronte di commenti che incitano alla violenza contro un settore della popolazione (par. 156).

Di più, la specificità del contesto elettorale non deve essere in astratto valutata, ma richiede un'analisi di contesto puntuale, svolta dalle autorità locali, che risultano "better placed" a fronte della necessità di comprendere e apprezzare gli specifici bisogni sociali. Nel caso di specie, in particolare, le Corti di Nîmes si pongono come le istituzioni più adatte a valutare concretamente i fatti alla luce del complesso contesto locale e di vagliarne la portata politica all'interno della comunità (par. 189).

Un gioco di equilibri complessi che non convincono granché, però, nel loro bilanciamento. Nella circostanza concreta, in effetti, sembrano assommarsi più dinamiche ampliative: della nozione di *hate speech*, della riferibilità delle espressioni di terzi in capo al ricorrente, del margine di valutazione da parte delle autorità locali del contesto fattuale. Con un solo restringimento: quello del ruolo della Corte nel tutelare la libertà di espressione e, ancor più, nel salvaguardare uno spazio libero e aperto di confronto che ne costituisce l'irrinunciabile presupposto.

6. – Un ultimo aspetto fattuale che gioca, nella decisione della Corte, un ruolo esplicitamente cruciale (“without doubt a major factual element”) è quello della posizione particolare rivestita dal ricorrente, che rientra nell’ampia categoria degli intermediari operanti nel mondo digitale. Pur essendo la posizione del sig. Sanchez sensibilmente diversa da quella di un “large professional Internet news portal”, della quale si era discusso in altri casi ai quali si è fatto riferimento, in questo, come anticipato, viene attribuito grande rilievo al ruolo pubblico e politico del ricorrente, che lo mette nella posizione di poter influenzare gli elettori o incitarli, direttamente o indirettamente, ad adottare posizioni e condotte potenzialmente illecite (par. 187). Avendo il ricorrente scelto, come notano i giudici a livello nazionale e internazionale, di rendere pubblica la propria bacheca Facebook, questi rientra nella nozione di “creatore” di contenuti, della quale fanno parte, secondo la definizione elaborata dalla giurisprudenza della Court de Cassation e confermata dal Conseil d’Etat, le persone che hanno preso l’iniziativa di creare un servizio elettronico di comunicazione per lo scambio di opinioni (par. 38). Per di più, trattandosi di una scelta effettuata da un personaggio politico in periodo elettorale e tradottasi nell’avvio di un dialogo che ha condotto alla diffusione di contenuti odiosi, sul ricorrente grava un dovere qualificato di vigilanza (il politico deve essere “all the more vigilant”, in ragione del suo “particular status and position in society”, par. 187). Apparentemente, nulla di nuovo rispetto a quanto già affermato anni prima in *Féret c. Belgio*, in cui la Corte aveva chiarito che i discorsi politici che fomentano l’odio basato su pregiudizi religiosi, etnici o culturali costituiscono una minaccia alla pace sociale e alla stabilità politica negli Stati democratici e aveva evidenziato l’importanza che i politici facciano attenzione quando si esprimono in pubblico, in modo da evitare di promuovere sentimenti di intolleranza.

Questa impostazione, applicata al caso in questione, fa emergere tuttavia alcuni profili critici.

In primo luogo, c’è da chiedersi, come fanno alcuni giudici dissenzienti, se il ricorrente, un individuo che attiva una pagina Facebook, possa effettivamente dirsi rientrante nella definizione di “creatore”, elaborata a livello nazionale o se si tratti, più correttamente, di una persona che sceglie di utilizzare un servizio già esistente.

In secondo luogo, una significativa differenza rispetto alla decisione *Féret* è che, in quel caso, il discorso in discussione era stato direttamente pronunciato dal ricorrente, mentre in *Sanchez*, come già detto, l’attribuzione di responsabilità riguarda esternazioni di altri o, meglio, un’interazione discorsiva composita, formata da espressioni personali (non offensive, né incitanti all’odio) ed esternazioni di terzi (più problematiche e deprecabili). Questa visione sembra difficilmente conciliabile con l’idea del discorso politico inteso come esercizio di persuasione, come negoziazione verbale nella quale può determinarsi cooperazione oppure competizione (H.D. Lasswell, N. Leites, *Il linguaggio della politica: studi di semantica quantitativa*, Torino, 1979). Il linguaggio della politica è un linguaggio con caratteristiche proprie, di natura non solo semantica, ma anche funzionale; è, per alcuni versi, un linguaggio del potere, mentre la Corte sembra voler attribuire ad esso una funzione ordinatrice e omologante, da esplicarsi anche attraverso lo strumento della rimozione e della censura, che non pare con la sua configurazione pienamente coerente.

Direttamente connessa alla seconda, e quindi al carattere indiretto delle manifestazioni espressive delle quali si discute, emerge una terza questione. La Corte, infatti, estende un dovere elaborato per i provider di servizi digitali, a un singolo individuo. Tale estensione potrebbe, nei fatti, rivelarsi particolarmente onerosa, per almeno un paio di ragioni. Da un lato, data l’opacità della categoria dell’*hate speech*, sulla cui configurazione nemmeno la Corte è stata chiarissima, può risultare particolarmente ostico, soprattutto per un privato cittadino, seppure esponente del mondo politico, riuscire nell’opera di qualificazione di un commento.

Può essere utile, in riferimento a questo punto, tornare sulla sensazione di indeterminazione dei confini della categoria dell'*hate speech* cui prima si faceva cenno. Tale concetto, sin dal primissimo richiamo nella giurisprudenza della Corte EDU, risalente a una sentenza dell'8 luglio 1999 (*Sürek c. Turchia* (n. 1), ric. n. 26682/95), non mai ha trovato puntuale e precisa definizione, avendo la Corte scelto un approccio casistico, che guardasse alle circostanze concrete (l'intento dello *speaker*, l'intensità e la gravità dell'espressione, la sua natura diretta o indiretta, esplicita o velata, singola o ripetuta). Vi è da dire, ancora, che le decisioni della Corte non sono state del tutto lineari nel configurare questa nozione, avendo essa prediletto in taluni casi un *bad tendency approach*, finalizzato a una tutela preventiva e astratta, basata su una valutazione di rischio, in altri un *incitement approach*, più orientato a una tutela attuale e concreta (S. Sottiaux, *Conflicting Conceptions of Hate Speech in the ECtHR's Case Law*, in *German Law Journal*, 23, 9, 2022). Nella legislazione penale di diversi stati europei, inoltre, il "discorso d'odio" si modula diversamente, in punto di terminologia e criteri applicativi (cambia il peso attribuito all'intento, alla motivazione, allo strumento di comunicazione prescelto, al contesto e alle conseguenze prevedibili in date circostanze).

Un concetto sfuggente, dunque, tanto che spesso sono gli stessi autori dei commenti o gli intermediari professionali a non essere in grado di valutare il "discorso d'odio" in maniera appropriata. Si pensi alle cause intentate dai rifugiati rohingya negli Stati Uniti e nel Regno Unito contro Meta Platforms, per un possibile coinvolgimento di Facebook nel genocidio del Myanmar: il *social network* avrebbe infatti contribuito ad amplificare i messaggi d'odio e di disinformazione e non avrebbe posto in essere le condotte necessarie per limitarne la diffusione (Amnesty International, *Myanmar: The social atrocity – Meta and the right to remedy for the Rohingya*, 2022). Secondo lo Human Rights Council delle Nazioni Unite il ruolo del social media sarebbe stato "significant". Facebook avrebbe rappresentato un "useful instrument for those seeking to spread hate, in a context where, for most users, Facebook is the Internet" (UN Human Rights Council, Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar, 10-28 settembre 2018, par. 74). Più di recente, sempre secondo le Nazioni Unite, il problema si è spostato, coinvolgendo principalmente altri *social network* e strumenti di comunicazione (UN, *Myanmar: Social media companies must stand up to junta's online terror campaign*, say UN experts, online, 13 marzo 2023).

Queste considerazioni rendono manifeste le difficoltà nelle quali un utente privato (anche là dove rivesta un ruolo pubblico) può incorrere nel dover selezionare commenti altrui, mettendo di conseguenza in luce anche i rischi di arbitrarietà e soggettività di tali determinazioni (si v. anche il report della Fundamental Rights Agency, *Online Content Moderation. Current Challenges in Detecting Hate Speech*, Vienna, 2023).



D'altro canto, poi, evidenti ostacoli di natura tecnica potrebbero derivare dall'esigenza di filtrare flussi ingenti di commenti, soprattutto in tempi brevi. In questo caso, la Corte ha affermato che richiedere al ricorrente di rimuovere i contenuti in un lasso di tempo inferiore alle 24 ore dalla pubblicazione sarebbe stato eccessivo, senza tuttavia specificare l'indicazione di tempistiche più ragionevoli. La stessa regola, applicata a grandi intermediari del web e a singoli utenti di *social media*, produce conseguenze di portata significativamente differente; utilizzare il medesimo standard appare, quindi, decisamente poco ragionevole (J. van de Kerkhof, *Sanchez v France: The Expansion of the intermediary Liability in the Context of Online Hate Speech*, in <https://strasbourgobservers.com/>, 17 luglio 2023). Avendo riferimento alla questione tecnica, un altro esempio significativo, che incorpora anche i descritti problemi relativi all'individuazione dell'*hate speech*, ha riguardato l'Etiopia e la proliferazione dell'odio *online* durante la guerra del Tigrè. In questo caso, anche a seguito di pesanti critiche, Twitter e Facebook sono intervenuti oscurando profili e cancellando commenti, che però sono rimasti attivi e visibili per lunghi periodi di tempo. Nonostante significativi investimenti per reprimere le manifestazioni "odiose" *online* e il tentativo di monitorare contenuti prodotti in lingue locali, come l'Amharic e l'Oromo, è emerso come queste soluzioni siano risultate insufficienti, tanto che nel 2022 è stato presentato un ricorso contro Facebook alla Alta Corte del Kenya, proprio con l'accusa di aver amplificato discorsi di odio e incitamento alla violenza (J. Scheck, N. Purnell, J. Horwitz, *Facebook Employees Flag Drug Cartels and Human Traffickers. The Company's Response Is Weak, Documents Show*, in *The Wall Street Journal*, 16 settembre 2021 e C. Crystal, *Facebook, Telegram, and the Ongoing Struggle Against Online Hate Speech*, in <https://carnegieendowment.org/>). Sono storie che raccontano le difficoltà di colossi del mondo *social* nel mantenere il controllo e individuare soluzioni efficaci.

Resta inoltre da chiarire a quale fattore dare preminenza: al fatto di aver reso la propria pagina aperta, senza restrizioni, o al fatto di essere soggetti influenti sulla sfera pubblica? Nella sua giurisprudenza precedente, la Corte ha riconosciuto che una persona con 47 follower è una figura non influente, mentre blogger con decine di migliaia di iscritti sono stati considerati autorevoli. La pagina del sig. Sanchez, un politico noto a livello locale e nazionale, era aperta al pubblico, ma gli "amici" in grado di produrre commenti erano (solo?) 1800. Quanti commenti si può ragionevolmente richiedere vengano controllati, pur in una condizione esistenziale "online"? Quanto deve essere ampia la piazza per giustificare limitazioni a un diritto fondamentale come la libertà di espressione del pensiero (per di più politico) e in base a quali criteri tale ampiezza deve essere valutata? Come si coordina la responsabilità del singolo con quella del provider dei servizi? A tali quesiti la Corte non sembra fornire precisa risposta.

Proprio su questi aspetti, peraltro, si centra la già citata *dissenting opinion* dei giudici Wojtyczek e Zünd, secondo i quali si sarebbe dovuta ravvisare una violazione dell'art. 10 della Convenzione. In particolare, i giudici dissenzienti mettono in luce come, proprio in virtù della precedente giurisprudenza, che tanta enfasi aveva posto sull'importanza della libertà espressiva per i partiti politici e i suoi esponenti attivi, al politico di professione dovrebbe essere riconosciuto un grado incrementato, e non diminuito, di tutela di questo diritto. La *dissenting opinion* (che, nota di colore, è candidata fra le migliori *separate opinions* dell'anno 2023 dal sito Strasbourg Observers) pone quindi l'accento sull'elemento essenziale della proporzionalità, che la maggioranza lega all'ammontare contenuto della sanzione comminata, ma che pare in questo senso formulata in termini ben più convincenti.

7. – L’obiettivo della Corte non era certamente quello di “rule out any discussion of delicate or sensitive matters” (par. 151) o di limitare il diritto degli esponenti politici di esporre le proprie opinioni, anche là dove esse possano risultare scioccanti o fastidiose per parte della popolazione. Lo sforzo della Corte è quello di frenare condotte che possano risultare “detrimental to a peaceful social climate” e che possano “undermine confidence in the democratic institutions” (parr. 151 e 178). La sensazione, tuttavia, è che, leggendo in maniera ampia la categoria dell’*hate speech*, ritenendo compatibile con il quadro costituzionale l’attribuzione di una responsabilità (penale) personale in capo a un soggetto per un insieme di manifestazioni di pensiero non direttamente provenienti dallo stesso e, infine, riservando alle autorità locali la valutazione circa la “sensibilità” del concreto contesto all’interno del quale le espressioni di pensiero circolano, la decisione della Corte finisca per inibire, contrariamente a quanto si propone, la funzione regolatoria di un dibattito sociale e politico aperto e libero e, in definitiva, per comprimere sensibilmente il valore del pluralismo.

La decisione si colloca su un terreno di conflitto intorno al quale si stanno confrontando diverse giurisdizioni e anche alla luce di queste essa può essere valutata. Si pensi al caso *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited* (causa C-18/18), anch’esso relativo al ruolo di un prestatore di servizi di *hosting* nel contrastare l’incitamento all’odio. In particolare, una deputata austriaca aveva fatto ricorso contro il noto *social media* per ottenere la cancellazione dei commenti pubblicati da un utente, che sarebbero stati lesivi del suo onore. La Corte di Giustizia dell’UE ha affermato che un fornitore di servizi non ha l’obbligo di monitorare i contenuti dannosi a meno che non vi sia una notifica della loro presunta illegalità o un ordine del tribunale. L’aspetto più critico della sentenza riguardava il fatto che, secondo la Corte, la direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE non osta a che un giudice di uno Stato membro possa ordinare a un prestatore di servizi di *hosting*, come Facebook, di rimuovere o bloccare l’accesso non solo a contenuti illeciti, ma anche a informazioni “identiche” o “equivalenti” a un contenuto dichiarato illecito, portando così sostanzialmente a un obbligo di vigilanza e monitoraggio dei contenuti molto ampio. Il rischio di censure sistematiche e arbitrarie che potrebbero derivare dall’affidare alle piattaforme digitali deleghe all’eliminazione dei contenuti (che avverrebbero, nel caso di Facebook, attraverso meccanismi di controllo automatizzati) emerge con evidenza dalle conclusioni dell’Avvocato Generale Szpunar (secondo il quale “l’attuazione di siffatte soluzioni darebbe luogo ad una censura, con la conseguenza che la libertà di espressione e di informazione potrebbe essere sistematicamente limitata”). In questo caso, tuttavia, si parla della responsabilità di un fornitore di servizi, e non di un utente; inoltre, è richiesta, quantomeno, una valutazione del contenuto da parte dell’organo giurisdizionale nazionale, che dovrebbe dettare indicazioni sulla definizione dei termini che integrano un’espressione equivalente, proprio al fine di evitare valutazioni autonome da parte del provider. Una linea che pare divergere sensibilmente dalla direzione tracciata dalla Corte EDU nella decisione in commento.

Questioni analoghe si sono poste e continuano a porsi anche oltreoceano dove, come noto, è tanto diversa la percezione del perimetro della libertà di espressione da far sì che questa ricomprenda le forme di *hate speech*, le quali non dovrebbero essere vietate, ma combattute attraverso un dibattito sociale libero e aperto (di recente, USSC, *Matal v. Tam*, in cui si ricorda che “the proudest boast of our free speech jurisprudence is that we protect the freedom to express ‘the thought that we hate’”). La sfida lanciata dall’era digitale agli studi sul Primo Emendamento e alla dottrina del “public forum” ha riguardato proprio la possibilità di estendere la tutela anche agli spazi privati del mondo online (A.P. Heldt, *Merging the Social and*

*the Public: How Social Media Platforms Could Be a New Public Forum*, in *Mitchell Hamline Law Review*, 46, 5, 2020, 997-1042).

Il caso *Knight* (*Knight First Amendment Institute, et al. v Donald J. Trump, et al.* F.3d 232, 237 (2nd Cir 2018) e *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump* - 928 F.3d 226 (2d Cir. 2019)) ha segnato un importante punto di svolta con riferimento al comportamento dell'ex Presidente degli Stati Uniti, il quale aveva ripetutamente bloccato i suoi follower su Twitter, in ragione di commenti illeciti e "odiosi", stabilendo che la piattaforma social possa essere considerata un "public forum". La decisione, che sembra essere animata dalla stessa logica di *Sanchez*, produce in realtà il risultato opposto di garantire la libera espressione degli oppositori politici. Infatti: "The First Amendment does not permit a public official who utilizes a social media account for all manner of official purposes to exclude persons from an otherwise-open online dialogue because they expressed views with which the official disagrees". I giudici hanno assunto un approccio maggiormente "granulare" rispetto a quanto fatto dalla Corte EDU occupandosi delle conversazioni sul web, avendo respinto l'argomentazione del governo secondo cui l'attività sull'account era da intendersi, cumulativamente, quale discorso governativo; al contrario, i singoli tweet di Trump lo erano, ma i messaggi postati dagli utenti vengono qualificati come un discorso privato. Ci si muove chiaramente in un contesto diverso, in cui è il coinvolgimento di una figura di potere a trasformare uno spazio privato in uno pubblico e in cui il *Communication Decency Act* resiste, per il momento, nel continuare a fornire un sistema di immunità per le piattaforme digitali nella moderazione dei contenuti (G. De Gregorio, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in questa Rivista, 2021, *Numero speciale: I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate*, 1455-1472). Considerato lo scenario potenzialmente limitativo della libertà di espressione dei singoli sui *social media* delineato dalla Corte EDU con la sentenza in commento, sarà particolarmente interessante seguire gli sviluppi della giurisprudenza della USSC che ha scelto di pendere in considerazione una molteplicità di questioni (a testimonianza della centralità del tema e del bisogno degli organi giurisdizionali di prendere una posizione in un mondo tecnologico in continua evoluzione, confermato anche lunghezza della sentenza della Corte EDU nel caso *Sanchez*), fra le quali rientrano anche casi analoghi a quello di Trump e Twitter, relativi alla possibilità per ufficiali pubblici (due membri del consiglio scolastico in California e un amministratore comunale in Michigan) di limitare i commenti degli utenti sulle loro pagine.

La scelta di fronte alla quale alcuni utenti di *social network* potrebbero trovarsi, alla luce della decisione in commento, è fra il rischio di incorrere in forme di responsabilità penale per aver omesso di rimuovere contenuti "odiosi" e quello di censurare le manifestazioni di espressione di utenti terzi.

Una lettura distorta e strumentale della decisione del caso *Sanchez* potrebbe condurre, da un lato, esponenti politici a censurare commenti poco graditi, usando come argomento le responsabilità di vigilanza a loro attribuite, dall'altro, gli oppositori politici a "inondare d'odio", magari anonimamente, le pagine degli avversari, al fine di renderle sostanzialmente inservibili. I contenuti della decisione rischiano quindi di trasformarsi in uno strumento di esclusione di forme di espressione di un pensiero politico, invece che di inclusione e confronto.

La portata della sentenza va certamente ricondotta alla dimensione che essa ha effettivamente, data anche dalla natura internazionale della giurisdizione della Corte: come sovente accade in sede di applicazione della

CEDU, gli strumenti interpretativi per la soluzione delle questioni derivano dall'indagine casistica; la decisione non impone soluzioni generali, ma evidenzia compatibilità di scelte effettuate a livello nazionale con la Convenzione.

Compatibilità che, secondo la Corte, dipendono anche da elementi fattuali concreti, identificabili con le peculiarità del contesto politico locale (nella valutazione delle quali la Corte però non si addentra) e dal profilo specifico del ricorrente che, come evidenziato, non era solo un politico, ma anche un esperto di comunicazione digitale.

Al netto delle specificità del caso, resta forte, tuttavia, la sensazione di insoddisfazione che deriva da una possibile generalizzazione delle conclusioni tratte. Anche se, secondo alcuni, l'epoca dei *social media* potrebbe già essere sulla via del tramonto (I. Bogost, *The Age of Social Media Is Ending*, in *The Atlantic*, 10 novembre 2022), è manifesto che, fra gli impatti che le nuove tecnologie stanno producendo sui diritti costituzionali, le distorsioni e rimodulazioni della libertà di espressione siano fra i più significativi e delicati. Lo spazio digitale, per le sue caratteristiche, condiziona profondamente le modalità di interazione personale ed è innegabile il rischio che nel mondo virtuale sia tutelata, al pari della libertà di esprimere un pensiero, anche quella di esprimere un istinto d'odio. Al tempo stesso, è necessario che ogni discussione volta a ridiscutere definizioni, ruoli e responsabilità, avvenga alla luce di un approccio oggettivo alla tecnologia che, lontano da tecno-scetticismi e tecno-entusiasmi, resista alle polarizzazioni tipiche della contemporaneità e mantenga fermi, al centro, principi, come quello del pluralismo, cardine delle democrazie.

Marta Tomasi  
Facoltà di Giurisprudenza  
Università di Trento  
[marta.tomasi@unitn.it](mailto:marta.tomasi@unitn.it)