

Palmina Tanzarella

Discriminare parlando

**Il pluralismo democratico messo alla prova
dai discorsi d'odio razziale**



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Chiara Buzzacchi

Marta Cartabia, *Presidente della Corte Costituzionale*

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Costanza Honorati

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Palmina Tanzarella

Discriminare parlando

Il pluralismo democratico messo alla prova
dai discorsi d'odio razziale



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3416-4

ISBN/EAN 978-88-921-8831-0 (Ebook - pdf)

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano Bicocca.

L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza.

Composizione: La Fotocopposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A Mara, Viola e Carlo

*Mio fratello che guardi il mondo
e il mondo non somiglia a te
mio fratello che guardi il cielo
e il cielo non ti guarda.
Se c'è una strada sotto il mare
prima o poi ci troverà
se non c'è strada dentro al cuore degli altri
prima o poi si tratterà.*

(Ivano Fossati, *Mio fratello che guardi il mondo*, 1992)

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Ringraziamenti</i>	XI
<i>Introduzione</i>	
1. Primi cenni ai limiti costituzionalmente ammissibili ai discorsi d'odio	1
2. Alcune specificazioni sull'oggetto della ricerca	10
3. Alcune specificazioni sulla metodologia della ricerca	12
CAPITOLO I	
Argomenti teorici a favore e contrari alla punibilità dei discorsi d'odio razziale	
Premessa: i discorsi d'odio razziale tra il modello costituzionale <i>liberal</i> e il modello costituzionale <i>dignitary</i>	17
Sezione I – <i>Perché non punire i discorsi d'odio</i>	
1.1. I presupposti filosofici	19
1.2. (<i>segue</i>) I presupposti storico giuridici	22
1.3. La teoria del <i>marketplace of ideas</i>	24
1.4. La teoria del <i>democratic self-government</i>	26
1.5. La teoria partecipativa del discorso pubblico	28
Sezione II – <i>Perché punire i discorsi d'odio</i>	
2.1. La dignità sociale nell'accezione di Jeremy Waldron: un primo limite logico all'americana	30
2.2. La <i>Critical Race Theory</i> : un secondo limite logico all'americana	36
2.3. Il "diritto al riconoscimento": un terzo limite logico all'americana	40
2.4. Alcune considerazioni conclusive sui limiti logici all'americana	45
2.5. Il limite logico all'italiana dell'ordine pubblico: in bilico tra protezione ideale della democrazia e protezione materiale dello spazio comune	46

CAPITOLO II

Normativa e giurisprudenza negli Stati Uniti e nell'Europa sovranazionale. Più similitudini che diversità

Premessa: il discorso d'odio come ponte tra le tradizioni costituzionali del vecchio e del nuovo continente 53

Sezione I – *Il panorama statunitense*

- 1.1. La vaghezza delle dottrine del *clear and present danger* e delle *fighting words* – ovvero il I emendamento alla prova della giurisprudenza della Corte Suprema 57
- 1.2. La punibilità indiretta degli *hate speeches* razziali attraverso gli *hate crimes* 66
- 1.3. I *Campus Hate Speech Codes*: una parentesi modello 72

Sezione II – *Il panorama europeo sovranazionale*

- 2.1. Le influenze della comunità internazionale sull'Europa dell'*hate speech* 75
- 2.2. Le normative del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea 78
- 2.3. Le indicazioni di *soft law* 81
- 2.4. I parametri della Cedu e la giurisprudenza di Strasburgo 84
 - 2.4.1. L'art. 17 della Convenzione europea come clausola di democrazia protetta 90
 - 2.4.2. L'art. 17 come clausola di protezione da "danno indiretto" 94
 - 2.4.3. L'art. 17 come clausola di protezione del danno indiretto alla minoranza storica ebraica 98
 - 2.4.4. L'art. 10 come clausola di protezione del danno indiretto per le discriminazioni contro i migranti extracomunitari 104
 - 2.4.5. La giurisprudenza Cedu del danno indiretto per costruire il nuovo diritto a non avere paura? 110

CAPITOLO III

Il quadro normativo e giurisprudenziale in Italia: nessuna protezione per i discorsi d'odio razziale

Premessa: un'Italia in linea col panorama internazionale 115

Sezione I – *Il quadro legislativo*

- 1.1. Le leggi penali contro l'*hate speech* 117

	<i>pag.</i>
1.2. I contenuti iniziali della legge n. 654 del 1975 e le sue successive modifiche	118
1.3. L'abrogazione della legge n. 654 del 1975	122
1.4. Il recepimento della direttiva antidiscriminazione	123
1.5. Il progetto di legge per il contrasto all'omofobia e l'introduzione della nuova aggravante per negazionismo	125
1.5.1. La proposta di legge per contrastare l'omofobia e la trans-fobia	128
1.5.2. L'introduzione dell'aggravante per negazionismo	130
1.6. In direzione contraria: la depenalizzazione del reato d'ingiuria	132

Sezione II – *L'applicazione giurisprudenziale*

2.1. Un primo sguardo generale	136
2.2. Le pronunce della Cassazione penale degli anni '90. Alcune coordinate definitorie	140
2.2.1. In bilico tra pericolo concreto e pericolo presunto	141
2.2.2. La Cassazione penale dagli anni 2000. Una diversa concezione di limite all' <i>hate speech</i>	147
2.2.3. Il reato di diffusione di idee razziali, paradigma del limite logico personalista	148
2.2.4. Un'importante conferma: il noto caso Tosi	150
2.2.5. Ulteriori conferme	154
2.2.6. Limite logico personalista <i>vs.</i> critica politica	156
2.2.7. Limite logico personalista <i>vs.</i> simboli politici	158
2.2.8. L'applicazione delle circostanze aggravanti: il definitivo abbandono del criterio del pericolo	161
2.2.9. I giudici ordinari penali e il reato di propaganda e d'istigazione	163
2.2.10. (<i>segue</i>) L'applicazione delle circostanze aggravanti	166
2.2.11. (<i>segue</i>) Una rara eccezione	168
2.3. I giudici civili e il divieto di discriminazione	169
2.3.1. Verso una nuova definizione di molestia	170
2.3.2. La parola come atto di discriminazione. Il caso "zingaropoli"	172
2.3.3. La parola come atto che condiziona. Altri casi sulla cartellonistica	174
2.3.4. La fuga dalle cause penali alle cause civili. Una pluralità di tutele	177
2.3.5. Il tipo di sanzione comminata. Oscillazioni	179
2.3.6. Qualche considerazione conclusiva: il politicamente corretto come linea di confine tra pensiero lecito e pensiero illecito	181
2.4. La propaganda dell'odio <i>on line</i> . Alcune sentenze chiave	182

CAPITOLO IV

Costituzione italiana e discorsi d'odio. Quale tutela?

1. L' <i>Hate speech</i> nella cornice dei principi costituzionali: tra vecchia e nuova concezione della libertà di manifestazione del pensiero	189
2. Gli ostacoli costituzionali alla legittimità dei discorsi d'odio. Il rispetto dei vincoli internazionali?	196
3. (<i>segue</i>) Il limite dell'ordine pubblico?	201
4. (<i>segue</i>) Dignità ed eguaglianza?	208
4.1. La forza suggestiva dell'argomento "dignità". Quali e quanti tipi di dignità in Costituzione?	209
4.2. Quale "dignità" per i discorsi d'odio?	213
4.3. Pari dignità sociale e dovere di solidarietà	217
4.4. Pari dignità sociale e limite esplicito del buon costume	220
4.5. Pari dignità sociale ed eguaglianza	226

EPILOGO

Riflessioni attorno alle possibili alternative alla punibilità dei discorsi d'odio

1. Inopportunità politica e incostituzionalità giuridica delle leggi anti <i>hate speech</i>	231
1.1. Leggi inutili	232
1.2. Leggi ambigue	236
1.3. Leggi anacronistiche	238
2. Alcune vie d'uscita	240
2.1. La pari dignità sociale come limite al legislatore	241
2.2. La tutela del pluralismo	245

<i>Bibliografia</i>	251
---------------------	-----

RINGRAZIAMENTI

Davvero in tanti mi hanno accompagnata in questo lungo periodo di ricerca e scrittura, mostrando stima e affetto sinceri nei miei confronti. Di questo ne sono immensamente riconoscente.

Grazie a Stefania Ninatti e a Natascia Marchei per essersi prese cura di me umanamente, prima ancora che scientificamente.

Grazie al Professor Gustavo Zagrebelsky per avermi fatto dono del suo sapere, senza mai risparmiarsi in commenti e critiche con un fare di cui solo un Maestro è capace. Persino durante i divertenti viaggi settimanali in metropolitana, conditi d'incoraggiamenti e sorrisi.

Grazie alla Professoressa Cartabia per non avermi fatto mancare la sua vicinanza, nonostante i suoi impegni istituzionali.

Grazie a Elisabetta Lamarque per avermi indirizzata nella linea della ricerca e per il suo sostegno.

Grazie alle persone che "abitano" il Dipartimento di Giurisprudenza di Milano Bicocca. In particolare a Loredana Garlati, ad Adolfo Ceretti, a Roberto Cornelli e a Giulio Vigevani che mi hanno incoraggiata a portare a termine questo lavoro.

Grazie a Laura Cappuccio, a Marilena Gennusa e a Irene Spigno che, molto più che colleghe, mi hanno offerto preziosi suggerimenti manifestando autentica amicizia.

Grazie a Carlo Buono per aver condiviso con me il punto di vista di chi il diritto non lo vive nelle biblioteche, rassicurandomi con un'ironia e un fare spensierato fuori dal comune.

Grazie agli amici fraterni Stefano, Giulio e Bruna che posso chiamare a qualunque ora e sono lì, *knocking at my door* ...

Grazie agli amici più cari Diego, Marcello, Ricky, Serena, Maurizio, Anita, Fabio&Sara e ai mitici "Giochiamo a sparpagghj". Soprattutto perché di tanto in tanto mi chiedevano: «hai finito questo libro, o no?!?».

E, infine, un Grazie alla mia famiglia, a cui devo quello che sono.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Primi cenni ai limiti costituzionalmente ammissibili ai discorsi d'odio. – 2. Alcune specificazioni sull'oggetto della ricerca. – 3. Alcune specificazioni sulla metodologia della ricerca.

1. Primi cenni ai limiti costituzionalmente ammissibili ai discorsi d'odio

Milano, quartiere Chinatown di via Paolo Sarpi: ogni giorno puntualmente un anziano signore di cittadinanza italiana si affaccia dal balcone per inveire contro i residenti cinesi, accusandoli di traffici illegali, di appartenere alla mafia cinese, di togliere opportunità di lavoro agli italiani. I suoi epiteti non lasciano spazi a equivoci, non c'è che risentimento e disprezzo nelle sue parole¹.

Milano, mercato rionale del sabato di Via Fauché, strada elegante nella zona Sempione: un gruppo di ragazzi tra i venti e i trent'anni, aderenti a un movimento di estrema destra, allestisce un banchetto per denunciare il degrado urbano causato dagli extracomunitari e per dissentire dalle politiche comunali di accoglienza ai danni dei milanesi. Come in Paolo Sarpi, le loro parole sono cariche di rancore.

Barcellona Pozza di Gotto (Messina), Ufficio postale: l'impiegata pone domande sprezzanti a un ragazzo gambiano che le chiedeva l'espletamento di un'operazione. «E che cosa faresti tu nella vita? Lavori? Studi? Immagino che studi starai facendo ... cosa pensi di fare qui?!»².

Testate giornalistiche a livello locale e nazionale pubblicano sovente in prima pagina titoli del tenore: «Dopo la miseria portano la malaria. Immigrati affetti da morbi letali diffondono infezioni»³; «Bastardi islamici»⁴. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

¹ Grazie ad Andrea A., amico attento e ironico che si divertiva a suggerirmi episodi di *bate speech* nella città di Milano per esortarmi ad ancorare questo lavoro alla realtà dei fatti, così da non risultare, come lui diceva, «un'opera di fantascienza» agli occhi del comune lettore.

² Racconto pubblicato sulla rubrica InveceConcita, in «www.repubblica.it», 8 marzo 2019.

³ Libero, edizione del 6 settembre 2017.

⁴ Libero, edizione del 14 novembre 2016.

Matteo Salvini, segretario del partito della Lega⁵, sugli immigrati afferma, ad esempio, «questi più che scappare dalla guerra ce la portano nelle nostre città. Bastaaaa! Controlli, espulsioni, tranquillità, a casaaaaa!»⁶, oppure: «se vado al governo, scaricherò i clandestini sulle spiagge libiche con le noccioline e un gelato»⁷.

Alla vigilia delle elezioni presidenziali in Francia del 2017, Marin Le Pen, leader del *Front National*, tra le altre cose, dichiara: «Il diritto d'asilo? Nove siriani su dieci sono fondamentalisti islamici»; e, ancora, «No a scuole e cure gratuite per i figli dei clandestini in Francia, la ricreazione è finita».

Charlottesville, cittadina della Virginia, Stati Uniti, 12 agosto del 2017: al grido di “*white lives matter*” scendono in piazza i cosiddetti suprematisti bianchi, un gruppo di estrema destra dichiaratamente razzista e armato, per protestare contro la rimozione della statua del generale Robert Lee, eroe dei sudisti ai tempi della Guerra Civile americana.

Questi sono solo alcuni esempi in Occidente, dalla realtà locale fino ad oltreoceano, d'intolleranza quotidiana con un tratto in comune: gente qualsiasi e personaggi pubblici esternano senza mezzi termini il loro fastidio nei confronti di chi non è parte riconosciuta della propria comunità.

I flussi migratori in continuo aumento così come la caduta del tabù legato all'orientamento sessuale non fanno che mietere feriti da “arma da parola”: Gli stranieri extracomunitari e gli appartenenti al gruppo LGBT⁸ diventano, infatti, i principali bersagli. Episodi di xenofobia e di omofobia sono descritti come in crescita⁹ e si traducono non solo in atti di violenza fisica, ma anche in aggressività verbale veicolata in modo pervasivo sui diversi canali di comunicazione, dalla televisione ai social network ai blog, fino agli striscioni negli stadi, alle scritte sui muri, se non anche con insulti *vis à vis*.

⁵ In qualità di Ministro degli Interni, Matteo Salvini è stato frequentemente al centro della cronaca per i comportamenti assunti nell'esercizio delle sue funzioni in relazione alle politiche sull'immigrazione e che gli sono costati diversi processi, coinvolgendo di riflesso il Tribunale dei Ministri e il Senato della Repubblica per decidere sull'autorizzazione a procedere *ex art.* 96 cost.

⁶ Dichiarazioni rese dopo gli incidenti occorsi nell'estate del 2017 a seguito dello sgombero dello stabile di Via Curtatone in Roma, dove alloggiavano un centinaio di richiedenti asilo dal 2013.

⁷ Dichiarazioni rilasciate dal leader leghista in una puntata della trasmissione radiofonica “La Zanzara”, in onda sull'emittente radiofonica Radio24.

⁸ L'acronimo sta, come è noto, per gay, lesbiche, bisex e transessuali.

⁹ I dati statistici riportati da report stilati da Unicri (Istituto internazionale delle Nazioni Unite per la ricerca sul crimine e la giustizia), Unar (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali) e dall'Odih (Office for Democratic Institutions and Human Rights dell'Ocse) dimostrano come il fenomeno sia dell'*hate crime* sia dell'*hate speech* è in crescita rispetto al passato. In particolare, si v. l'ultimo rapporto stilato da Cronache di ordinario razzismo, che riporta la situazione di 648 casi di matrice razzista documentati nel 2018, https://www.lunaria.org/wp-content/uploads/2019/03/Focus_1_2019ilrazzismoneel2018.pdf.

Al centro c'è dunque il linguaggio violento che esprime odio e da cui si deduce una precisa concezione del mondo: “un noi contro di loro”, mentre l'Occidente europeo solo settant'anni prima era stato ricostruito in nome del rispetto di tutti senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religioni, opinioni politiche e condizioni personali e sociali e mentre negli Stati Uniti si consideravano superate le divisioni tra bianchi e neri con l'abolizione dapprima della schiavitù e poi del segregazionismo, e successivamente con l'elezione di Barack Obama, primo Presidente dalla pelle scura.

Ci si chiede come reagire a un fenomeno che sembra essere nuovamente fuori controllo e che coinvolge diverse sfere, da quella sociale, a quella politica, mediatica, psicologica, criminologica, se non anche quella giuridica. Le risposte possono essere diverse e al momento sembra che quelle date non siano riuscite ad estirpare alla radice il problema. Eppure, gli esperti dei diversi settori continuano, a ragione, a cercare possibili rimedi. Tra questi anche i giuristi, che si stanno dedicando con molta attenzione al tema, sia da un punto di vista teorico, sia da un punto di vista più concreto, di risoluzione di casi pratici. Ciò soprattutto in conseguenza dell'aumento di denunce di casi aventi come oggetto insulti o atti discriminatori e che è a sua volta dovuto a una sempre più accorta campagna di sensibilizzazione rivolta ai soggetti ritenuti più deboli.

La risposta giuridica si sostanzia principalmente attraverso la previsione di due tipi di reato: di *hate speech*, quando l'odio nutrito nei confronti di determinati gruppi di persone si manifesta attraverso l'espressione verbale di idee discriminatorie, attingendo molto spesso a un vocabolario particolarmente offensivo; di *hate crime*, quando l'odio si manifesta attraverso il compimento di atti di discriminazione, molto spesso accompagnati da azioni violente.

L'oggetto della presente ricerca è circoscritta agli *hate speeches*, anche conosciuti come discorsi d'odio¹⁰. Nell'ordinamento italiano, essi sono annoverati nella più ampia categoria dei reati d'opinione, il cui tratto distintivo è la punibilità della manifestazione del pensiero che offende beni tra i più svariati, eccetto quelli legati alla tutela di una posizione individuale, quali l'onore, la reputazione o la riservatezza, che necessitano di un'istanza di querela da parte di privati per poter essere accertati. In genere, si tratta di reati che proteggono la personalità dello Stato (tra cui il prestigio delle istituzioni, come il vilipendio) – oppure l'ordine pubblico (come l'istigazione a delinquere o a disobbedire alle leggi, l'apologia di delitti, la diffusione di notizie false e tendenziose). Sono nati nel periodo prerепubblicano, in epoca liberale, per il timore che la libertà d'espressione avrebbe potuto travolgere le basi dell'inedito potere politico attestatosi su un precario equilibrio parlamentare, e sono poi stati inaspriti durante il periodo fascista col codice penale Rocco, al fine di escludere il dissenso, o molto più sem-

¹⁰ Nell'intero volume le due espressioni «discorsi d'odio» ed «*hate speech*» verranno utilizzate indifferentemente.

plicemente la critica nei confronti del regime¹¹. Con l'avvento della Costituzione del 1948 molti di essi sono rimasti in vigore, nonostante parecchi studiosi, soprattutto costituzionalisti, li abbiano sempre guardati con sospetto. Il dubbio che ci si è sempre posti e se tali reati siano compatibili con l'art. 21 cost., che al primo comma protegge il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con qualunque mezzo, prevedendo come unica limitazione esplicita il buon costume (comma 6, art. 21 cost.)¹². Il timore è che la punibilità di opinioni espresse contro le istituzioni possa ostacolare la circolazione di qualunque idea politica contraria a quella maggioritaria, contravvenendo così al principio del pluralismo democratico a cui la Costituzione s'ispira e che è incarnato proprio nell'art. 21 cost¹³.

Ignorando però le critiche avanzate rispetto alla previsione di questi reati, il legislatore repubblicano ha provveduto nel tempo ad approvare alcune leggi speciali ampliando il loro già lungo elenco. Tra queste¹⁴ vi è la legge sull'*bate speech*, n. 654 del 1975, di «Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale», successivamente modificata per ben due volte, prima con la legge n. 205 del 1993, meglio conosciuta come legge Mancino, e poi con la legge n. 85 del 2006. Da ultimo essa è stata recentemente abrogata, trasferendo il suo contenuto nel codice penale agli artt. 604 *bis* e 604 *ter*, rubricati rispettivamente «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa» e «Circostanza aggravante»¹⁵, entrambi posti in una sezione creata appositamente e denominata «Dei delitti contro l'eguaglianza» (sezione I *bis*), in seno al Titolo XII «Dei delitti contro la persona».

¹¹ Cfr. C. FIORE, *I reati d'opinione*, Padova, 1972.

¹² Sulla portata e applicazione di tale limite si rimanda al par. 4.4. del quarto capitolo.

¹³ Tra i molti, P. BARILE, *Il "vilipendio" è da abolire*, in «Temi», 1969, 538 ss.; G. BOGNETTI, *Vilipendio del Governo o principi costituzionali di libertà d'espressione*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1965, 641 ss.; C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in «Quale giustizia», 1974, 271 ss.; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957. A integrare la carrellata di questi reati vi è poi quello di apologia del fascismo, previsto all'art. 4 dalla cosiddetta Legge Scelba, n. 645 del 1952, contenente «Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione». Nella dottrina più recente, E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 141 ss.

¹⁴ Oltre alla legge anti *bate speech*, si ricordano la legge contro ogni forma di genocidio, n. 962 del 1967 e la legge n. 645 del 1952, c.d. legge Scelba, dal titolo «Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione». A proposito dell'apologia di fascismo, nella scorsa legislatura si stava discutendo l'approvazione del disegno di legge Fiano (dal nome del proponente), volta a reprimere la propaganda nazi-fascista. Per un primo commento M. MANETTI, *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazi-fascista*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2017, 883 ss.

¹⁵ Per un primo commento critico a tale modifica del codice penale I. SPADARO, *Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del "nuovo" reato di istigazione all'odio razziale*, in «Dirittifondamentali.it», n. 1 del 2019, 1 ss.

Avendo la Corte costituzionale sempre preferito pronunciarsi a favore di un'interpretazione adeguatrice dei reati d'opinione prerepubblicani, permettendo così la loro vigenza¹⁶, e non avendo mai avuto finora l'occasione di giudicare della costituzionalità dei reati d'opinione repubblicani, in particolare della legge anti *hate speech*, i principali nodi costituzionali non solo non sono stati mai sciolti, ma si sono addirittura intricati per avere i discorsi d'odio aggiunto ulteriori motivi di perplessità. Questi attengono principalmente all'individuazione puntuale dei limiti che permettono di derogare alla libertà della manifestazione del pensiero *ex art. 21 cost.*

Il presupposto di partenza è il significato che si attribuisce di solito a tale diritto, considerato il cardine di ogni ordinamento democratico, ceppo da cui hanno avuto origine i movimenti per superare lo Stato assoluto¹⁷, barriera all'eventuale abuso di potere statale e libertà che assicura, ancora oggi, il confronto dialettico anche a chi è portatore di idee scomode, soprattutto quando attraverso queste si vuole denunciare un disagio sociale di cui possono farsi carico le forze politiche. Parallelamente, consentire di offendere, schernire o, ancor peggio, emarginare "l'altro" perché diverso porta a chiedersi se uno Stato democratico non debba esporsi in prima linea in difesa della dignità di ciascuno e del principio d'eguaglianza.

Di conseguenza, nel tempo presente, le profonde trasformazioni sociali a cui assistiamo fanno guardare al diritto alla manifestazione del pensiero con diffidenza: da colonna portante della democrazia, grazie alla quale si può osteggiare il pubblico potere, esso può essere usato per attaccare sia i privati cittadini sia lo Stato.

La sfera privata. Ciò che rende peculiari i casi di *hate speech* è la posizione delle vittime, le quali rivendicano le proprie istanze non come singoli (in questi casi varrebbe la classica disciplina della lesione alla reputazione o all'onore, con l'eventuale applicazione dell'aggravante per motivi di odio etnico, razziale o religioso), bensì come appartenenti a minoranze con specifiche identità. Sulla base di ciò, si tende a giustificare legislazioni che puniscono i discorsi d'odio per evitare violazioni di norme sociali che assicurano la pacifica convivenza con tali minoranze. Più in particolare, lo scopo è quello di offrire protezione a gruppi di minoranze che verrebbero emarginati dalla maggioranza. Il reato di *hate speech* tutelerebbe la comunità di appartenenza di ogni singolo, garantendogli una pari dignità sociale.

La sfera pubblica. Accanto all'esigenza di tutelare interi gruppi, che accoglie

¹⁶ Sulla giurisprudenza costituzionale relativa ai reati d'opinione si rimanda al par. 2.5 del primo capitolo.

¹⁷ Con l'avvento della stampa periodica nasceva finalmente in Europa un nuovo soggetto politico, l'opinione pubblica, «che non era un potere istituzionale né aveva titolo a governare, eppure [...] assumeva il ruolo di espressione diretta della società civile, incarnazione di una legittimità rivale, non regolata dalla legge ma idealmente superiore». P. VIOLA, *Storia moderna e contemporanea*, vol. 3, *L'Ottocento*, Torino, 2000, 17-19.

una visione dignitaria dell'ordinamento costituzionale, si sostiene l'opportunità di limitare il pensiero d'odio per proteggere il sistema democratico. Si pensi solo all'esempio più sotto gli occhi di tutti: le politiche contro l'immigrazione, giustificate sulla base della diversità religiosa e quindi culturale degli stranieri che sbarcano in Occidente, costituiscono l'oggetto principale dei programmi di partiti politici di estrema destra. Attraverso il divieto dei discorsi d'odio si vorrebbe allora evitare che tali estremisti possano mettere in atto politiche persecutorie nei confronti delle minoranze senza essere ostacolati dalle opposizioni. Si tratta, tra l'altro, di una reazione non sconosciuta alla storia: sul piano della protezione della sicurezza nazionale è ampiamente noto come il governo maccartista statunitense abbia reagito, nei primi anni della guerra fredda, alle forme di dissenso politico di origine comunista. In Europa, la Germania è il tipico esempio di un ordinamento che ha previsto norme di democrazia protetta addirittura nella sua Legge Fondamentale del 1949 (*Grundgesetz*)¹⁸. Oggi, tuttavia, tali politiche protezionistiche sono giustificabili, oppure appaiono come pure forme di paternalismo statale? Prevedere vincoli alla manifestazione del pensiero rappresenta la cura per guarire dalla regressione democratica, o ne è piuttosto il sintomo?

La libertà d'espressione si trova quindi a un bivio ed è difficile stabilire quale sia la strada migliore su cui incamminarsi: se quella che difende strenuamente il diritto di parola, convinti che la democrazia sia un processo che matura anche attraverso un dibattito scomodo che si esprime con forme molte volte offensive; oppure quella che acconsente alla limitazione del diritto di parola perché il compito primario di un regime democratico è quello di proteggere la dignità di tutti, nonché sé stesso, dal possibile rischio di sovvertimento dell'ordine costituito.

La domanda di fondo è se i discorsi d'odio non rientrano nella protezione dell'art. 21 cost. sia per il loro contenuto sia per le loro possibili conseguenze. Per il primo aspetto, essi sono così intrisi di emotività, sentimenti irrazionali e a volte folli da far sorgere il dubbio che si tratti davvero di opinioni; circa le conseguenze, c'è il rischio, non affatto trascurabile, che questa forma di pensiero possa condizionare chi ascolta e spingerlo a passare all'azione, coerentemente col messaggio d'odio espresso.

In termini etici è giustificabile rispondere positivamente al quesito sopra formulato, anche perché certi discorsi d'odio provocano ribrezzo e sdegno se si tie-

¹⁸ L'ordinamento tedesco è infatti quello per antonomasia definito sistema di democrazia militante, ovvero un sistema che vieta a forze antidemocratiche di partecipare alla vita pubblica, così come è vietato l'esercizio di quelle libertà, quale la manifestazione del pensiero, che agevolerebbero il sovvertimento dell'ordine democratico. Sulla definizione di democrazia militante cfr. K. LOWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in «The American Political Science Review», vol. 31, n. 3 del 1937, 417 ss.; cfr. inoltre M. THIEL (a cura di) *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, Londra e New York, 2009; A. SAJÓ (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004; J.W. MÜLLER, *Militant Democracy*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1253 ss.

ne conto dei più comuni valori di umana convivenza. In termini giuridici, tuttavia, la questione non può essere liquidata così facilmente: come impedire di pensare cose aberranti? E, ancor di più, come impedire di esternare pubblicamente opinioni detestabili, quando dietro queste si celano richieste di protezione? Si è così abituati ad accogliere il punto di vista delle vittime da non prendere affatto in considerazione i motivi che cosa possono far scatenare l'odio espresso dai cosiddetti predicatori. Fatta eccezione per i soggetti affetti da patologie psichiche, è possibile che chi manifesta disprezzo lo faccia per la paura di essere vinto da altre culture¹⁹, o per la paura di perdere tutta una serie di benefici sociali, soprattutto in tempo di crisi economica²⁰. Ricorrere a un linguaggio "violento", può costituire una precisa richiesta di protezione politica e giuridica per affrancarsi dalla paura di non poter essere curato, di non poter trovare lavoro, dal timore che altri possano prendere il posto che si pensa spetti solo ai cittadini. Non stupisce allora che si sostengano programmi di partiti politici sovranisti i quali, a torto o a ragione, si mostrano empatici proprio verso chi ha queste paure, adottando essi stessi le medesime forme verbali violente per non perdere il loro consenso.

Le vittime da un lato, i predicatori d'odio dall'altro. Entrambi bisognosi di ricevere tutela, e prima di ciò, di essere riconosciuti e di essere ascoltati. I primi lo fanno attraverso la pretesa che siano puniti coloro che si esprimono con odio, i secondi attraverso la pretesa di potersi esprimere con odio.

Come uscire giuridicamente da questo *impasse*? Come si accennava, è una questione che attiene all'individuazione dei limiti consentiti alla libertà di pensiero affinché si possano correttamente bilanciare principi costituzionali architrave dell'ordinamento costituzionale e che possono entrare in conflitto tra di loro²¹. Sarebbe ardito abbracciare la tesi che nega a priori la possibilità di punire i discorsi d'odio, proprio perché si è consapevoli che sul piatto della bilancia dignità ed eguaglianza potrebbero ingiustificatamente soccombere; ma sarebbe altrettanto inconcepibile acconsentire in qualunque circostanza alla restrizione della libertà della manifestazione del pensiero d'odio, in palese violazione del rispetto del principio democratico e del pluralismo.

Invero, nessuno in Occidente si è orientato nel senso di escludere *tout court* i discorsi d'odio da qualunque tutela, consci della difficoltà di distinguere tra quelli

¹⁹Lo scontro tra culture fu ben espresso da Oriana Fallaci nel suo editoriale per il Corriere della sera del 15 settembre 2006 a commento dell'attentato alle Torri gemelle di New York, in cui si sosteneva come fosse addirittura impensabile parlare di due culture, la nostra e quella musulmana.

²⁰A tal proposito cfr. le ricerche di psicologia sociale menzionate in C. VOLPATO, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Bologna, 2019, 171.

²¹Per una puntuale ricognizione e attenta riflessione sui principi inviolabili della Costituzione italiana non si può che non rimandare a V. ONIDA, *I principi fondamentali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 111 ss.

che esprimono irrazionalmente disprezzo e quelli che esprimono dissenso, seppur manifestato in modo spregiativo. Ciò per non tradire lo spirito del costituzionalismo contemporaneo che si riconosce nel principio del pluralismo. Eppure si registra la tendenza ad allargare sempre di più le maglie dei limiti, a scapito della libertà di parola. Ciò in conseguenza sia di legislazioni più punitive sia di interpretazioni giurisprudenziali che non si pongono un problema di costituzionalità di tali leggi in sede applicativa.

Posto come obiettivo del presente lavoro monografico quello di capire in che misura l'impianto costituzionale sostenga leggi che puniscono l'*hate speech*, è necessario compiere un viaggio attorno ai limiti che i teorici e gli operatori del diritto – legislatori e giudici – ritengono ammissibili per questo tipo di espressioni. Rimandando ai primi tre capitoli questo approfondimento, è qui opportuno riassumere preliminarmente le categorie principali di limite a cui si fa riferimento.

In relazione alla libertà di manifestazione del pensiero, al limite esplicito del buon costume sono sempre stati affiancati limiti impliciti e limiti logici. I primi sono stati riconosciuti per avere la possibilità di salvaguardare beni e interessi di rango costituzionale che altrimenti rimarrebbero sforniti di qualunque tutela; i secondi per escludere a priori certe forme di pensiero perché non considerate come tali.

Per i reati d'opinione in genere e per i discorsi d'odio in particolare, l'argomento dei limiti impliciti sembra essere quello più utilizzato. Dalla prima sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1956, in cui in modo un po' apodittico venne affermato che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto»²², si è andati di volta in volta alla costante ricerca di beni costituzionali la cui tutela esige il sacrificio della manifestazione del pensiero²³. *Nulla quaestio* sui diritti individuali: nessuno metterebbe infatti in dubbio la necessità, ad esempio, di bilanciare caso per caso la libertà d'espressione col diritto all'onore o alla riservatezza, nonostante questi non siano diritti esplicitamente previsti dalla Costituzione, ma siano stati desunti in via interpretativa. Invece, per i reati d'opinione le motivazioni utilizzate dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni non hanno convinto appieno la dottrina²⁴. Più specificamente per l'*hate speech*, nel silenzio della Corte costituzionale, si è soliti ritenere applicabili limiti impliciti volti alla tu-

²² Corte cost., n. 1 del 1956. Molto critico rispetto a tale assunto Esposito, il quale avvertiva del pericolo di giustificare in via generale limiti alla libertà costituzionalmente garantite e in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 15.

²³ Per correggere in qualche modo il tiro sull'affermazione fatta nella prima sentenza (v. nota precedente), la stessa Corte in molte sentenze successive si è affrettata a dire che le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero possono trovare fondamento solo in altri diritti, beni, interessi o valori di rango costituzionale. Cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 19 del 1962; n. 9 del 1965.

²⁴ Per una carrellata dei limiti impliciti utilizzati per la tutela di beni di rango costituzionale individuati dalla giurisprudenza costituzionale cfr. E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, cit., 155-157.

tela dell'ordine pubblico, del principio d'eguaglianza e della pari dignità sociale. Nel proseguo si cercherà di capire se queste restrizioni sono fondate, oppure se si basano su riflessioni solamente suggestive.

L'argomento dei limiti logici è rimasto all'apparenza il meno utilizzato e anche il più aspramente criticato. A metà degli anni sessanta, per legittimare la punibilità di alcuni reati d'opinione, quali la propaganda sovversiva, l'apologia di reato, l'istigazione a disobbedire alle leggi, la dottrina penalistica avanzò l'ipotesi di escluderli dal novero delle manifestazioni del pensiero garantite dalla Costituzione perché logicamente non "pensieri", bensì principi d'azione.

Tra i più autorevoli sostenitori di tale dottrina si ricordano i penalisti Giuseppe Bettiol e Giuseppe Zuccalà. Il primo riteneva estranee alla libertà d'espressione «non soltanto la menzogna, la falsità, il furto del pensiero altrui ma anche l'istigazione, l'apologia e la propaganda poiché, anche se scaturiscono dal pensiero, sono soverchiate da momenti psicologico-sentimentali, irrazionali, volitivi ed emotivi che non tendono per natura loro a persuadere, ma ad eccitare, a commuovere, a spingere la volontà altrui verso fini non leciti e con mezzi anti-giuridici»²⁵.

Si orientava allo stesso modo Giuseppe Zuccalà affermando che «il pensiero che si esteriorizza deve essere uno stato psichico, che non consiste però in un moto dell'animo: occorre che la manifestazione non abbia un contenuto affettivo ed emozionale, e sia espressione non di un sentimento, di una esplosione passionale, ma di una valutazione intellettuale, cioè di un pensiero. Il pensiero non costituisce altresì oggetto del diritto di libertà di espressione, di cui all'articolo 21, allorché la manifestazione si diriga sulla volontà altrui, sia di individui determinati, sia in *incertam personam*, per influenzarla, orientarla verso un fine pratico e per creare così un accordo fra soggetti»²⁶.

Circoscritta al dibattito accademico italiano, la tesi dei limiti logici alla manifestazione del pensiero, come si diceva, è rimasta minoritaria, soprattutto per la difficoltà di distinguere tra pensiero garantito dall'art. 21 cost. e pensiero escluso dal suo ambito oggettivo sulla sola base dello stato emotivo del momento. Come sottolineava ai tempi Barile «il pensiero è sempre anche azione»²⁷. Appli-

²⁵ G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1965, 641 ss. Insiste sull'opportunità di distinguere tra le forme espressive lecite e quelle illecite anche Nuvolone, il quale ritiene che resterebbero escluse dalla protezione costituzionale della libera manifestazione del pensiero le espressioni «attivizzanti, teleologicamente orientate a suscitare nei destinatari comportamenti modificatori della realtà». P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 353.

²⁶ G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1966, 1154 ss.

²⁷ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in «Enc. dir.», XXIV, Milano, 1974, 424 ss., 472.

cata ai discorsi d'odio la sua attendibilità teorica può essere negata in modo ancora più deciso per due principali ragioni: in primo luogo, in quanto i discorsi d'odio scontano lo stesso difetto degli altri reati d'opinione. Come dimostrerà l'analisi dei casi concreti, la linea di confine tra pensiero tollerabile, perché frutto di un semplice risentimento, e pensiero punibile, perché frutto di un forte sentimento d'odio che arreca danno in termini fisici o psicologici ai destinatari del messaggio²⁸, si sposta a seconda del peso che l'interprete attribuisce a propria discrezione a una serie di variabili. In secondo luogo, perché la dottrina dei limiti logici ostacolerebbe qualunque tentativo che va a beneficio del compimento del processo democratico. Infatti, applicando tali limiti il risultato sarebbe di escludere i discorsi d'odio dalla protezione costituzionale, prescindendo dagli scopi per i quali sono espressi – magari per criticare aspramente certe decisioni politiche, pur nella volgarità delle parole scelte – oppure dalla loro idoneità a condizionare chi ascolta a mettere in pratica azioni discriminatorie.

Da questa prima e sommaria panoramica, sembrerebbe che per trovare un giusto equilibrio tra l'esigenza di tutelare una libertà fondamentale, come quella d'espressione, e l'esigenza di assicurare un'adeguata protezione ai soggetti deboli da possibili attacchi verbali violenti la strada maestra sia quella di applicare limiti impliciti. Ed è proprio questa la via che legislatori e giudici sembrano percorrere, o forse pensano di percorrere. Tuttavia, la ricerca qui condotta dimostrerà anche come la teoria dei limiti logici s'insinui prepotentemente nelle scelte adottate sia per il modo in cui la legislazione è confezionata sia, soprattutto, per il modo in cui questa viene interpretata, sebbene, forse – si diceva – inconsapevolmente.

Anticipando già in questa parte introduttiva i risultati dell'intera analisi, i limiti logici agli *hate speeches* sono mascherati dall'applicazione dei limiti impliciti dell'ordine pubblico, dell'eguaglianza e della dignità sociale. La conseguenza non può non avere un notevole impatto sulla tutela della manifestazione del pensiero e sul suo ruolo nel processo di maturazione democratica.

Siamo certi che il percorso scelto sia quello costituzionalmente conforme e, soprattutto, che il sacrificio richiesto alla libertà d'espressione sia giustificato?

Sono queste le domande che guideranno l'intero lavoro.

2. Alcune specificazioni sull'oggetto della ricerca

Non tutti i discorsi d'odio possono essere giuridicamente trattati alla stessa stregua. Infatti, andrebbero fatte delle opportune differenze a seconda delle mi-

²⁸ Secondo la psicologia cognitiva l'odio si pone al crocevia tra il disgusto, l'esplosione di rabbia e la svalutazione degli altri con disprezzo. Cfr. R.J. STENBERG (a cura di), *The Psychology of Hate*, Washington D.C., 2005, *passim*.

noranze coinvolte, ben consapevoli però della difficoltà di individuare, tra queste, delle categorie ben precise. Tra le più invisibili al momento vi sono le minoranze etnico-razziali, quelle religiose e quelle che raggruppano persone con un diverso orientamento sessuale. Da qui la seconda scelta compiuta: oggetto della presente indagine sono i discorsi d'odio "razziale" espressi attraverso la parola o l'ostensione di simboli.

I discorsi che hanno come principale bersaglio le differenze religiose esulano del tutto dalla trattazione, vista la loro specifica regolamentazione giuridica che coinvolge il reato di blasfemia e che è oggetto oggi di una copiosa riflessione giuridica²⁹. Invece, i discorsi omofobi e il negazionismo sono menzionati con esclusivo riferimento alla discussione parlamentare italiana sul loro inserimento tra le diverse ipotesi di reato, come esempi ulteriori della tendenza del nostro legislatore a trattare il tema dei discorsi d'odio in modo non del tutto sistematico³⁰. Non si è ritenuto di proporre una loro analisi approfondita per evidenti ragioni di completezza. Sui discorsi omofobi, si sarebbe stati costretti a speculazioni ridondanti, vista la mancanza di una previsione legislativa nazionale puntuale. Ad oggi, infatti, la disciplina può essere considerata analoga ai discorsi d'odio razziale per le fattispecie incriminatrici considerate, ovvero la propaganda di idee discriminatorie, l'istigazione a commettere atti di discriminazione e l'istigazione a commettere atti di violenza. L'unica differenza riguarderebbe il tipo di vittima, lesa per motivi omofobi, anziché etnico-razziali. L'approfondimento, invece, del negazionismo avrebbe comportato l'analisi di ulteriori e altrettante complicate questioni costituzionali, in particolare il rapporto con la libertà di ricerca storica³¹.

²⁹ In maniera del tutto esemplificativa si vedano i diversi contributi pubblicati in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009; in particolare, I. HARE, *Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free speech dogma and Doctrine*, 289 ss. Sull'utilizzo strumentale del reato di blasfemia nei paesi in transizione democratica cfr. P.S. SMITH, *Speak no Evil: Apostasy, Blasphemy and Heresy in Malaysian Syariah law*, in «10 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y», 2004, 357 ss.; B. HAYEE, *Blasphemy Laws and Pakistan's Human Rights Obligations*, in «14 U. Notre Dame Austl. L. Rev.», 2012, 25 ss. Anche la Commissione di Venezia, organizzazione istituita presso il Consiglio d'Europa si è occupata del tema producendo il rapporto CDL-AD(2008)026-e *Report on the relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the issue of regulation and prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred*, 17-18 Ottobre 2008.

³⁰ Sul punto si rimanda all'approfondimento della legislazione italiana nel terzo capitolo. Rileva lo stesso tipo di critiche I. SPIGNO, *I discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 184.

³¹ Sul punto si veda G. SCHMIDT, R.L. VOJTOVIC, *Holocaust denial and freedom of expression*, in T.S. ORLIN, A. ROSAS, M. SCHEININ (a cura di), *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach*, Syracuse, 2000, 152 ss.; I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in «Dir. pubbl. comp. ed eur.», n. 4 del 2008, 1921-1931. Per maggiori approfondimenti sul tema si rimanda alla nota n. 26 del terzo capitolo.

3. Alcune specificazioni sulla metodologia della ricerca

Capire se una legislazione punitiva dell'*hate speech* sia confacente con l'impianto costituzionale italiano è, giova ripeterlo, il principale obiettivo che ci si propone. Molto verrà detto sulla presunta compatibilità o incompatibilità di questa legislazione con la Costituzione. Tuttavia, preliminarmente, si ritiene necessario tracciare più approfonditamente le coordinate del problema – in particolare relativamente alla natura dei limiti alla manifestazione del pensiero che consentono di punire i discorsi d'odio – attraverso un'indagine condotta in tre differenti campi: teorico, esterno al nostro ordinamento ed interno. A questi aspetti saranno dedicati i primi tre capitoli.

Il campo d'indagine teorico

Si è già detto che i principi costituzionali che coinvolgono l'*hate speech* sono parimenti meritevoli di tutela, però in forte contraddizione tra di loro. Protezione della libertà e pluralismo per un lato, eguaglianza e protezione della dignità umana e sociale per l'altro lato, hanno contribuito all'elaborazione di teorie giuridiche nettamente antitetiche, alcune delle quali caldeggiavano la massima libertà di manifestazione del pensiero d'odio, altre che, al contrario, la negano totalmente. Basti qui un'anticipazione.

L'epoca liberale ha visto la fioritura di dottrine esplicitamente appannaggio della maggiore espansione della tutela della libertà d'espressione, prescindendo dal suo contenuto. Ai tempi di Mill, le libertà, in particolare d'espressione, erano concepite come un mezzo per osteggiare l'autorità e utili per la ricerca della "Verità"³². Da qui il successo delle teorie giuridiche statunitensi del *marketplaces of ideas*, del *democratic self government*, e di quella partecipativa del discorso pubblico. Nel contempo, l'esperienza totalitaria in Europa e le disomogeneità sociali proprie dei giorni nostri hanno visto l'affermazione di postulati teorici incentrati sulla maggiore espansione delle restrizioni alla libertà d'espressione. Come si è in parte accennato, per i discorsi d'odio si tratta di limiti di natura diversa da quelli previsti per garantire altre libertà individuali: in tali circostanze la limitazione avviene caso per caso per bilanciare al meglio gli interessi coinvolti; al contrario, per i discorsi d'odio si pretende la loro totale illiceità, perché veicolo della cultura dell'intolleranza. Si compie, cioè, un'operazione teorica precisa, nel senso d'individuare un limite alle espressioni che "logicamente" non rappresentano pensieri, non tanto perché principi d'azione, come sosteneva la dottrina penalistica classica italiana, bensì perché espressioni irrazionali che inducono al disconoscimento del prossimo. Questo limite logico, che sarà in questo lavoro monografico definito personalista all'americana, può essere declinato secondo tre

³²J.S. MILL, *On liberty*, Londra, 1859 [trad. it., *Sulla libertà*, a cura di G. MOLLICA, Milano, 2003]. Sull'influenza che ha avuto il pensiero di Mill sulla tutela della manifestazione del pensiero si rimanda al cap. I, par. 1.1.

diverse prospettive, tutte accumulate dalla centralità data alla persona umana: quella del filosofo del diritto Jeremy Waldron, quella degli esponenti della *Critical Race Theory* e quella incarnata nella teoria del mutuo riconoscimento.

Da quali di queste teorie gli operatori giuridici italiani traggono ispirazione e quali risultano compatibili con la cornice costituzionale italiana? Un'indagine in merito appare più che mai proficua.

Il campo d'indagine esterno all'ordinamento italiano

Si è deliberatamente scartata l'ipotesi di adottare il metodo comparatistico, anche perché il tema è stato già affrontato in questa chiave in altre approfondite ricerche³³. Tuttavia, pare utile considerare il livello sovranazionale europeo del Consiglio d'Europa, in particolare le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (meglio conosciuta come Corte di Strasburgo); così come proporre un affresco sull'ordinamento statunitense. Ciò essenzialmente per due motivi.

In primo luogo, per l'influenza che sistema europeo e sistema americano indiscutibilmente esercitano sull'ordinamento italiano. Il primo – vuoi per il processo d'integrazione comunitaria, vuoi per la riconosciuta copertura costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Cedu) e della sua giurisprudenza dopo le sentenze gemelle della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 – esercita sui giudici italiani un certo condizionamento, quanto meno a livello interpretativo³⁴. Dal canto loro, gli Stati Uniti – unico ordinamento occidentale a non avere adottato finora una normativa anti *hate speech* – hanno influenzato la giurisprudenza costituzionale italiana nell'interpretazione della più ampia categoria dei reati d'opinione, laddove in alcune sentenze la Corte costituzionale, seppur implicitamente, si è ispirata alla dottrina del *clear and present danger*³⁵.

In secondo luogo, perché al livello sovranazionale europeo e negli Stati Uniti si assiste a una graduale metamorfosi della portata del diritto alla manifestazione del pensiero. Abitualmente interpretato secondo il significato tradizionale, quale contropotere rispetto all'autorità statale, in quanto antepone la libertà all'egualianza, oggi si registra una sorta di "livellamento occidentale", che porta il Consiglio d'Europa e l'America del Nord a limitare giuridicamente i discorsi d'odio. L'impostazione che gli altri ordinamenti occidentali si erano dati è rimasta la stessa dalla seconda guerra mondiale in poi³⁶. Questi avevano da subito legitti-

³³ Per una trattazione in chiave comparatistica sui discorsi d'odio cfr. il recente volume di I. SPIGNO, *I discorsi d'odio*, cit.; cfr., inoltre, E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, Torino, 2008.

³⁴ Sull'evoluzione dei rapporti tra ordinamento costituzionale italiano e la giurisprudenza Cedu, in particolare se questa possa considerarsi come vincolante a livello interpretativo, si rimanda al par. 2 del quarto capitolo.

³⁵ Sul significato e l'applicazione della dottrina statunitense del *clear and present danger* si rimanda al par. 1.1 del secondo capitolo.

³⁶ Si conviene sul punto con Irene Spigno che inserisce Francia e Germania nel modello che l'Austria denomina "della difesa". Dell'ordinamento tedesco si è già accennato nel primo paragra-

mato la limitazione dei discorsi d'odio, al fine di tutelare minoranze. Tra pluralismo e dignità, la scelta era chiaramente ricaduta su quest'ultima. Invece, non ci si aspettava che perfino gli Stati Uniti, affezionati come sono alla sacralità del Primo emendamento, si lanciassero surrettiziamente nella lotta contro l'*hate speech*. Per non parlare del sistema europeo che, sia attraverso l'approvazione di atti di *soft law* sia attraverso la giurisprudenza rigorosa della Corte di Strasburgo, non lascia alcuno spazio ai discorsi d'odio, nonostante la libertà d'espressione venga in genere qualificata come "il cane da guardia" che ci difende dagli abusi del potere.

Indagare sui motivi di questa tendenza rinvenibile sia negli Stati Uniti sia in Europa può aiutare preliminarmente a comprendere il perché anche l'ordinamento italiano si adegui al trend, sebbene nei primi anni repubblicani le disposizioni previste fossero interpretate nel senso più favorevole al pluralismo e il testo costituzionale possa dire, forse, "dell'altro" in merito.

Il campo d'indagine interno

Calati finalmente nella realtà italiana, è necessario partire dall'analisi sia del corredo legislativo, dando conto delle modifiche che si sono susseguite nel tempo, sia soprattutto della giurisprudenza prodotta.

Entrambi i profili verranno descritti avendo presente lo specifico contesto politico e sociale in cui l'ordinamento si muove. Infatti, oltre che delle prospettive teoriche ed esterne di cui si è detto, le risposte giuridiche che si danno al fenomeno dell'*hate speech* risentono molto delle dinamiche politiche quotidiane. All'ennesimo *tweet* o post razzista, il mondo politico e la società civile reagiscono dividendosi tra coloro che sposano appieno il punto di vista delle vittime, proponendo l'introduzione di ulteriori fattispecie incriminatrici volte soprattutto ad irreggimentare il linguaggio; e coloro che, invece, adottando il punto di vista dei predicatori dell'odio, sostengono strenuamente il diritto a manifestare in modo anche becero il proprio dissenso e disagio: ad esempio, nei confronti delle soluzioni proposte in tema di immigrazione, di legalità, di diritto d'asilo, tutti temi che dividono profondamente. Per di più – una peculiarità da tenere ben presente – gli esponenti di quest'ultima parte del mondo politico sono tra i principali protagonisti dei ricorsi giudiziari, oltre che essere tra i proponenti di progetti di legge volti all'abrogazione delle normative *anti hate speech* attualmente in vigore.

fo (v. nota n. 18); la Francia già nel 1939, con l'aumento di casi di antisemitismo, approvava il "decreto legge *Marchandea*" che modificava la legge sulla stampa risalente al 1881. La scelta punitiva dei discorsi d'odio è stata poi confermata nel corso del tempo, grazie all'introduzione implicita del reato di diffamazione di gruppo ("legge *Pleven*") e alla "legge *Gayssot*" sul negazionismo. Perfino l'Inghilterra può essere definita un modello di difesa vista la continua evoluzione legislativa nel senso punitivo della propaganda razzista che porta Michela Manetti a definirla una legislazione in "incessante adeguamento". V. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione delle democrazie*, Torino, 2005, 108. Per una più completa rassegna normativa e giurisprudenziale dei tre ordinamenti cfr. I. SPIGNO, *I discorsi d'odio*, cit., 163-181; 214-243; 254-267.

Lo scenario non è tra i più rassicuranti. È come se si stesse consumando uno psicodramma collettivo che non lascia spazio a un ragionamento lucido e coerente e che porta gli operatori giuridici, volenti o nolenti, a fornire risposte schizofreniche, o inconferenti. Inoltre, il quadro legislativo di riferimento non agevola il loro compito, in quanto sconta scelte compiute senza avere in mente una decisione precisa, ma che rappresenta piuttosto la risposta estemporanea alle esigenze che mano a mano si presentano. Ad esempio, una delle principali obiezioni che possono essere mosse alla categoria dell'*hate speech* italiana riguarda le fattispecie, troppo vaghe ed indeterminate. Diffusione o propaganda di idee discriminatorie, istigazione o incitamento alla commissione di atti discriminatori, sono ipotesi di reato che impegnano il giudice in una difficile opera interpretativa. Si deve preservare il principio del nesso di causalità tra la manifestazione d'odio e il comportamento discriminatorio? O, viceversa, l'atto del parlare con odio presuppone di per sé un'azione discriminatoria? Qualunque giudice si trova a lavorare su un terreno scivoloso, conscio del fatto che, come già più volte anticipato, un'inappropriata restrizione comporti il rischio di censurare opinioni critiche, che seppur espresse in modo volgare, possono nel lungo periodo risultare salutari per rafforzare le dinamiche democratiche.

Di questo si dovrà necessariamente tenere conto, oltre che della cornice teorica e del trend internazionale, se si vuole comprendere fino a che punto il quadro giuridico esistente possa ritenersi compatibile costituzionalmente.

Post Scriptum: La selezione dei giudizi di merito proposta nel terzo capitolo è gran parte frutto di un'autonoma ricerca condotta sulla base di notizie apprese *on line* o sulla carta stampata, non essendo ad oggi disponibile una banca dati relativa agli esiti dei procedimenti giudiziari ordinari, né pubblicazioni sulle riviste giuridiche di riferimento. In particolare, le decisioni sono state reperite consultando di persona le cancellerie dei diversi tribunali civili e penali. Per questo, ci si scusa fin d'ora per l'eventuale incompletezza di questo filone della ricerca giurisprudenziale.

CAPITOLO I

ARGOMENTI TEORICI A FAVORE E CONTRARI ALLA PUNIBILITÀ DEI DISCORSI D'ODIO RAZZIALE

SOMMARIO: Premessa: i discorsi d'odio razziale tra il modello costituzionale *liberal* e il modello costituzionale *dignitary*. – Sezione I. *Perché non punire i discorsi d'odio*. – 1.1. I presupposti filosofici. – 1.2. (*segue*) I presupposti storico giuridici. – 1.3. La teoria del *marketplace of ideas*. – 1.4. La teoria del *democratic self-government*. – 1.5. La teoria partecipativa del discorso pubblico. – Sezione II. *Perché punire i discorsi d'odio*. – 2.1. La dignità sociale nell'accezione di Jeremy Waldron: un primo limite logico all'americana. – 2.2. La *Critical Race Theory*: un secondo limite logico all'americana. – 2.3. Il “diritto al riconoscimento”: un terzo limite logico all'americana. – 2.4. Alcune considerazioni conclusive sui limiti logici all'americana. – 2.5. Il limite logico all'italiana dell'ordine pubblico: in bilico tra protezione ideale della democrazia e protezione materiale dello spazio comune.

Premessa: i discorsi d'odio razziale tra il modello costituzionale liberal e il modello costituzionale dignitary

L'introduzione al presente volume rivela come sia giuridicamente complesso punire i discorsi d'odio razziale, sospesi tra il diritto di libertà d'espressione e la protezione dell'eguaglianza, della dignità e della pacifica convivenza.

È un problema che ha profonde radici teoriche. Infatti, come e fino a che punto assicurare un'adeguata tutela alla manifestazione del pensiero – anche d'odio – dipende dal modo in cui si qualifica un ordinamento costituzionale, se *liberal* oppure *dignity oriented*. Per il primo, la libertà di parola può essere soggetta alle sole restrizioni strettamente necessarie a non pregiudicare altri diritti individuali parimenti meritevoli di protezione. Principio di autodeterminazione da un lato e libertà del singolo per contrastare l'abuso del potere statale dall'altro sono gli elementi su cui si sono fondate le Costituzioni liberali e che dovrebbero guidare legislatori ed interpreti a stabilire i confini entro cui la manifestazione del pensiero può essere esercitata. Per il secondo, i diritti fondamentali, tra cui soprattutto quello in questione, sono concepiti in termini funzionali alla protezione della dignità umana, con la conseguenza di poter escludere idee che contrastano con essa. È questo il tratto tipico delle Costituzioni scritte nella seconda metà del

novecento, volte a scongiurare le degenerazioni disumane di cui si erano macchiati gli ordinamenti a cavallo tra le due guerre mondiali. Pertanto, il discorso d'odio razziale, proprio perché contiene in sé il germe della sopraffazione, della prevaricazione degli uni sugli altri per la diversa appartenenza razziale, non troverebbe spazi di tutela costituzionale.

Alla base della concezione *liberal* della manifestazione del pensiero vi sono le teorie di influenti filosofi politici dell'ottocento, da Milton a Mill, i cui postulati si riflettono nelle dottrine giuridiche elaborate negli Stati Uniti e che, assieme a queste, hanno per lungo tempo costituito il riferimento principale anche per i giuristi continentali. Invece, relativamente alla concezione *dignitary* della manifestazione del pensiero, si è assistito a un processo inverso: le fondamenta sono state poste direttamente dal legislatore, soprattutto sulla spinta della comunità internazionale che aveva elaborato Convenzioni sui diritti come quella sull'eliminazione delle discriminazioni razziali¹ e quella per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio². I più eminenti filosofi del diritto, in particolare statunitensi, hanno successivamente fatto propri tali principi nelle loro teorie, ritenendo l'*hate speech* la causa dei tanti conflitti sociali in ragione dei pregiudizi che sono in grado d'instillare ai danni d'interi categorie di persone. La difesa della pari dignità sociale, i rischi psico-sociali, il mutuo riconoscimento sono quindi gli argomenti avanzati oltreoceano per giustificare la punibilità dei discorsi d'odio razziale.

Il cambio d'approccio da liberale a dignitario ha come conseguenza quella di riconoscere limiti alla libertà d'espressione non più impliciti, bensì logici³: le manifestazioni d'odio non sarebbero "logicamente" pensieri perché espressioni irrazionali che inducono chi ascolta a rifiutare il prossimo invece che riconoscerlo come un proprio pari.

Queste nuove tesi dottrinali finemente propugnate non fanno che condizionare le interpretazioni dei giudici, al pari della tesi tutta italiana del limite logico applicato alla protezione dell'ordine pubblico, inaugurata dalla corrente penalistica e accolta parzialmente dalla Corte costituzionale, nonostante l'avversione mostrata dalla dottrina maggioritaria. Come si vedrà, il limite dell'ordine pubblico costituisce un valido argomento sia per quanti intendono circoscrivere l'applicazione del reato di *hate speech* a casi estremi di pericolo concreto (a protezione dell'ordine pubblico materiale) sia per quanti vogliono, al contrario, estendere la punibilità a casi di pericolo presunto, comprendendo quelle situazioni che

¹ Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, del 21 dicembre 1965 ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969. Come si dirà nel capitolo terzo quando si analizzerà la legislazione italiana anti *hate speech*, tale Convenzione è stata determinante per averne condizionato i suoi contenuti.

² Convenzione Onu per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, del 9 dicembre 1948 ed entrata in vigore il 12 gennaio 1951.

³ Sulla differenza tra limiti impliciti e limiti logici alla manifestazione del pensiero si rimanda all'introduzione di questo stesso volume.

solo ipoteticamente possano minacciare la pacifica convivenza (a protezione dell'ordine pubblico ideale).

Che la si consideri nella sua nuova veste americana, o nella classica veste italiana, la teoria dei limiti logici è quella che più guida oggi gli operatori giuridici a risolvere i casi di *bate speech*. Vediamo allora quali sono gli argomenti teorici utilizzati per confutarla e quali invece la rendono più solida rispetto al passato.

SEZIONE I – PERCHÉ NON PUNIRE I DISCORSI D'ODIO

1.1. I presupposti filosofici

Ecco che cosa è libertà: «Chi ha qualche utile consiglio, e vuole offrirlo alla città? Chi se la sente, celebre divien di colpo; e chi non se la sente, se ne sta zitto. Uguaglianza più perfetta, esiste?»⁴.

Questi versi di Euripide possono essere considerati l'emblema di ciò che la libertà d'espressione rappresenta in un sistema democratico, ovvero uno strumento di partecipazione attiva alla vita della *polis* e, allo stesso tempo, di controllo del potere pubblico. Perciò erano stati scelti da John Milton per aprire la sua più celebre pubblicazione del 1644, che raccoglie il discorso tenuto di fronte al Parlamento inglese sulla libertà di stampare senza licenza⁵.

Come è noto, entrambi questi fini – libertà d'espressione sia come forma di partecipazione sia come forma di controllo del potere – sono al centro del pensiero politico moderno nella risoluzione dell'eterno conflitto tra libertà e autorità. È lo stesso Milton però a tenerli profeticamente in conto come elementi chiave per evitare che i difetti strutturali propri dell'assolutismo regio potessero essere trasposti sul nuovo Sovrano, cioè il Parlamento. Egli esorta quest'ultimo a non adottare leggi censorie perché è attraverso la libertà d'espressione che può emergere la verità. «Noi le faremmo torto a dubitare della sua forza con censure e divieti. Lasciate che lei e la menzogna vengano alle prese: chi ha mai visto la Verità avere la peggio in uno scontro libero e aperto? La migliore e più ferma soppressione del falso ne è la confutazione. [...] Chi non sa infatti che la Verità è seconda in forza all'Onnipotente? Essa non ha bisogno né di schemi politici, né di stratagemmi, né di censure per vincere: quelli sono sotterfugi e le difese che l'errore usa contro il suo potere – basta che le diate spazio o non l'incateniate quando dorme, perché allora, diversamente dal vecchio Proteo che pronunciava oracoli solo quando veniva preso e legato, essa non dice il vero, ma piuttosto assume ogni forma tranne la propria, o forse modula la voce a seconda delle

⁴ EURIPIDE, *Le Supplici*, 1, 19, trad. it. di G. PADUANO, Pisa, 2016.

⁵ J. MILTON, *Areopagitica, Discorso per la libertà di stampa*, (1644) trad. it. di M. e H. GATTI, Prefazione di P. OSTELLINO, Milano, 2002.

circostanze, come fece Mica di fronte ad Achab, finché non venga implorata nel suo vero aspetto»⁶.

La ricerca della verità spinge, dunque, Milton a rimproverare chiunque voglia impedire il libero flusso delle opinioni, in particolare i detentori del potere pubblico che si macchierebbero della grave colpa di ostacolare la libertà di conoscere, anche attraverso idee sgradevoli al senso comune: «un po' di generosa prudenza, un po' di tolleranza reciproca e qualche grano di carità potrebbero stimolare tutto questo fervore a collegarsi e unirsi in una comune e fraterna ricerca della Verità»⁷.

Il pensiero di Milton si fa ancora più esplicito con Mill, complice il fatto di aver vissuto in piena età liberale, dove le libertà individuali, in particolare quella d'espressione, rappresentavano uno strumento di difesa del singolo individuo dalla tirannia della maggioranza, la quale «porta la società a imporre, con mezzi diversi dalle sanzioni civili, le proprie idee e le proprie pratiche a coloro che dissentono da essa, a ostacolare lo sviluppo [...] di qualsiasi individualità non in armonia con i suoi schemi, e a costringere tutti i caratteri a uniformarsi ai propri modelli»⁸.

Al pari di Milton, Mill si preoccupa di trovare il modo per stabilire la verità. Però, al contrario del primo, egli giunge alla conclusione che esistono solo mezzeverità, per cui la dimostrazione della infondatezza di ciascuna può derivare solo dalla libera discussione e dallo scontro anche violento tra verità opposte: non è il conflitto a minacciare la libertà, bensì l'oscuramento di anche solo una di queste mezzeverità. La prospettiva milliana non è per nulla pessimistica: la consapevolezza dell'inesistenza di una verità assoluta porta infatti il filosofo a magnificare il sistema di democrazia rappresentativa, la sola forma di stato che, grazie proprio al confronto in certi casi anche aspro, non permette la sopraffazione dei singoli per la ragion di Stato. Se fosse vero il contrario, se si acconsentisse cioè al divieto pubblico di esprimere un'opinione, si commetterebbe, secondo Mill, un delitto contro l'intera umanità. Come egli stesso scriveva, «impedire l'espressione di un'opinione è un delitto particolare, in quanto significa derubare l'intera umanità, tanto i posteri quanto la generazione esistente, coloro che dissentono da essa ancor di più di coloro che la condividono. Se l'opinione è corretta, gli uomini vengono privati della possibilità di passare dall'errore alla verità; se l'opinione è sbagliata, essi perdono quello che può essere considerato un vantaggio quasi altrettanto grande, cioè la più chiara percezione e la più vivida impressione della verità prodotta dal suo contrasto con l'errore»⁹.

La difesa così strenua della libertà d'espressione da parte di Mill non lascia

⁶ *Ivi*, 62.

⁷ *Ivi*, 57.

⁸ J.S. MILL, *Sulla libertà*, (1854), trad. di G. MOLLICA, Milano, 2003, 43.

⁹ *Ivi*, pag. 73.

indifferenti i più grandi filosofi dei nostri tempi, tra tutti Karl Popper che nel suo *La società aperta e i suoi nemici* accoglie pienamente gli insegnamenti del filosofo inglese¹⁰. Discussione libera, pensiero critico, tirannia della maggioranza, rischio dell'unanimità sono, infatti, tutti concetti già esplorati da Mill e che diventano il fulcro delle riflessioni popperiane, nonostante Karl Popper individui un preciso elemento di chiusura all'accesso nell'arena del confronto, ovvero le idee intolleranti che, a parer suo, hanno come solo obiettivo la distruzione della democrazia come forma di stato, dando vita ai regimi totalitari¹¹.

Ma non sono solo i filosofi contemporanei ad aver subito il fascino delle argomentazioni di Milton e di Mill. Sono anche e soprattutto i giuristi del XX secolo ad aver fatto proprie le loro teorie, affermando la centralità della libertà d'espressione negli ordinamenti costituzionali¹². Essa è intesa come il carburante indispensabile del processo democratico perché assicura il libero accesso al dibattito pubblico e tutela gli individui dallo strabordante potere della maggioranza. Risulta allora evidente che l'ipotesi di una sua restrizione, financo per i casi in cui si manifesti odio, sia stata fino ad un recente passato fermamente osteggiata dalla maggioranza degli studiosi, non a caso statunitensi.

Come si dirà, in particolare negli Stati Uniti, ordinamento che si fonda su una visione dicotomica Individuo-Stato, la libertà d'espressione rappresenta, tra tutte, quella che più incarna il principio liberale del diritto all'autodeterminazione della persona rispetto al potere pubblico. Conseguentemente, qualunque intervento dello Stato attraverso azioni positive a protezione del singolo, soprattutto se minacciato dall'esercizio di diritti fondamentali da parte di altri singoli, verrebbe additato dalla collettività come eccessivamente paternalistico e in contraddizione con la visione liberale della Costituzione.

Cionondimeno, anche negli ordinamenti continentali gran parte della comunità scientifica ha espresso simpatie verso le teorie sviluppatesi oltreoceano, avallando la punibilità dei discorsi d'odio solo per motivi di ordine pubblico mate-

¹⁰ Cfr. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici, Platone totalitario*, vol. 1, (1943), D. ANTSEI (a cura di), trad. it. di R. PAVETTO, seconda ed., Roma, 2003.

¹¹ Il pensiero di Popper non si discosta da quello di coloro che teorizzano la necessità di proteggere la democrazia. Infatti, attraverso l'esclusione degli intolleranti, Popper ritiene di poter offrire una garanzia concreta alla stabilità dei regimi democratici, che potrebbero essere distrutti solo a causa della presa del potere degli intolleranti. Usando le sue parole: «La tolleranza illimitata porta alla scomparsa della tolleranza. Se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro gli attacchi degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi. [...] Se la democrazia è distrutta, tutti i diritti sono distrutti; anche se fossero mantenuti certi vantaggi economici goduti dai governati, essi lo sarebbero solo sulla base della rassegnazione». *Ivi, passim*.

¹² C'è chi fa notare che la tesi di Mill sulla libertà d'espressione come essenziale per la ricerca della verità sia stata al centro del dibattito teorico-giuridico, mentre è stata del tutto ignorata nelle argomentazioni giudiziarie, sottolineando la necessità di recuperarla. Si v. P. WRAGG, *Mill's Dead Dogma: The Value of Truth to Free Speech Jurisprudence*, in «Public Law», n. 2 del 2013, 363 ss.

riale, come fanno verosimilmente le dottrine della Corte Suprema del *clear and present danger* e delle *fighting words*. Eppure, tutte queste teorie non sempre sono state sposate appieno, essendo gli interpreti costretti a muoversi entro i confini stabiliti da leggi specifiche, assenti invece negli Stati Uniti, e da un approccio costituzionale *dignity oriented*.

I presupposti filosofici appena descritti hanno dunque dato la spinta all'elaborazione di importanti teorie giuridiche che fondano l'illegittimità della scelta di punire penalmente i discorsi d'odio razziale. Esse saranno oggetto di approfondimento nei prossimi paragrafi e possono essere così classificate: teoria del *marketplaces of ideas*, teoria della democrazia *self-government* e teoria partecipativa del discorso pubblico. Però, le premesse filosofiche di cui si è detto non avrebbero certamente prodotto questi risultati di teoria giuridica se i loro principi non avessero trovato riscontri nell'esperienza dei fatti. Sono stati gli eventi storici ad aver dimostrato come la manifestazione del pensiero sia e debba essere una delle principali armi per arginare il potere. È opportuno allora analizzare dapprima anche tale premessa, per poi concentrarsi sulle teorie giuridiche.

1.2. (segue) *I presupposti storico giuridici*

«In Gran Bretagna il titolo di Re è ereditario e perciò egli non sbaglia mai. I funzionari pubblici lo rappresentano e godono in parte della sua inviolabilità. Ma in America gli ufficiali di governo sono servi del popolo, devono essere disponibili nei suoi confronti e possono essere sostituiti grazie ad elezioni periodiche». Si esprimeva così nel 1799 John Nicholas, rappresentante repubblicano della Virginia, intervenendo al Congresso a favore dell'abrogazione del *Sedition Act*¹³. Egli si opponeva ai federalisti con un'argomentazione che già metteva in luce i tratti tipici di quella che sarebbe stata l'interpretazione data al Primo emendamento della Costituzione americana: in estrema sintesi, la libertà di parola come limite al potere pubblico.

Approvato nel 1798, il *Sedition Act* è forse il primo esempio di legislazione degli ordinamenti democratici che apre le porte alla punibilità dei reati d'opinione¹⁴. Con esso s'introduceva il reato di diffamazione, punito con una pena detentiva fino a un massimo di due anni e il pagamento di un'ammenda di duemila dollari per la pubblicazione di scritti falsi, scandalosi e calunniosi ai danni del Governo, del Congresso o del Presidente degli Stati Uniti, o per l'incitamento all'odio nei loro confronti. I federalisti, che l'avevano introdotta, giustificava-

¹³ Si racconterà in questo paragrafo la parabola del *Sedition Act* riprendendo le fasi fondamentali già descritte puntualmente da A. LEWIS, *Freedom for the thought that we hate*, New York, 2007, 11-20.

¹⁴ Certamente l'istituto della censura era ben conosciuto ed applicato dagli ordinamenti di altre epoche storiche. È solo però con l'avvento degli ordinamenti democratici moderni che si comincia a metterlo in discussione.

no tale legge come strumento fondamentale per evitare che anche negli *States* si potesse ripetere l'esperienza francese del "terrore giacobino". Ma apparve subito evidente che essa sarebbe diventata lo strumento legale nelle mani della maggioranza per imporre il proprio programma politico, silenziando e punendo tutte le voci dissidenti estranee al circuito parlamentare. Infatti, il *Sedition Act* dispiegò immediatamente i suoi effetti attraverso ben due condanne inflitte poco dopo la sua approvazione, dimostrando così quanto realistici fossero i rischi appena paventati.

La prima vittima fu Matthew Lyon, repubblicano del Vermont, autore di una lettera pubblicata su un giornale locale che accusava l'allora Presidente del suddetto Stato di essere «accanitamente legato al potere, di avere uno smisurato attaccamento agli sfarzi ridicoli, una folle adorazione ed egoistica avidità»; la seconda condanna fu inflitta ai danni di James Callender, il quale aveva pubblicato un libro che metteva in luce i pregi del candidato alla presidenza Jefferson e i difetti del Presidente in carica Adams, etichettandolo come «un incendiario dalla testa bianca».

Entrambi i casi suscitavano larga eco tra l'opinione pubblica, scatenando diverse proteste e a cui fece seguito un vivace dibattito che in un primo tempo, tuttavia, interessò solamente il mondo politico, lasciando indifferente quello giuridico. Oltre a Nicholas, il quale puntualmente avvertì come qualunque tagliente e acuto discorso politico poteva con facilità essere qualificato come falso, tendenzioso e diffamatorio, anche James Madison si schierò a favore della libertà di parola e di stampa, considerata il vero contropotere del sistema politico democratico. Nel celebre discorso tenuto per opporsi al *Sedition Act* del 1798 durante l'approvazione della Risoluzione della Virginia, Madison elabora quella che potrebbe essere considerata la premessa del sistema politico americano: l'esistenza di «un diritto a giudicare liberamente i personaggi pubblici e le misure da loro adottate», in quanto «sono le persone, e non i governi, che possiedono la sovranità». Ed è la libertà di stampa che consente al popolo di poter sondare i meriti degli uomini pubblici e di ogni loro affermazione, tale per cui essa «non può essere confinata entro i ristretti limiti della *Common Law*».

Tuttavia, la convenienza politica del *Sedition Act*, capace di arginare le critiche feroci alle decisioni di personaggi pubblici, ha legittimato la sua vigenza per lungo tempo¹⁵, così come l'introduzione di alcune leggi successive tutte orientate alla limitazione della libertà d'espressione. Si pensi alle due leggi adottate sotto la presidenza Wilson, rispettivamente sullo spionaggio del 1917 e sulla sedizione per combattere le opinioni socialiste, anti-britanniche, pro-Irlanda, pro-Germania o contro la guerra del 1918; così come ai provvedimenti adottati negli anni cinquanta per attuare la politica repressiva maccartista. Eppure il discorso di

¹⁵ La Corte Suprema dichiarerà incostituzionale il *Seditious libel* solo nel 1964 con la sentenza *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 275.

Madison aveva tracciato un solco profondo a livello teorico giuridico, mostrando i primi frutti agli inizi del novecento, quando il giudice della Corte Suprema Holmes gettò il seme della dottrina del *clear and present danger*, considerata, come si dirà meglio nel successivo capitolo, una dei punti fermi della giurisprudenza americana per valutare la “tollerabilità costituzionale” dell’*hate speech*¹⁶.

Dunque, come si diceva, sussistono due importanti premesse di cui tener conto quando si considerano i discorsi d’odio: libertà d’espressione come essenziale per la ricerca della verità e libertà d’espressione come essenziale per la limitazione del potere. A ciò va aggiunto il fatto che essa è considerata anche la quintessenza dell’autodeterminazione, ovvero l’affermazione dell’individuo rispetto allo Stato. Tutti questi ingredienti condurranno all’individuazione di precise teorie americane a cui attingerà in notevole misura la Corte Suprema per consentire la diffusione anche di opinioni razziste.

1.3. *La teoria del marketplace of ideas*

«[...] *When men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment ... While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country*»¹⁷.

Scritto dal Giudice Holmes nella *dissenting opinion* del celebre caso *Abrams*, è questo il passo che sintetizza la dottrina del *marketplace of ideas*, la quale s’ispira apertamente alla teoria economica della concorrenza perfetta. Così come è benefico aprire il mercato al maggior numero possibile di operatori economici al fine di ottenere sia la massima soddisfazione per i consumatori sia la massima efficienza per i produttori, così è altrettanto benefico nel campo delle idee: la verità può emergere soltanto attraverso la libera competizione delle opinioni in un’arena il cui accesso è consentito a chiunque voglia esprimersi.

Nella formulazione di tale teoria si notano evidenti influenze del modello economico tipico della tradizione liberale, su cui l’ordinamento americano è sorto.

¹⁶ V. l’opinione dissidente di Holmes in *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Più in generale, per una puntuale rassegna delle sentenze della Corte Suprema in cui spiccano le opinioni del Giudice Holmes si v. A. LEWIS, *Freedom for the thought that we hate*, cit., 23-38.

¹⁷ *Abrams v. United States*, 250 U.S., 1919 (J. Holmes dissenting).

La teoria del *laissez faire*, la cui caratteristica principale è la presenza minima dello Stato nella regolazione del mercato economico, ha condizionato anche il contesto socio culturale, convincendo dell'opportunità di rendere concorrenziale persino il mercato delle idee. Questo sarebbe l'unico modello in grado di garantire la *self-governance*, perché privilegia l'autodeterminazione del singolo che può godere appieno delle singole libertà individuali. Pertanto, un'opinione, qualunque natura abbia, anche la più aberrante, deve poter essere manifestata perché ingrediente essenziale per la realizzazione della personalità di chi la esprime¹⁸.

Inoltre, l'interferenza pubblica in tale libero mercato verrebbe considerata anche come una mossa ripugnante, in quanto verrebbero imposte giuridicamente delle regole morali, o come meglio le definisce Robert Post, delle norme di comunità che uno Stato liberale non ha il potere d'introdurre: «non è tanto un problema avere una comunità con una morale comune. È invece problematico definire il tipo di comunità e il tipo di moralità condivisa. Ciò suggerisce che, ogniqualvolta il diritto sceglie di far rispettare norme culturali, come ad esempio applicando le norme che distinguono le espressioni di odio dal normale disaccordo, la legge impone egemonicamente una particolare visione delle norme sociali. [...] Il diritto in realtà sta facendo rispettare i costumi del gruppo dominante che controlla il contenuto stabilito dalla legge»¹⁹. Bisogna lasciare che le idee competano liberamente tra loro, così come competono liberamente tra loro gli operatori economici in regime di concorrenza. Lo Stato si deve ritagliare solo il compito marginale di tenere aperto il mercato per permettere le sue naturali fluttuazioni.

Tuttavia, affinché la teoria del mercato delle idee possa raggiungere l'obiettivo della ricerca della verità è necessario che si condividano pratiche sociali fondamentali: capacità d'ascolto, mutuo riconoscimento, aspirazione all'obiettività, rispetto di norme civili. Tutti aspetti che nel caso dell'*hate speech* vengono

¹⁸ Il più convinto sostenitore di una concezione assoluta del diritto d'espressione, quale realizzazione della propria autonomia, è stato il giudice Hugo Black, redattore di note *dissenting opinions* in cui esplicita questa sua estrema posizione. V. ad esempio *Konigsberg v. State Bar*, 366 U.S. 36, 56 (1961); *Beaubarnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). Tra gli accademici, cfr. per tutti E. BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford, 1989. L'A. difende l'interpretazione del Primo emendamento più come tutela del principio di autonomia individuale che come ingrediente essenziale per costruire un mercato aperto delle idee; ID., *Harm, Liberty and free speech*, in «70 Southern California L. Rev.», 1997, 70 ss.; ID., *Autonomy and Hate speech*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, 139 ss. Cfr. anche R. DWORIN, *I diritti presi sul serio* (1977), ed. it. N. MUFFATTO (a cura di), Bologna, 2010, *passim*.

¹⁹ R. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etiche*, Roma, 2011, 97 ss., 107. A conclusioni più o meno simili giunge anche Martin Shapiro che, discutendo del ruolo della Corte Suprema nella tutela dei diritti, avverte come essa, catalizzatore di istanze altrimenti non considerate dai gruppi sociali forti, possa contare sulla libertà d'espressione, la quale «leaves room for the vast divergence of values that our pluralistic culture generates, allowing important groups to persuade and less important ones to ventilate, and it demands consensus only on the single principle of tolerance». Cfr. M. SHAPIRO, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, New Orleans, 2011, 34-39.

puntualmente ignorati. È per questo che i critici di tale teoria hanno trovato terreno fertile per metterne in luce i punti deboli. Ad esempio, come si dirà, gli esponenti della *Critical Race Theory* attaccano la teoria del *marketplace of ideas* in quanto le minoranze vessate non possiedono le stesse armi dei gruppi dominanti per accedere all'arena pubblica.

Eppure, non si possono sottovalutare alcune conseguenze positive derivanti dallo scorrere libero delle idee d'odio. Sempre Robert Post sostiene che, se ripetutamente proferite, le espressioni discriminatorie potrebbero operare da silenziatore, almeno nel lungo periodo²⁰. Inoltre, sono proprio i gruppi minoritari a poter beneficiare dell'apertura del mercato delle idee senza restrizione: poiché, generalmente, questi sono i più inclini ad utilizzare un linguaggio poco forbito a causa d'un più povero livello culturale, ciò non costituirebbe un problema di accesso a tale mercato, potendosi focalizzare sul contenuto del messaggio espresso, piuttosto che sulla sua forma espositiva²¹.

C'è poi un'altra prospettiva di cui tener conto. In molti considerano il razzismo come la naturale propensione umana a classificare la popolazione a seconda di specifiche caratteristiche fisiche e/o identitarie, positive o negative che siano²². Nei contesti in cui il fenomeno razzista si mostra saldamente radicato apparirebbe assurdo pretendere di combatterlo con la proibizione dall'alto della manifestazione di pensieri d'odio. Silenziando tali discorsi si otterrebbe l'effetto contrario di alimentare ancora di più l'astio nei confronti di chi non viene riconosciuto come un proprio simile. Dunque, meglio lasciar sfogare gli animi nel *marketplace* delle idee, piuttosto che correre il rischio di sedimentare sentimenti di odio che sfocerrebbero in concreti atti violenti²³.

1.4. *La teoria del democratic self-government*

Il principale limite che sconta la teoria del *marketplace of ideas* è quello di collocare qualunque tipo di *speech* sotto il cappello del Primo emendamento, ad

²⁰ R. POST, *Racist speech, democracy, and the First Amendment*, in «32 William and Mary Law Rev.», 1990, 318 ss. Sempre a tal riguardo una tesi suggestiva è proposta da Randall Kennedy, il quale sottolinea come l'estenuante ripetizione di parole razziste facciano perdere il senso dispregiativo originario per diventare, attraverso il loro utilizzo, addirittura un punto di forza per i gruppi additati. V. R. KENNEDY, *Nigger: The strange career of a troublesome word*, New York, 2002, 89-104.

²¹ K.L. KARST, *Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups*, in «95 University of Illinois Law Rev.», 1990, 95 ss.

²² Risultano particolarmente interessanti gli studi di Gordon Allport, il quale dimostra come il razzismo sia un fenomeno che trova le sue origini nel tribalismo. Cfr. G. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, 25sima ed., Boston, 1979.

²³ D.M. DORSETT, *Hate speech debate and free expression*, in «5 Southern California Interdisciplinary Law Journal», 1997, 259 ss.

eccezione dei discorsi che non perseguono lo scopo della ricerca della verità. Tra questi, studiosi e giudici concordano nel ritenere che le espressioni evidentemente false non vadano protette, così come non vanno protette tutte quelle informazioni diramate in contesti professionali in cui la disinformazione può produrre effetti dannosi a chi li riceve. Ad esempio nei rapporti medico-paziente, avvocato-cliente e così via. Nondimeno, su questa falsariga, vanno annoverati i cosiddetti *commercial speeches*, con cui i consumatori possono essere fuorviati e quindi tratti in inganno sul consumo dei prodotti pubblicizzati²⁴.

Ma, a parte queste precise categorie, è particolarmente gravoso il compito di stabilire quali pensieri non siano utili alla ricerca della verità. Ciò risulta ancora più evidente per i casi di *hate speech*, i quali si manifestano il più delle volte attraverso meri insulti che, almeno all'apparenza, non aggiungono alcun valore alla discussione. Per questo, l'applicazione concreta della teoria del *marketplace of ideas* ha mostrato oscillazioni evidenti rispetto alla sua formulazione originaria, complice anche la ritrosia dei giudici a domandarsi se anche il parametro costituzionale legittimi la restrizione di discorsi che certamente non rispettano i codici sociali di condotta²⁵.

Invece, in base alla teoria della *democratic self-government*, il limite del rispetto reciproco delle regole di convivenza sociale è cedevole in vista del diverso obiettivo che si pone. A differenza della teoria del *marketplace of ideas*, che copre qualunque discorso perché ciascun individuo è portatore di una verità propria che va confrontata con quella degli altri, la teoria in oggetto giustifica la massima protezione della libertà di pensiero limitatamente alle opinioni ritenute utili a stimolare il dibattito pubblico. È, dunque, il carattere politico delle espressioni ad essere rilevante, in quanto il loro libero fluire è fondamentale per tenere desto il processo democratico.

La Corte Suprema statunitense sintetizza efficacemente il senso di questa teoria nella sentenza *Thornhill v. Alabama*, in cui si afferma che «se la libertà di pensiero è essenziale al mantenimento delle istituzioni democratiche, conseguentemente deve essere assicurata la libertà di poter discutere apertamente di qualunque questione concernente argomenti di pubblico interesse»²⁶.

La teoria del *democratic self-government* abbraccia due concezioni della liber-

²⁴ Cfr. *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. (1995).

²⁵ La teoria del *marketplace of ideas* trova applicazione attraverso il cosiddetto *Spence test*, elaborato nella sentenza *Spence v. Washington*, 418 U.S. (1974). In base a questo test si dovrebbe riuscire a stabilire quali comunicazioni hanno le potenzialità di far comprendere meglio il mondo in cui viviamo, perseguendo il fine della ricerca della verità. È evidente che si tratta di una dottrina dai criteri troppo vaghi, perciò i giudici ne hanno fatto un uso abbastanza soggettivo ritenendo alcuni discorsi non meritevoli di scrutinio di costituzionalità, in quanto meramente offensivi e non utili alla ricerca della verità. Sul punto si v. R. POST, *Recuperating First Amendment Doctrine*, in «47 Stan. L. Rev.», 1995, 1249 ss.

²⁶ Caso *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. (1940), traduzione nostra.

tà d'espressione, conciliando sia la prospettiva liberale, sia la prospettiva democratico sociale grazie all'assunto in base al quale chiunque può concorrere alla cosa pubblica. La conseguenza è che da un lato viene valorizzato il diritto all'autodeterminazione, antepo- nendo il singolo allo Stato; dall'altro lato viene valorizzato il diritto ad essere informati, più che quello d'informare.

Il pensiero di Alexander Meiklejohn compendia bene questo aspetto nel momento in cui egli afferma che la democrazia è un processo che si sostanzia nel prendere la decisione più saggia, in particolare durante il momento elettorale. Perciò, il Primo emendamento è concepito per proteggere i processi comunicativi necessari a diffondere informazioni e idee che aiutino i cittadini a esprimere il proprio voto nella maniera più informata e intelligente possibile. Ciò che rileva non è il diritto di tutti di poter parlare, bensì l'esigenza che tutto quello che vale la pena dire sia detto, in quanto il punto d'interesse è la mente di chi ascolta, non tanto quella di chi si esprime²⁷.

Secondo questa impostazione, la libertà di pensiero può essere ristretta soltanto qualora produca effetti distorsivi nella sfera privata, mentre rimane assoluta in qualunque caso si possa rintracciare una qualche utilità generale. In tal caso, concependo la democrazia come una sorta di meeting tra tutti i consociati, lo Stato è immaginato come un moderatore che regola e seleziona i discorsi che perseguono un interesse pubblico.

Se queste sono le premesse su cui si fonda la teoria del *democratic self-government*, gli *hate speeches* sarebbero anch'essi coperti dal Primo emendamento al verificarsi di due condizioni: che il destinatario coincida con l'intera comunità; e che il pensiero d'odio venga espresso in termini generici ai danni di un gruppo e non a danno di singoli e individuabili soggetti di cui fa parte, altrimenti si ricadrebbe nei casi di diffamazione per lesione alla reputazione. In tutti questi casi il discorso, per quanto malvagio possa essere, diventa un mezzo di conoscenza delle dinamiche sociali e politiche. Fa parte del gioco democratico sapere che c'è chi professa convinzioni aberranti. Solo in questo modo si contribuisce alle scelte da compiere in campo istituzionale.

1.5. *La teoria partecipativa del discorso pubblico*

Affermare, tuttavia, che lo Stato si pone come moderatore che sceglie tra i discorsi rilevanti e irrilevanti, abusivi o non abusivi, di alto o basso profilo vuol dire ammettere un suo ruolo attivo invece che neutrale, nonostante il criterio guida sia l'inclusione nell'arena pubblica di tutto quanto sia utile per pervenire a scelte le più consapevoli possibili.

Quale sarebbe il parametro in base al quale si può ragionevolmente distin-

²⁷ A. MEIKLEJOHN, *Political freedom: the Constitutional powers of the People*, Oxford, 1965; ID., *Free speech and its relation to self-government*, New York, 1948.

guere tra cosa ha o non ha politicamente valore per la realizzazione del *self-government*? Tale forte elemento di ambiguità ha convinto i giudici a mostrare una certa ritrosia rispetto all'applicazione della dottrina in questione, preferendo giustificare il godimento della libertà d'espressione anche per i casi di *hate speech* attraverso la teoria del discorso pubblico.

Elaborata da Robert Post, la teoria del discorso pubblico si differenzia da quella del *self-government* soprattutto per la diversa concezione della realizzazione della democrazia: un processo di partecipazione attraverso cui i singoli s'identificano o si oppongono al proprio governo per la prima²⁸; l'autogoverno dei singoli attraverso lo Stato per la seconda. Dato il comportamento attivo di ognuno, da considerarsi la guida che orienta i governi nelle decisioni, Post preferisce attribuire alla teoria il nome di teoria partecipativa, piuttosto che di teoria del discorso pubblico.

Dunque, i processi comunicativi risultano cruciali per la formazione di quell'opinione pubblica rispetto a cui lo Stato occupa una posizione subordinata nel compimento delle sue scelte. È lo Stato a essere al servizio della comunità, la quale utilizza i processi di comunicazione, di "discorso pubblico" appunto, sui quali non devono gravare norme di regolamentazione. Se accadesse il contrario, ovvero se vi fosse un intervento statale, la legittimazione democratica verrebbe inficiata in due modi: si potrebbero escludere particolari categorie di cittadini dalla partecipazione alla cosa pubblica; si correrebbe il rischio di dare la priorità a certi determinati principi per costruire una precisa identità collettiva. Infatti, con la teoria del discorso pubblico si parte dal presupposto che la valorizzazione dell'autonomia individuale dei cittadini giovi alla costruzione dell'identità sociale, che è controversa in natura. È l'arena pubblica il luogo ideale dove è bene confrontarsi politicamente per arrivare a caratterizzare tale identità, sempre che lo si possa fare. Perciò, la teoria partecipativa del discorso pubblico guarda con sospetto alla possibilità di limitare la libertà d'espressione. Solo se, come fa la teoria della *democratic self-government*, si avesse a priori un'idea precisa di quale sia l'identità nazionale si potrebbe distinguere tra i discorsi rilevanti e i discorsi irrilevanti; se, invece, si accettasse in premessa che non esiste una identità già formata, allora il Primo emendamento non potrebbe subire deroghe in alcun caso.

Consequentemente, in virtù della teoria formulata da Post, la disposizione costituzionale è intesa come garanzia per i singoli di partecipare alla formazione della pubblica opinione, contrariamente a quanto formulato da Meiklejohnian, che vede il Primo emendamento come lo scudo contro i tentativi di censurare pensieri utili non tanto alla costruzione di un'identità collettiva, bensì al processo decisionale.

²⁸ Cfr. R. POST, *The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, in «1033 Harv. L. Rev.», 1990, 603 ss.; ID., *Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence*, in «95 Mich. L. Rev.», 1997, 1517 ss.; ID., *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in «88 Cal. L. Rev.», 2000, 2353 ss.

In sintesi, con la teoria del *democratic self-government* si proteggono i discorsi che non sono incompatibili con l'idea di una società ben ordinata; con la teoria del discorso pubblico invece si parte dall'assunto che la società non è ordinata, ma a fare ordine è l'accoglimento di qualunque discorso.

In base alla teoria partecipativa, l'*hate speech* sarebbe quindi coperto dal cappello del Primo emendamento perché anch'esso rappresenta un utile strumento per la costruzione della legittimazione democratica. La sua esclusione dal dibattito pubblico comporterebbe il rischio di attribuire una funzione pedagogica allo Stato, di educatore sociale che redarguirebbe i cittadini come farebbe un insegnante coi propri studenti. Tutti, nella visione della teoria partecipativa, sono invece portatori di idee che andrebbero ascoltate in ottemperanza al principio d'eguaglianza degli individui. La negazione dell'esistenza di una posizione paritaria tra le persone e la conseguente ricaduta sullo Stato delle scelte di cosa giovi al dibattito, farebbe agire quest'ultimo in maniera antidemocratica. Il potere pubblico è chiamato a favorire l'eguaglianza tra gli individui e non l'eguaglianza tra le idee.

Sintetizzando le tre teorie appena esposte, Robert Post formula una sorta di classifica tra esse per affermare che, anche se tutte valide, risultano essere più o meno pertinenti a seconda del contesto: quella del *marketplace of ideas* risulta più consona agli *speeches* degli accademici; quella del *democratic self-government* è più consona a stabilire la partecipazione degli *speakers* nei programmi televisivi o radiofonici, per garantire una più corretta informazione; quella del discorso pubblico è più consona ad assicurare la partecipazione democratica attraverso affermazioni che assumono qualunque valenza politica²⁹.

SEZIONE II – PERCHÉ PUNIRE I DISCORSI D'ODIO

2.1. *La dignità sociale nell'accezione di Jeremy Waldron: un primo limite logico all'americana*

Il dibattito odierno sulla effettiva portata della libertà d'espressione si sviluppa tuttavia attraverso teorie opposte rispetto a quelle analizzate³⁰. Infatti, se queste si fondano su una concezione classica del diritto alla manifestazione del pen-

²⁹ L'unico limite che Post ammette in questo ultimo caso è quello del *clear and present danger*, di cui si dirà ampiamente nel secondo capitolo.

³⁰ Tra chi mette in discussione i tradizionali principi legati alla dottrina del Primo emendamento della Costituzione statunitense C. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of Free Speech*, New York, 1993; C. MACKINNON, *Only words*, Cambridge-Massachusetts, 1993; R. DELGADO e J. STEFANCIC, *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York, 1997; C. DEMASKE, *Modern power and the First amendment: Reassessing Hate Speech*, in «9 Comm, L. & Pol'y», 2004, 273 ss.

siero come vessillo della protezione di ogni individuo dall'abuso dei poteri pubblici, oggi in molti intravedono in questa libertà un aspetto pericoloso, in quanto rappresenterebbe lo strumento per emarginare gruppi sociali deboli.

Il sospetto è che questa libertà, apparentemente passiva, riveli il suo lato oppressivo che non ha nulla a che vedere con le caratteristiche che ad essa sono tradizionalmente attribuite, in particolare quella di dar spazio alle voci contro-maggioritarie. Secondo alcuni studiosi, per lo più statunitensi, si pone l'esigenza di avviare una rinnovata riflessione sul rapporto libertà di parola/potere.

Nella società contemporanea il diritto di esprimersi va assicurato per promuovere l'eguaglianza non solo tra i singoli individui, ma anche tra interi gruppi. I discorsi d'odio andrebbero proibiti per incoraggiare i gruppi minacciati a superare le paure e a rivendicare il diritto di dissentire. La celebre massima *the answer to speech is more speech*, propria dei teorici del *marketplaces of ideas*, rimane valida nella misura in cui gli interlocutori si riconoscono come pari, ma in un contesto in cui emergono differenze tra gruppi forti e gruppi deboli, ai membri di quest'ultimi risulterà difficile potersi difendere attraverso la parola: i gruppi forti saranno sempre dominanti.

Chi propende per questa impostazione si trova, però, dinnanzi al consueto ostacolo giuridico che riguarda la libertà d'opinione, cioè di individuare la linea di demarcazione tra ciò che è lecito e ciò che non lo è. Partendo dal presupposto che non potrebbe essere vietato qualsiasi discorso denigratorio, altrimenti si spalancherebbe la strada a una censura illimitata da parte dei governi, si è tentato di sciogliere il nodo in diversi modi.

Una tesi suggestiva è stata proposta da Jeremy Waldron, uno degli studiosi statunitensi più favorevoli all'introduzione di leggi che puniscono l'*hate speech* e che ha fatto del tema uno dei suoi principali argomenti di studio.

Nel suo ultimo importante contributo, *The Harm in Hate Speech*³¹, egli riprende una tesi che aveva invero già avanzato in precedenti occasioni³², sviluppandola prevalentemente secondo lo schema di un dialogo a distanza coi maggiori oppositori alla restrizione dei discorsi d'odio. Waldron interloquisce infatti con Anthony Lewis, Edwin Baker, Ronald Dworkin e Robert Post³³, riprendendo puntualmente le loro argomentazioni per poi criticarle nei punti a suo avviso più deboli.

La tesi di Waldron si snoda lungo due direttrici, che a un certo punto s'intersecano inevitabilmente: seguendo la prima, egli risponde in modo positivo ad una domanda di fondo, ovvero se la legislazione possa intervenire per plasmare una

³¹J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, 2012.

³²V. in particolare le lezioni tenute all'Harvard Law School tra il 5 e il 7 ottobre del 2009, consultabili alla pagina http://www.law.nyu.edu/news/WALDRON_HOLMES_LECTURES.

³³V. *supra*, I sez., dove i diversi autori sono citati in nota a complemento e sostegno delle tre teorie riassunte a favore della diffusione dei discorsi d'odio.

società e renderla *well ordered*; attraverso la seconda, invece, egli arriva a sostenere che lo strumento legislativo si rende indispensabile per proteggere la dignità di coloro che non vengono riconosciuti nella comunità. In estrema sintesi, Waldron sostiene che uno Stato di diritto ha l'obbligo di proteggere la dignità di chiunque al fine di costruire una società giusta – intendendo la dignità come condizione per garantire a tutti un eguale *status* sociale. La via obbligata è dunque prevedere leggi che sanzionino l'*hate speech*, necessarie alla creazione di condizioni ottimali per vivere in una società giusta e per offrire, al contempo, la possibilità a ciascuno di essere riconosciuto socialmente nella stessa posizione rispetto agli altri.

Come è noto, dignità e costruzione di una società *well ordered* sono due concetti che nel campo della filosofia del diritto sono stati opportunamente indagati rispettivamente da Kant e da Rawls. Tuttavia, Waldron propone alcuni chiarimenti dei loro assunti di base utili per comprendere la categoria dell'*hate speech*.

Partiamo dal concetto di *well ordered society*. Come è noto, in *Liberalismo politico*³⁴, Rawls, si pone una domanda fondamentale, ovvero «come sia possibile che permanga nel tempo una società giusta e stabile di cittadini liberi ed uguali, i quali rimangono profondamente divisi da dottrine religiose, filosofiche e morali ragionevoli?»³⁵. Invero, questa domanda scaturisce dalla combinazione di ulteriori due domande fondamentali, la prima sulla giustizia politica in una società democratica e la seconda sulla tolleranza. Egli stesso le formula in questo modo: 1. «Qual è la concezione della giustizia più adatta a specificare gli equi termini di una cooperazione sociale, da una generazione all'altra, fra cittadini considerati liberi, uguali, e membri pienamente cooperativi della società per tutta la vita?»; 2. «Posto che la cultura politica di una società è la risultante di inevitabili e molteplici dottrine religiose, filosofiche e morali opposte e inconciliabili – alcune di esse del tutto ragionevoli – quali sono le basi della tolleranza?».

Alla radice di una probabile risposta a tali interrogativi vi è, secondo Rawls, il concetto di “cooperazione” tra i membri della società. È la cooperazione – egli afferma – la condizione indispensabile affinché la giustizia sia equa, cioè condivisa dai cittadini attraverso un accordo politico ragionato e volontario, che per ciò stesso è svincolato da dottrine filosofiche e religiose contrastanti. In una parola, la giustizia come equità è tollerante, è quella che trova un consenso «per intersezione di dottrine religiose, filosofiche e morali ragionevoli»; è quella dove ciascun membro sta in relazione con gli altri in condizione di parità e coopera con gli altri a patto che il canone della reciprocità venga rispettato.

³⁴ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, (1993), ed. it. S. VECA (a cura di), Torino, 2012, *passim*.

³⁵ *Ivi*, 23. Va sottolineato che Rawls intende la libertà di un cittadino da un punto di vista politico e non metafisico. È libero chi ha una stessa identità pubblica, o istituzionale, o anche un'identità in termini di legge fondamentale, a prescindere dalle diverse convinzioni religiose e dall'appartenenza a una determinata classe sociale.

Corollario imprescindibile di quest'idea di giustizia equa è l'idea della società ben ordinata, cioè quella società democratica che soddisfa la condizione necessaria (ma non sufficiente) di realismo e stabilità. Perché sia così si deve verificare che:

- i cittadini, che sostengono dottrine comprensive ragionevoli ma opposte, partecipino a un consenso per intersezione;
- le dottrine comprensive irragionevoli (che esistono sempre) non si diffondano al punto di minare l'essenziale giustizia della società.

Tutto ciò con la postilla che il consenso per intersezione non equivale al consenso che deve ottenersi nella politica parlamentare quotidiana, ma equivale al consenso sul modo di essere della giustizia, diremmo oggi di tipo costituzionale, ovvero una concezione politica autonoma ed essenziale che si adatta e fa da sostegno alle varie dottrine comprensive ragionevoli.

Dalla teoria rawlsiana Waldron evince l'impossibilità per l'*hate speech* di rientrare nella normale dialettica che comprende posizioni ragionevoli. Egli ritiene che, attraverso la legittimazione dei discorsi d'odio, ci si allontanerebbe sempre più da un modello ideale di società ben ordinata. Secondo Waldron è cruciale chiedersi come una società dovrebbe "apparire" oltre che "essere in concreto". Non è necessario che alla diffusione di idee cariche d'odio e razziste corrispondano atti discriminatori tangibili: il sol fatto di essere costretti a vivere in un contesto in cui le minoranze etniche «sono rappresentate nei manifesti come bestie o esseri subumani», oppure in cui «sono dipinti nei *social blog* come dei criminali, pervertiti o terroristi, che minacciano le persone per bene e per questo dovrebbero essere deportate e fatte scomparire»³⁶, rappresenta per Waldron un valido motivo per permettere alla legge di arginare tale fenomeno visivo, introducendo il reato di diffamazione di gruppo, meglio conosciuto come *group libel*. Una società con tali sembianze non è una società che ha le basi adeguate su cui costruire un contesto esemplare, ben ordinato. Una società anche solo in apparenza così ostile non farebbe sentire i propri cittadini pienamente parte del sistema, minando i fondamentali per l'ottenimento di una giustizia equa e contravvenendo ai principi rawlsiani.

Per Waldron non appare un ostacolo insormontabile il fatto che Rawls, in linea con l'ortodossia americana sul Primo emendamento, esprimesse disappunto nei confronti del reato di propaganda sediziosa (*sedition libel*)³⁷. Secondo Waldron, infatti, i postulati della sua stessa teoria – equità e giustizia³⁸ – avrebbero con-

³⁶ J. WALDRON, *The Harm in Hate speech*, cit., 5.

³⁷ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., 285.

³⁸ Più in particolare, Rawls sostiene che vadano rispettati due principi di giustizia per raggiungere un buon assetto delle istituzioni politiche di base: a. ogni persona ha uguale titolo a un sistema pienamente adeguato di uguali diritti e libertà fondamentali; l'attribuzione di questo sistema a

vinto Rawls a ritenere punibili i discorsi d'odio perché minacciano alla base l'equità della giustizia, impedendo ai membri della comunità di essere considerati eguali e impedendo loro di avere pari opportunità. In una società ideale non avrebbe senso pensare di punire simili discorsi. Il problema non si porrebbe nemmeno, in quanto non si presenterebbe mai il rischio di denigrare alcune categorie di persone. I cittadini di una società ben ordinata non avrebbero il desiderio o le motivazioni per esprimersi con odio. Una società che aspira ad essere ideale deve costringere le istituzioni a riflettere su come poter incoraggiare le buone pratiche, scoraggiando le cattive. Una società non diventa ben ordinata magicamente, per questo la legge dev'essere il veicolo per far mutare le convinzioni dei cittadini razzisti. È lo Stato che, con gli strumenti giuridici che gli sono consono, si deve attivare per "rassicurare" tutti e "assicurare" a tutti di poter vivere in un contesto accogliente.

Non vi può essere rassicurazione se al contempo non viene garantita la protezione della dignità. Veniamo quindi al secondo asse portante della teoria di Waldron. Come egli afferma espressamente, l'accezione di dignità usata si discosta da quella filosofica kantiana della *Würde*³⁹. Piuttosto, la dignità è intesa come l'imprescindibile segno dell'accettazione sociale di un singolo o di un intero gruppo, come base per essere riconosciuti socialmente eguali ed essere legittimati al godimento dei diritti costituzionalmente protetti al pari di tutti gli altri. La dignità è quindi legata allo *status* di membro della società e, pertanto, esige il riconoscimento e il trattamento che questo *status* richiede. Ai fini del suo ragionamento logico giuridico, la dignità umana è per Waldron non solo inerente ad ogni persona, nel senso filosofico, ma è soprattutto *status* sociale e giuridico e come tale dev'essere favorita e protetta sia dalla società sia dall'ordinamento giuridico.

Tali premesse permettono a Waldron non solo di giustificare l'intervento legislativo, ma anche di indicarne il tipo, ovvero, come accennato, di legittimare l'introduzione del reato di diffamazione di gruppo.

Egli sostiene che la previsione di normative *ad hoc* sia l'unico modo affinché i

una persona è compatibile con la sua attribuzione a tutti, ed esso deve garantire l'equi valore delle uguali libertà politiche, e solo di queste; b. le disuguaglianze sociali ed economiche devono soddisfare due condizioni: primo, essere associate a posizioni e cariche aperte a tutti, in condizione di equa uguaglianza delle opportunità; secondo, dare il massimo beneficio ai membri meno avvantaggiati della società. *Ivi*, 25.

³⁹Sintetizzando estremamente si ricorda che per Kant, in base alla legge morale, la dignità è un valore interiore assoluto che ciascun uomo possiede in quanto soggetto morale e che lo pone al di là di ogni valutazione, sottolineandone la particolare pretesa di essere un valore che non è un valore, ossia un valore che non è posto dall'atto di valutazione di un valutante, ma che precede e determina il suo stesso riconoscimento. Per Kant dunque la dignità è un valore intrinseco della persona umana, che ne fa un fine in sé, da trattare sempre come tale e mai come semplice mezzo. Cfr., tra gli altri, N. SANCHEZ MADRID, *Ragione, dignità e humanitas nel paradigma critico kantiano*, in M. RUSSO (a cura di), *Umanesimo. Storia, critica, attualità*, Firenze, 2015, 117 ss.

singoli si sentano costretti al rispetto di tutti gli altri membri della società: lo Stato è dunque corresponsabile insieme ai cittadini nella misura in cui deve rendere il rispetto per gli altri un obbligo in termini giuridici; un obbligo che altrimenti rimarrebbe relegato alla sfera della moralità e dunque alla libera scelta di ognuno. Che l'*hate speech* sia la risultante di un autonomo atto di volontà poco importa. Lo Stato deve adoperarsi qualora queste azioni siano rappresentate in pubblico con lo scopo di minacciare il bene comune che Waldron chiama *assurance*, cioè la garanzia che ogni cittadino conti come gli altri e venga trattato secondo giustizia⁴⁰. Del resto, continua Waldron, la legge, in particolare quella penale, assolve sia ad una funzione esplicativa, nel senso che espone una regola, sia ad una funzione coercitiva, che fa da deterrente affinché la regola sia rispettata.

Quanto al tipo di reato da introdurre – di diffamazione di gruppo – esso risulterebbe il più appropriato per una serie di ragioni legate a una constatazione di fatto: attraverso tale capo d'imputazione non si offrirebbe protezione al gruppo come entità giuridica autonoma per salvaguardare una comunità, una nazione, una cultura; il fine sarebbe bensì quello di difendere i singoli che vi appartengono per origini etniche, credo religioso, genere, oppure orientamento sessuale. È indubbio, infatti, che la stigmatizzazione del gruppo porti inevitabilmente alla stigmatizzazione di coloro che ne fanno parte, attribuendo loro le caratteristiche negative che sono ascritte ad un'intera classe di persone. Ribadire, ad esempio, che gli zingari sono ladri conduce a considerare come tale qualsiasi Rom che s'incontra per strada. Risulta, allora, ad esempio spontaneo controllare di avere ancora con sé gli oggetti di valore, oppure richiedere lo sgombero dei campi dove i Rom alloggiano se situati vicino alle proprie case. Affermare che i musulmani sono dei terroristi potrebbe indurre gli assistenti di terra negli aeroporti ad approfondire i controlli all'imbarco ai loro danni, e così via. Gli esempi sono svariati e potrebbero moltiplicarsi.

In definitiva, siccome il reato di diffamazione si pone come obiettivo quello di assicurare il "giusto" riconoscimento sociale al singolo, esso verrebbe applicato ogniquale volta sussista una relazione biunivoca tra l'offesa al gruppo e l'offesa al singolo.

Più specificamente, secondo Waldron, tale associazione può essere di tre tipi: fattuale – ad es. sostenendo che il possesso d'armi, di marijuana è tipico dei neri, che i musulmani sono terroristi; d'opinione – ad es. la caratterizzazione di membri di minoranze come insetti o animali; comportamentali – tutto ciò che va oltre le opinioni e che si traduce in scelte autonome di privati – ad es. vietare l'ingresso ai neri, ecc.

Attraverso la diffamazione di gruppo non si intende proteggere il singolo da semplici offese, nonostante queste possano turbare o scioccare gli stati d'animo,

⁴⁰J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 4. L'autore scrive in particolare: «*Hate speech creates an environmental threat to social peace, a "sort of slow-acting poison, accumulating here and there, word by word, so that eventually it becomes harder and less natural for even the good-hearted members of the society to play their part in maintaining this public good*».

bensì da offese che hanno lo scopo d'instillare l'idea che un certo gruppo e i suoi appartenenti siano "diversi" in senso deteriore dal resto della società. Una diversità che, secondo Waldron, lede la dignità intesa come *social status*.

Il dito non viene puntato contro i discorsi che si limitano ad esprimere odio nei confronti di certe categorie di persone senza produrre conseguenze tangibili nell'ambiente circostante. In tal caso Waldron è perfettamente consapevole che lo strumento giuridico servirebbe a poco, in quanto sarebbe utopistico credere di avere il potere di far cambiare un'opinione attraverso un atto normativo. I discorsi d'odio che andrebbero puniti sono invece quelli che hanno il preciso intento di trasfigurare la realtà, convincendo la maggioranza dell'esistenza di soggetti a cui non vanno assicurati gli stessi diritti. Pertanto, l'*hate speech* che andrebbe vietato giuridicamente è quello che viene espresso attraverso forme di comunicazione che perdurano nel tempo e che producono l'effetto di creare disuguaglianze.

In sostanza, il discrimine tra l'opinione punibile e quella non punibile è la forma del messaggio, più che il suo contenuto. A ben vedere questo è il punto di vista adottato dal sistema sovranazionale europeo e dai maggiori ordinamenti del vecchio continente, a cui Waldron guarda con molto favore.

Sintetizzando: il legislatore si deve preoccupare di regolamentare l'*hate speech* perché ha il dovere di mantenere l'ordine pubblico inteso non solo in senso materiale, arginando la violenza con il legittimo uso della forza pubblica, ma anche secondo una prospettiva sociale, proteggendo la dignità e la reputazione dei cittadini contro gli attacchi dei gruppi maggioritari. Waldron sostiene che l'inclusione rappresenti una sorta di bene pubblico che l'ordinamento ha l'onere di promuovere e di preservare. Siccome chi proferisce discorsi d'odio collabora a fondare un bene pubblico in antitesi all'inclusione sociale, «come lupi che si richiamano l'un l'altro in una società pacifica e rispettabile», sarebbe dovere dello Stato contenere il fenomeno attraverso lo strumento giuridico.

Ciò che Waldron suggerisce è tutelare l'ordine pubblico sia materiale sia ideale, attraverso l'esclusione delle opinioni generate da sentimenti irrazionali e capaci di influenzare chi ascolta distorcendo la realtà dei fatti. Ciò non tanto punendo l'istigazione all'azione discriminatoria, bensì l'istigazione alla disuguaglianza.

2.2. *La Critical Race Theory: un secondo limite logico all'americana*

Un altro tentativo teorico compiuto per distinguere tra discorsi denigratori meritevoli di limitazione e no, si fonda su argomentazioni di carattere storico e di carattere psicologico sociale. Tra i più autorevoli autori che sposano questo approccio si possono citare Mari Matsuda, Richard Delgado e Alexander Tsesis, esponenti di spicco della *Critical Race Theory* (CRT)⁴¹. Così come ritiene Waldron, la pre-

⁴¹ Su una puntuale esplicazione della teoria v. R. DELGADO, J. STEFANCIC, *Critical Race Theory. An introduction*, New York, 2012. Tra gli studiosi italiani cfr. G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in «Pol. dir.», 2008, 307 ss.

visione di una disciplina contro l'*hate speech* comporterebbe non solo il divieto di proferire tali discorsi, ma addirittura la predisposizione di una serie di rimedi giuridici. In aggiunta a quello che prospetta Waldron circa la comminazione di sanzioni penali, gli accademici della *Critical Race Theory* sono convinti dell'opportunità di prevedere anche sanzioni di tipo civile, come ad esempio il risarcimento del danno per lesione alla personalità.

Consideriamo ora più da vicino le argomentazioni di ognuno di questi studiosi.

Secondo Mari Matsuda i discorsi punibili sono quelli che non superano il seguente test costituito di tre requisiti: 1) il messaggio è di tipo razzista; 2) il messaggio è diretto contro un gruppo storicamente oppresso; 3) il messaggio è persecutorio, odioso e denigratorio. Tali criteri avrebbero il pregio di indirizzare gli operatori giuridici a effettuare uno stretto scrutinio di costituzionalità per la limitazione dei discorsi d'odio, visto il significato abbastanza intuitivo a loro attribuibile: il messaggio è razzista se gli appartenenti ad un certo gruppo sono considerati di livello inferiore rispetto ad altri; tale condizione di inferiorità non deriva da un semplice pregiudizio, ma è frutto di un'idea ormai sedimentata nel tempo, che concepisce la società ordinata in senso verticale; l'inferiorità emerge non solo attraverso il compimento di azioni discriminatorie, ma anche attraverso un linguaggio d'odio che istiga a compierle.

Quello che non convince la Matsuda circa la tollerabilità dei discorsi d'odio è l'applicazione differenziata del Primo emendamento a seconda che ci si trovi in un contesto pubblico o, viceversa, in uno privato. In ambito privato nessuno si stupisce per le condanne inferte a chi procura una lesione all'onore o alla riservatezza, a tutela dei diritti della personalità; in ambito pubblico, invece, le Corti sembrano non tener conto dell'offesa alla personalità e ciò perché «il discorso razzista occorre così di frequente da essere visto come parte del gioco di una società conflittuale abituata a sgomitare»⁴². È come se si ritenesse che il discorso razzista, poiché è entrato nel linguaggio comune, non potrebbe costituire la causa di un probabile ritorno ad ordinamenti fondati sul concetto della primazia della razza. Ma, il fatto che il discorso razzista sia considerato ormai *sui generis* lascia del tutto ineso il problema dei danni subiti dalle persone prese di mira dalla manifestazione di queste idee. Pertanto – l'A. conclude – occorrono dei rimedi giuridici, sia di tipo penale sia di tipo civile, per limitare i discorsi che possono propagandare l'odio e che tendono a sottolineare la diversità tra gruppi per motivi razziali.

Chi elabora un vero e proprio schema di rimedi per danno da *hate speech* è Richard Delgado, il quale è convinto dell'opportunità di punire i discorsi proponendo argomenti di carattere psicologico sociale. Egli muove infatti dal presupposto che il pensiero razzista ha conseguenze irreparabili sui suoi destinatari, ren-

⁴² M. MATSUDA, *Public response of Racist Speech: considering the victim's story*, in «87 Mich. L. Rev.», 1989, 2320 ss., 2355. Traduzione nostra.

dendoli vittime di gravi pressioni psicologiche. Citando diversi studi sociologici sul razzismo, Delgado afferma come la diffusione di tali idee faccia aumentare il rischio di alcolismo e prostituzione⁴³. Non c'è teoria del *marketplace of ideas* che tenga se i soggetti "deboli", con scarsa stima e fiducia in sé stessi, non si sentono all'altezza di poter partecipare attivamente nell'arena delle idee popolata da contendenti feroci. Inoltre, anche chi appare meno impaurito dal contesto e, dunque, più propenso a difendere la propria causa con armi dialettiche e non giuridiche, può uscire difficilmente vincente dal confronto, in quanto l'intera comunità è influenzata da stereotipi ormai troppo sedimentati nella società. Chi sarebbe disposto ad ascoltare quelli che in migliaia di racconti, vignette e copioni teatrali e cinematografici vengono dipinti come buffoni, ladri, pigri, criminali, o disperati? Il risultato finale del confronto nel mercato delle idee non potrà che acuire la mancanza di credibilità di coloro che hanno il solo obiettivo di rivendicare la propria eguaglianza con gli altri gruppi⁴⁴. Dunque, l'*hate speech* minaccia i presupposti dell'idea d'eguaglianza, con la conseguenza che acconsentire alla sua diffusione risulti intrinsecamente antidemocratico e inegualitario.

Ma vi è di più. Le persone offese dagli insulti razzisti hanno il diritto di essere risarciti per i danni subiti. Alle solite obiezioni dei giuristi sull'impossibilità di approntare un sistema specifico di *tort law* per la manifestazione di pensieri a sfondo razziale, Delgado risponde proponendo soluzioni alternative. Egli avanza l'ipotesi di prevedere a livello legislativo delle precise denominazioni dei tipi di danno, in modo che i giudici possano agevolmente riconoscere la fattispecie di riferimento.

Una seconda obiezione che Delgado tenta di superare riguarda la difficoltà di stabilire una riduzione dell'ammontare del danno sulla base del principio di proporzionalità, ovvero capire in quali casi il danno subito non dipende esclusivamente dall'insulto del querelato, ma da situazioni più generali. In questo caso Delgado propone due soluzioni: assegnare alla persona denunciata soltanto una quota addizionale del danno qualora egli si sia limitato ad aggravare una situazione comunque già esistente; far rispondere il querelato solo per la quota parte di danno che in realtà è stato causato di concerto con altri ipotetici attori passati e presenti. Questa risposta parziale al risarcimento del danno risponderebbe a un criterio di equità, visto che l'insulto deriverebbe da una mentalità razzista che è stata fomentata a sua volta da altri nel corso del tempo.

L'ultimo motivo di perplessità circa la previsione di uno specifico sistema del risarcimento da danno razziale è relativa al rischio di presentazione di ricorsi fraudolenti, oltre che al probabile aumento di denunce. La risposta di Delgado è quella di congegnare un meccanismo di regole che scoraggi ricorsi poco significativi

⁴³ R. DELGADO, *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling*, in «17 Harv. Civil Rights L. Rev.», 1982, 133 ss.

⁴⁴ ID., *Four observation about Hate Speech*, in «44 Wake Forest L. Rev.», 2009, 353 ss.

e che accertino la malafede del querelante, ad esempio prevedendo il pagamento di una somma esosa a conclusione del processo, qualora questo si rivelasse pretestuoso⁴⁵.

L'altro esponente della CRT contrario alla legittimità dei discorsi d'odio è Alexander Tsesis, il quale ricorre a argomentazioni di carattere storico⁴⁶. I dati storici rappresenterebbero, infatti, il metro di misura per stabilire quando l'offesa a danno dei singoli derivi da un preconcetto che si è affermato nel tempo nei confronti del gruppo d'appartenenza⁴⁷. Espressioni razziste perpetrate negli anni e, per questo, diventate consuete nel linguaggio quotidiano, inducono a credere che certe caratteristiche negative siano proprie di alcune minoranze, producendo come risultato finale quello di marginalizzare e stigmatizzare i singoli membri.

Attraverso l'analisi di una serie di *case studies*, Tsesis si pone un intento esclusivamente preventivo: a suo modo di vedere, non sarebbe sufficiente punire soltanto quei discorsi che nell'immediato appaiono pericolosi perché sfocerebbero in sicuri atti di violenza: andrebbero puniti anche quelli che, in origine innocui, se perpetrati nel tempo influenzano la società in modo graduale, sedimentando preconcetti che autorizzerebbero lo Stato ad attuare misure discriminatorie. Come lo stesso Tsesis scrive: «diventa culturalmente accettabile prima diffamare, poi discriminare e infine perseguire le minoranze»⁴⁸.

Gli esempi proposti sono certamente calzanti. Vengono infatti presi in considerazione i gruppi che nel corso della storia hanno subito le più gravi vessazioni. Tra questi, oltre ovviamente agli ebrei, si annoverano gli afroamericani, i nativi americani e gli schiavi neri della Mauritania. Il destino di tutti questi gruppi ha un elemento in comune, ovvero l'aver subito maltrattamenti a causa di luoghi comuni che si sono metabolizzati in lunghissimi anni attraverso un cattivo uso del linguaggio. Per lungo tempo gli ebrei erano stati dipinti come l'incarnazione del diavolo, venendo etichettati come sporchi, inferiori, vermi usurai e ciò ha rappresentato il terreno fertile per l'affermazione della teoria della razza superiore di Hitler, con le conseguenze a tutti note del genocidio degli ebrei. Non dimeno, il linguaggio sprezzante rivolto nei confronti degli afroamericani – dei subumani, deboli per natura, mentalmente deficienti – ha contribuito all'istituzionalizzazione della schiavitù negli Stati Uniti. Così come la narrazione sui na-

⁴⁵ ID., *Words that wound*, cit., 165-172.

⁴⁶ A. TSESIS, *Destructive messages: How Hate Speech paves the way for Harmful Social Movements*, New York, 2002; ID., *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy*, in «44 Wake Forest Law Rev.», 2009, 497 ss.

⁴⁷ Anche Waldron ritiene di dover considerare l'ingiustizia subita storicamente come punto di partenza per realizzare la giustizia nel tempo presente. Cfr. J WALDRON, *Superseding Historic Injustice*, in «103 Ethics», 1992, 4 ss.

⁴⁸ A. TSESIS, *Destructive messages*, cit., 26. Traduzione nostra.

tivi americani, tratteggiati come dei selvaggi, dei primitivi, con lo stile di vita delle bestie, ha convinto i colonizzatori a scatenare guerre sante ai loro danni, legittimando così non solo l'occupazione delle terre, ma anche efferati genocidi.

Dalla ricerca empirica condotta, Tsesis afferma in conclusione che la libertà d'espressione non è mai neutrale, avendo il potere di instillare pregiudizi attraverso la comunicazione di idee all'apparenza innocue. E il motivo risiede non solo nel grande potere che esercitano i leader politici, i quali approfittano dei sentimenti di paura e degli impulsi dell'elettorato ma, prima ancora, nel forte ruolo persuasivo che giocano i media. Perciò, egli si mostra fortemente critico nei confronti della giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, la quale pone un'enfasi eccessiva sulla matrice individualistica della libertà d'espressione.

Attraverso un'analisi di diritto comparato, Tsesis ha l'occasione di sottolineare come la dottrina americana rappresenti ormai un'eccezione rispetto al panorama internazionale, accettando "macabre" opinioni contro minoranze indifese. Altri ordinamenti si pongono, invece, il problema di bilanciare severamente il diritto in questione con altri principi che verrebbero in rilievo e che vanno salvaguardati per non sacrificare i diritti di altri. In particolare il Canada⁴⁹ e la Germania⁵⁰, la cui giurisprudenza costituzionale appare essere perfettamente in linea con il contenuto delle carte internazionali dei diritti.

2.3. *Il "diritto al riconoscimento": un terzo limite logico all'americana*

Le due tesi appena descritte fanno entrambe perno sulla necessità di un intervento statale affinché tutti possano godere della stessa considerazione sociale. I discorsi d'odio razziale vanno puniti nella misura in cui producono effetti lesivi sulla personalità di ciascuno, evenienza tanto più probabile quanto più lo *speech* ha una natura pubblica. La sua capacità divulgativa potrebbe infatti avere l'esito di trasmettere il germe della diffidenza verso le vittime, financo negli ascoltatori passivi. Ciò produrrebbe la violazione di alcuni classici diritti della personalità, il cui riconoscimento si è fatto strada grazie a una lettura implicita dei limiti della libertà d'espressione, come la reputazione, l'onore e la riservatezza. Ma non solo: nei casi più estremi, si è visto, il bene minacciato sarebbe quello della dignità umana.

La violazione di questi diritti della personalità a causa dei discorsi d'odio dipende da un problema ancora precedente, legato al contesto sociale: le vittime non sono "riconosciute" come gli altri membri della collettività. Prima ancora che agire per creare condizioni d'eguaglianza, lo Stato dovrebbe mobilitarsi per assi-

⁴⁹ Sulla regolamentazione dell'*hate speech* in Canada, tra i tanti, cfr. K. MAHONEY, *Hate speech, Equality, and the State of Canadian Law*, in «44 Wake Forest Law Rev.», 2009, 321 ss.; S. STARK, *The expansion of Canadian Hate Speech Legislation*, in «10 L. & Bus. Rev. Am.», 2004, 807 ss.

⁵⁰ Per un approfondimento sui modelli adottati da Germania e Canada in tema di *hate speech*, cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 163-177, 347-380.

curare il “diritto al riconoscimento”; come riuscire altrimenti a convincere la comunità dei benefici dell'applicazione del principio d'eguaglianza se alcuni non vengono considerati da quella stessa comunità come eguali?

Sulla base di questa premessa si è affermato l'ulteriore limite logico all'*hate speech*, consistente proprio nel “diritto al riconoscimento”. Questo trova un fondamento filosofico, prima che giuridico. Infatti, nella filosofia politica è stato proposto di attenuare la tendenza al riduzionismo individualistico delle tesi liberali a favore del riconoscimento pubblico delle differenze e delle identità escluse. Ciò avrebbe il vantaggio di correggere gli effetti distorsivi della neutralità e dell'imparzialità, caratterizzanti il liberalismo, per evitare d'escludere alcune differenze a esclusivo beneficio di altre ritenute nella “norma”. In Italia è Anna Elisabetta Galeotti che in una serie di suoi scritti affina questo assunto, non certo per negare l'approccio liberale alla risoluzione dei problemi sorti nelle società multiculturali, ma piuttosto per valorizzarne il suo nucleo costitutivo, inquinato da una serie di interpretazioni e reinterpretazioni successive che ne hanno distorto il senso⁵¹.

L'approccio standard delle tesi liberali rispetto alle questioni sulla tolleranza si sostanzia nel riconoscimento del singolo indipendentemente dalla sua appartenenza a un gruppo sociale. In altri termini, la tolleranza in senso liberale garantisce l'accettazione e l'inclusione sociale del singolo individuo che può da solo conquistarsele indipendentemente dalla sua identità e appartenenza particolare. Ebbene, la storia ha dimostrato come tale impostazione sia risultata insufficiente, aumentando lo scarto tra l'offerta della tolleranza liberale e il reale risultato d'inclusione piena di tutti, proprio perché la rigida impostazione individualistica «si lascia sfuggire la connessione esistente tra differenze disapprovate e gruppi minoritari, oggettivamente deboli ma, allo stesso tempo, percepiti come minacciosi dalla maggioranza»⁵². Libertà di riunione, libertà d'espressione, libertà d'associazione, eguaglianza formale davanti alla legge, meccanismi distributivi per rimuovere situazioni di svantaggio – capisaldi degli ordinamenti liberal democratici – hanno dimostrato tutti la loro insufficienza. Siccome in questi stessi ordinamenti rappresentano principi altrettanto fondamentali la dignità e il rispetto per e tra le persone⁵³, le richieste di mutuo riconoscimento sono allora assolutamente legittime.

Sempre secondo tale prospettiva filosofico politica l'accoglimento e il soddisfacimento di queste richieste può avvenire tentando la particolare soluzione di obbligare lo Stato ad ascoltarle e a muoversi nella direzione dell'inclusione di

⁵¹ Cfr. A.E. GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Napoli, 1994; EAD., *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999, 8.

⁵² EAD., *La tolleranza*, cit., 174.

⁵³ Sull'eguaglianza di rispetto cfr. B. WILLIAMS, *L'idea di eguaglianza*, in ID., *Problemi dell'io*, Milano, 1990, 278 ss.

chi è messo ai margini al verificarsi di alcune fondamentali condizioni: «a) la storia del gruppo, che dev'essere oppresso o escluso; b) la tradizione culturale nel cui contesto si opera e che costituisce un vincolo in relazione alle opzioni possibili; c) il momento storico che rende alcuni problemi più rilevanti e urgenti di altri; d) un'analisi costi/benefici che introduca anche considerazioni economiche nella valutazione delle scelte»⁵⁴. Se alla luce del caso concreto queste condizioni sono presenti, allora deve seguire un riconoscimento pubblico e quindi una sorta di negoziazione dello Stato con le minoranze, chiedendo loro in cambio lealtà all'ordine politico nella prospettiva di adattamento reciproco⁵⁵. La prima mossa però spetta allo Stato.

Parzialmente coincidente con la posizione filosofica appena descritta è quella giuridica espressa dal costituzionalista statunitense Steven Heyman, che tenta di spiegare in che termini il diritto al riconoscimento trova la sua collocazione nell'ambito delle posizioni soggettive da proteggere e in che misura esso venga lesa in particolare dai discorsi pubblici d'odio razziale⁵⁶.

Come per Anna Elisabetta Galeotti, e prima ancora per Charles Taylor, anche secondo Heyman, chiunque, inserito in un determinato ambiente, non riesce ad occupare il giusto spazio se tanti altri non lo riconoscono come pari. Altrimenti non si spiegherebbe come mai, per lungo tempo, alcuni gruppi siano stati esclusi dal godimento di diritti legati alla cittadinanza⁵⁷. A differenza di quanto sostenuto dalla Galeotti, per Heyman non è però sufficiente che il riconoscimento arrivi solo dal potere statale: se è infatti vero che la storia ci ha offerto svariati

⁵⁴ A.E. GALEOTTI, *La tolleranza*, cit., 179.

⁵⁵ *Ivi*, 179, 194.

⁵⁶ S.J. HEYMAN, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in *Extreme Speech and Democracy*, cit., 158 ss.; ID., *The third annual c. Edwin baker lecture for liberty, equality, and democracy: the conservative-libertarian turn in first amendment jurisprudence*, in «117 W. Va. L. Rev.», 2014, 231 ss.; ID., *Spheres of autonomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in «10 Wm. & Mary Bill Rts. J.», 2002, 647 ss.

⁵⁷ Inutile dire che la tesi giuridica di Heyman, così come quella filosofica di Anna Elisabetta Galeotti, risentano fortemente della teoria di Taylor, volta a fornire una nozione culturale di identità della persona. Questa si struttura grazie alla comunità, la quale si snoda attraverso una fitta rete di relazioni comunicative ispirate al riconoscimento e al mutuo rispetto. Nelle società multiculturali è il pubblico potere che si deve fare carico di promuovere il riconoscimento anche a discapito della protezione dei diritti individuali, poiché «il non riconoscimento o il misconoscimento può rivelarsi come forma di oppressione che imprigiona una persona in un modo di vivere falso, distorto, impoverito». C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. di L. CEPPEA, G. RIGAMONTI, Milano, 1998, 9; ID., *Radici dell'io: la costruzione dell'identità moderna*, trad. it. di R. RINI, Milano, 1993. Un differente approccio al problema è quello offerto da Francois Jullien, il quale ritiene sia un errore parlare per differenze che hanno come conseguenza quella di isolare le culture. Meglio invece parlare di scarti, i quali mettono le culture una di fronte all'altra costringendole a dialogare e pertanto a trovare un terreno comune. Cfr. F. JULLIEN, *L'identità culturale non esiste*, trad. it. di C. BONGIOVANNI, Torino, 2018.

esempi di minoranze vessate per mano di regimi totalitari – gli ebrei durante il nazismo, i bosniaci durante la guerra dei Balcani, i *tutsi* in Ruanda – è altrettanto vero che anche negli Stati Uniti, patria del costituzionalismo moderno, non sono mancati esempi ignobili di discriminazione, quale prodotto dell'esercizio dell'autonomia individuale liberale in cui necessariamente il più capace e il più meritevole riesce a sopraffare chi non dimostri di avere le stesse capacità.

Infatti, ad esempio, persino la schiavitù era stata considerata costituzionalmente legittima, tanto che nel celebre e discusso passaggio della sentenza *Dred Scott v. Standford*, il Presidente della Corte Roger Taney asserì che «al tempo in cui la Costituzione fu adottata, i neri erano universalmente considerati come esseri di un ordine inferiore, inadatti a socializzare coi bianchi, sia nelle relazioni sociali sia politiche; in quanto dunque inferiori non hanno i diritti dei bianchi: e devono giustamente e legittimamente essere ridotti in schiavitù per il loro bene»⁵⁸. Dopo l'abolizione della schiavitù ha trovato spazio la segregazione razziale, rimasta in vigore fino agli anni sessanta non certo per il volere di un regime dittatoriale. Anzi, anch'essa è stata addirittura legittimata grazie a un'interpretazione costituzionalmente orientata. La Corte Suprema aveva avallato le politiche discriminatorie sulla base del comune sentire sociale.

Se queste sono le premesse, è giocoforza, secondo Heyman, che il diritto al riconoscimento sia da annoverarsi come il valore alla base di tutti i diritti individuali, la gemma da cui fioriscono tutti gli altri: senza il riconoscimento sarebbero imporre rispetto della dignità e dell'eguaglianza e aumenterebbero, di converso, le possibilità di minaccia all'equilibrio psichico individuale e alla sicurezza sociale.

Per garantire questo diritto bisognerà costringere i singoli, e non solo lo Stato, ad assumersi il preciso dovere costituzionale di riconoscere tutti come parte della collettività⁵⁹. E poiché lo scopo principale di qualunque discorso pubblico

⁵⁸ Cfr. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857). Traduzione nostra.

⁵⁹ Il diritto al riconoscimento è ricostruito da Heyman sulla base della tradizione del diritto naturale, la cui prima teorizzazione nell'età moderna può farsi risalire a Thomas Hobbes per poi essersi definitivamente affermata con John Locke. Nel *Leviatano* Hobbes sosteneva che per uscire dallo stato di natura uno dei primari obblighi dell'uomo è quello di riconoscere gli altri come eguali. Conseguentemente, parole o scritti che dichiaravano odio e disprezzo nei confronti degli altri violano la legge naturale in quanto inducono allo scontro anche fisico. Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, (1651), A. PACCHI (a cura di), trad. it di A. LUPOLI, M.V. PREDAVAL MAGRINI, R. REBECCHI, Roma-Bari, 1997. Dal canto suo, Locke, nonostante sia stato uno dei massimi ispiratori della teoria liberale secondo cui il diritto alla manifestazione del pensiero è da considerarsi tra i più importanti, condannava i discorsi che negavano l'eguaglianza nel godimento dei diritti, in quanto la vita comune in una società si fonda sul mutuo riconoscimento che non tollera la subordinazione, oppure la soggezione. Cfr. J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, (1685), ed. it. A.C. VIANO (a cura di), Bari-Roma, 1994. Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca la filosofia hegeliana secondo cui l'egoismo umano può essere superato soltanto se è soddisfatta la condizione di reciprocità in cui ogni individuo si riconosce negli altri.

d'odio è quello di connotare negativamente alcuni, la loro diffusione è il segno più evidente dell'inosservanza del dovere del riconoscimento. Essi andrebbero perciò vietati, mentre i singoli che li diffondono opportunamente puniti.

In aperta controtendenza con le teorie che difendono l'*hate speech*, da quella del *marketplaces of ideas* a quella partecipativa del discorso pubblico⁶⁰, Heyman asserisce che i discorsi, in particolare quelli di natura politica, non vanno limitati soltanto quando i soggetti di una comunità godono effettivamente di eguale considerazione; se questa condizione di reciproco riconoscimento non c'è, allora i discorsi d'odio devono essere vietati per evitare l'effetto distorsivo di accentuare differenze tra i soggetti forti e soggetti deboli. Egli usa le parole di Meiklejohn per asserire che l'*hate speech* può essere visto come una forma di abuso che viola le regole che rendono possibile la realizzazione della democrazia deliberativa⁶¹. Esprimendosi in termini habermasiani⁶², Heyman afferma che l'*hate speech* non è un esempio di libertà comunicativa orientata ad accogliere diverse identità; il suo scopo sarebbe piuttosto il dominio degli uni sugli altri. In sostanza, i discorsi d'odio non valorizzano l'aspetto relazionale che è proprio della libertà d'espressione. Essi hanno semmai l'intento contrario di delegittimare l'interlocutore e, mancando la legittimazione, sarebbe inutile aprire un confronto su problematiche di comune coinvolgimento.

Tale tipo di ragionamento porta Heyman a proporre una soluzione di compromesso: non tutti i discorsi d'odio sono da proibire, ma, allo stesso tempo, non tutti sono da consentire. Il discrimine tra l'*hate speech* legittimo e illegittimo lo genera il contesto: la regolamentazione deve riguardare quei discorsi che fanno da materiale per costruire la barriera all'ingresso nel mercato delle idee politiche. Legislatori e giudici possono capire se la qualità di questo materiale è solido e resistente prestando attenzione a quanto si nasconde dietro l'intento discriminatorio: dovranno orientarsi per la limitazione dell'*hate speech* qualora siano la spia di un mancato riconoscimento dell'altro da sé⁶³; sarebbero, invece, tollerabili quelli che si limitano a criticare decisioni prese sul piano politico, da cui si dissente e che allo stesso tempo non possano scalfire l'autostima del destinatari. Un'autostima necessaria per sentirsi al pari degli altri e parte attiva della cittadinanza⁶⁴.

Sulla stessa scorta di Heyman, ma con un maggiore sforzo di delimitare il terreno tra *hate speech* tollerabile e *hate speech* intollerabile, Anna Elisabetta Ga-

⁶⁰ V. *supra* parr. 1.3., 1.4., 1.5.

⁶¹ Cfr., A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom*, cit., *passim*.

⁶² Cfr. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*, Cambridge, 2004.

⁶³ Non dissimile da questa soluzione è quella a cui accenna Anna Elisabetta Galeotti quando, seppur succintamente, si occupa di *hate speech*. Anch'ella sostiene di selezionare e punire i discorsi d'odio che si manifestano in aree in cui il razzismo sarebbe intollerabile, ovvero la scuola e l'amministrazione pubblica. A.E. GALEOTTI, *Multiculturalismo*, cit., 177.

⁶⁴ Cfr. S. JAMES, *Cittadinanza femminile e indipendenza: la cittadina adeguata*, in A.E. GALEOTTI (a cura di), *Individui e istituzioni*, Torino, 1992, 175 ss.

leotti si cimenta, da filosofa, in una proposta giuridica ancora più precisa: riconoscere agli insulti razzisti uno *status* speciale non tanto se espressione di aggressività e odio contingenti o occasionali, ma piuttosto quando, sistematicamente diretti verso certi gruppi, compromettono la loro inclusione sociale. Ad esempio, se gli insulti si manifestano in determinati contesti come la scuola. In tal modo, la loro censura e conseguente regolamentazione farebbe da volano per un più diffuso controllo sociale del razzismo⁶⁵.

2.4. Alcune considerazioni conclusive sui limiti logici all'americana

Tutte le teorie appena illustrate a favore della punibilità dei discorsi d'odio razziale si fondano sullo stesso presupposto, ovvero sulla presa d'atto dell'esistenza di società ancora troppo disomogenee nonostante la conquista di svariati diritti civili da parte dei gruppi deboli⁶⁶. Infatti, come sostenuto autorevolmente, chi riteneva che il conflitto sociale fosse terminato con la fine della guerra fredda si è fatto trarre in inganno. Nelle società plurali contemporanee il conflitto si è semmai esteso ed è molto più difficile governarlo, anche perché le disuguaglianze sociali incidono sullo stesso diritto di esprimersi⁶⁷. Per questo, il grado di tutela offerto alla manifestazione del pensiero diventa un importante ago della bilancia: la posta in gioco non è più soltanto l'affermazione del singolo contro l'autorità dello Stato, bensì la pari legittimazione di tutti all'interno della comunità. Di conseguenza, la libertà d'espressione è passata dall'aver una funzione contro-maggioritaria – a tutela delle minoranze politiche che attraverso il dissenso possono diventare maggioranza politica⁶⁸ – all'essere un'arma pericolosa nelle mani dei gruppi socialmente ed economicamente più forti. Come si è detto, questa consapevolezza ha indotto i filosofi politici e del diritto, soprattutto americani, a tracciare nuove ipotesi di limite alla libertà d'espressione, che si sostanziano nell'esclusione "logica" di tutte quelle opinioni il cui fine è acuire le disuguaglianze sociali. In tal modo si raggiungerebbe il duplice obiettivo di assicurare il rispetto di tutti e di garantire la pacifica convivenza.

Questo approccio appare condivisibile se si guarda al problema da un punto di vista esclusivamente politico sociale. Invece, giuridicamente, si prospetta il

⁶⁵ Cfr. A.E. GALEOTTI, *Multiculturalismo*, cit., 161, 163.

⁶⁶ Sulla conquista dei diritti civili degli anni sessanta e settanta B. ACKERMAN, *We the People 3, The Civil Rights Revolution*, Cambridge – Massachusetts, 2004. In questo ultimo volume dell'opera, Ackerman racconta come la conquista dei diritti civili si sia potuta realizzare solo grazie all'ampio consenso dell'opinione pubblica insieme con precise politiche attuate prima dal Presidente Lindon Jhonson e poi dal Congresso, col sostegno anche della Corte Suprema, in un'ottica *regime centred*. Per una recensione italiana al volume v. E. LAMARQUE, *Recensione a We The People. 3. The Civil Rights Revolution di Bruce Ackerman*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», n. 3 del 2014, 815 ss.

⁶⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016.

⁶⁸ In questo senso S. FOIS, *Principi costituzionali e manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 78.

rischio di una estrema funzionalizzazione della libertà della manifestazione del pensiero, a scapito non solo della classica impostazione individualistica, ma anche della teoria funzionale del diritto a essere informati.

Come è noto, secondo la prospettiva del diritto ad essere informati, il soggetto di riferimento non è più chi parla, ma chi ascolta, che ha il “diritto di conoscere” per poter più consapevolmente operare una scelta in uno dei tanti momenti democratico-deliberativi, soprattutto quello elettorale. Conseguentemente, chi manifesta il pensiero esercita sia il diritto individuale di esprimere le proprie idee, sia il dovere d’informare, stando attenti però a non sacrificare troppo il primo per agevolare il secondo⁶⁹. Non a caso il diritto/dovere all’informazione ricade principalmente sui professionisti. In particolare i giornalisti esercitano abitualmente il diritto di cronaca e di critica seguendo regole giuridiche e deontologiche ben precise, avendo cura di soddisfare l’interesse pubblico dell’informazione. Invece, per i sostenitori del limite logico all’americana, qualunque individuo avrebbe l’onere di selezionare le idee che rispondono alla precisa funzione di mantenere la pace sociale. Pertanto, pur abbracciando la prospettiva funzionale, il rischio di una selezione arbitraria delle idee resta comunque alto.

2.5. Il limite logico all’italiana dell’ordine pubblico: in bilico tra protezione ideale della democrazia e protezione materiale dello spazio comune

Rimane a questo punto da analizzare l’evoluzione che ha avuto in Italia la classica teoria dei limiti logici, la quale, giova ripeterlo, postulava l’illiceità delle manifestazioni di pensieri esclusivamente emotivi ed irrazionali. Rispetto all’approccio all’americana – secondo il quale, come ribadito più volte, non è consentito esprimersi con odio al sol fine di proteggere gli interlocutori di gruppi deboli, a cui sarebbe altrimenti impedito nei fatti l’accesso al mercato delle idee – quello italiano si fonda sul presupposto di proteggere il regime democratico. Pertanto, non sarebbe consentito manifestare opinioni che hanno come intento l’istigazione a commettere azioni sovversive che minacciano l’ordine costituito. Il focus si sposta così dalla protezione dell’eguaglianza e della dignità alla protezione della democrazia.

Si conviene con chi ha sostenuto che l’individuazione dei limiti logici ha avuto il merito di «rompere l’isolamento formale in cui era stata relegata la libertà costituzionale e di porre in evidenza il nesso tra il sistema politico-istituzionale e la libertà di manifestazione del pensiero»⁷⁰. Infatti, dando rilievo a tale dimensione è stato finalmente messo a nudo l’aspetto più caratteristico di tale libertà, ovvero il

⁶⁹ Sul diritto ad essere informati si faranno alcune puntualizzazioni quando si parlerà del significato che la libertà di pensiero assume nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Si rimanda pertanto alla II sez. del secondo capitolo.

⁷⁰ C. CARUSO, *La libertà d’espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, 97.

suo essere intrinsecamente relazionale. Così come sono intrinsecamente relazionali altre libertà fondamentali, ad esempio la libertà di riunione e di associazione.

Pur tuttavia, questo rapporto biunivoco tra manifestazione del pensiero e ordinamento democratico fa emergere il già più volte qui evocato nodo giuridico circa la delimitazione dei limiti.

La determinazione di “cosa” e di “come” si può manifestare a tutela dell'ordine democratico è infinitamente più semplice per i sistemi costituzionali chiusi, o che dir si voglia di democrazia protetta. In questi casi l'idea di difendersi con qualunque metodo, soprattutto limitando la libertà d'espressione, è connaturata al sistema stesso. Perciò, la teoria dei limiti logici “democratici” non incontrerebbe alcun ostacolo. Se aperto, invece, il sistema costituzionale è per definizione pluralista. Ma fino a che punto? I più strenui sostenitori di un'illimitata libertà d'espressione ritengono che il divieto di pensieri estremi contraddica il concetto stesso di democrazia, posto che questa debba tollerare qualunque ideologia per costruire una società che sa mettersi in dubbio, rinnegando pericolosi conformismi⁷¹. I sostenitori dell'applicazione dei limiti logici, invece, sono disposti ad accettare l'apertura fino a una soglia massima, oltre la quale la democrazia si suiciderebbe⁷². Ammettere la partecipazione nell'arena democratica di chi combatte la democrazia, col rischio di conquistare il potere abusando delle sue regole, significherebbe contribuire a tracciare il suo mortale destino⁷³.

Per gli ordinamenti che per costituzione non si sono dati regole esplicite di democrazia protetta rimane quindi il problema della demarcazione della soglia massima di cui si diceva. In sostanza, vi è da chiedersi se la protezione della democrazia acconsenta a una protezione dell'ordine pubblico ideale, o se al con-

⁷¹ Sul positivo valore della tolleranza nelle società democratiche v. L. BOLLINGER, *La società tollerante*, (1986), trad. it. di I. MATTEI, Milano, 1992; M. WALZER, *Sulla tolleranza*, (1997), trad. it. di R. RINI, Roma-Bari, 1998; E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford, 2016. Difende giuridicamente il principio della tolleranza ideologica C. FIORE, *I reati d'opinione*, Padova, 1972, 161.

⁷² In questo senso P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero, nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 357. L'A. insiste sull'illiceità di ogni manifestazione del pensiero diretta a modificare la forma repubblicana, limite per il potere costituito.

⁷³ È noto come sia stato Kelsen a sottolineare il paradosso della democrazia, impossibilitata a difendersi se vuole rimanere fedele a sé stessa. H. KELSEN, *La democrazia*, (1920), trad. it. di A.M. CASTRONUORO, Bologna, 1998. Aveva, tuttavia, già risposto Karl Popper a quanti teorizzavano l'introduzione di elementi di chiusura alla società aperta, affermando che qualunque sistema, anche quello monarchico più illuminato, può degenerare in autoritarismo. E ciò perché tutte le forme politiche non sono statiche, ma dinamiche. Attaccando direttamente lo storicismo e le filosofie profetiche della storia, Popper confida nel libero e franco scontro delle idee tra individui, gli unici che possono cambiare il corso degli eventi col loro spirito critico e rimanendo vigili per correggere in tempo gli errori che si possono commettere. Oltre a K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, cit., cfr. anche ID., *Miseria dello storicismo*, (1957), Introduzione di S. VECA, trad. it. di C. MONTALEONE, Milano, ultima ristampa del 2013.

trario debba limitarsi alla protezione dell'ordine pubblico strettamente inteso, di tipo materiale. Naturalmente, secondo la teoria dei limiti logici democratici andrebbe accolta anche la prima opzione. Al contrario, chi confida nella sopravvivenza della democrazia grazie alla presenza di anticorpi sociali e al funzionamento delle regole costituzionali acconsente alla limitazione dei diritti fondamentali nella misura in cui l'esercizio degli stessi implichi un pericolo all'incolumità pubblica. È il caso, ad esempio, della libertà di riunione protetta dalla Costituzione italiana all'art. 17 e che ipotizza il divieto «soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica». Non sarebbe, invece, mai consentita la restrizione della manifestazione del pensiero⁷⁴. Pungenti a tal proposito sono le parole di Carlo Esposito, il quale negava qualunque possibilità di applicare il limite dell'ordine pubblico alla libertà d'espressione, intuendo il rischio che i reati d'opinione, approvati nel periodo liberale e parecchio inaspriti durante l'epoca fascista, potessero essere sostenuti anche nell'ordinamento costituzionale per motivi ideali di protezione della democrazia. Egli scriveva infatti: «in contrasto con la solenne proclamazione costituzionale che sembra affermare, senza altro limite espresso che quello del rispetto del buon costume, la libertà di manifestazione del proprio pensiero e sembra garantire tanto la diffusione di affermazioni manifestamente errate e lesive dell'altrui onore o pericolose per il prestigio delle autorità e per la pace pubblica, quanto di opinioni fondate, utili, rigorose, comunemente accolte e comunque pacifiche, sta la realtà delle nostre leggi ordinarie che [...] conosce molteplici limiti della libertà proclamata a tutela dell'altrui onore, del prestigio dell'autorità, della pacifica convivenza, della conservazione dello Stato e del rispetto delle sue leggi»; e ancora, «nessuna disposizione costituzionale, salvo quelle relative alle pubbliche riunioni e alle manifestazioni che in esse dovessero avere luogo, consente di escludere da quella garanzia la diffusione, esaltazione e propaganda di affermazioni, pensieri o dottrine che costituiscono un pericolo per l'ordine pubblico e costituzionale. Invece così è stabilito oggi in norme penali e di polizia!»⁷⁵.

C'è, invece, chi propone una timida apertura al rispetto del limite dell'ordine pubblico materiale anche alla libertà d'espressione. Alfonso Di Giovine sottolinea come l'affermazione di una libertà non significhi eliminazione del contrapposto valore dell'ordine, evidenziando come tale impostazione sia comune anche a molte altre democrazie⁷⁶. Anzi, egli manifesta la convinzione «che solo un'esa-

⁷⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992. Cfr. anche P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in «Enc. dir.», XXIV, Milano, 1974, 424 ss.

⁷⁵ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 50-51.

⁷⁶ A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, 1988, 13-25.

gitata propensione polemica possa, in realtà, condurre a indicare i reati di opinione quali strumenti capaci di ridurre la pubblica opinione a presenza puramente larvale⁷⁷». Nondimeno, c'è chi sostiene in modo più perentorio che l'ordine pubblico rappresenta certamente un limite alla manifestazione del pensiero seppure non sia mai esplicitamente menzionato in Costituzione, almeno fino alla riforma dell'art. 117, comma 2, lett. h) cost., avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 2001⁷⁸. A ogni buon conto, bisogna prestare molta attenzione a rimanere nei confini della materialità, consentendo il divieto solamente a quelle manifestazioni che appaiono “ragionevolmente” tali da mettere in immediato e serio pericolo l'ordine pubblico, non quelle solo “potenzialmente idonee” a turbarlo⁷⁹.

Nonostante questa istruzione per l'uso, il rischio di confondere l'ordine pubblico con l'ordine legale è sempre dietro l'angolo. È difficile distinguere nettamente tra ciò che è “potenzialmente idoneo” da ciò che è “ragionevolmente idoneo”. Del resto, nemmeno la Corte costituzionale – che si è mostrata simpatetica rispetto all'applicazione del limite dell'ordine pubblico, salvando così dall'incostituzionalità i reati d'opinione previsti nel codice penale Rocco – è riuscita a marcare la differenza tra ordine pubblico materiale ed ordine pubblico ideale. Così come non è riuscita ad esprimere una posizione inequivocabile a favore solo del primo.

In particolare, le pronunce in merito, oggetto di diverse critiche da parte di molti commentatori⁸⁰, appaiono mutevoli, avendo la Corte costituzionale sposato a volte una concezione estensiva dell'ordine pubblico, a volte una più restrittiva. Ecco alcuni esempi.

Nella sentenza n. 19 del 1962, essa ha esplicitamente parlato dell'esigenza di proteggere l'ordine pubblico inteso come ordine pubblico legale su cui poggia la convivenza sociale per giustificare il reato di pubblicazione e diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, di cui all'art. 656 c.p.⁸¹. Sgombrando qualsiasi dubbio, ha anche specificato che l'ordine pubblico «è un bene collettivo, che non è dammeno della libertà di manifestazione del pensiero», che s'identifica con l'ordine istituzionale del regime corrente – «un regime democratico e legalitario, consacrato nella Costituzione vigente, e basato sull'appartenenza della sovranità al popolo (art. 1), sull'eguaglianza dei cittadini (art. 3) e sull'impero della legge (artt. 54, 76-79, 97-98, 101, ecc.), un regime a cui è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obbiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono esser realizzati se non con gli strumenti e attraverso i proce-

⁷⁷ *Ivi*, 114.

⁷⁸ Secondo l'art. 117, comma 2, lett. h) cost. lo Stato ha legislazione esclusiva nella «materia ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale».

⁷⁹ M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, 2014, 203.

⁸⁰ Tra gli altri cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., 286, 411-412; P. CA-RETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, 111, 297-298.

⁸¹ Corte cost., n. 19 del 1962.

dimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurvi modificazioni o deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza». La Corte, quindi, ha concluso che «non potendo dubitarsi che, così inteso, l'ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale, non può del pari dubitarsi che il mantenimento di esso – nel senso di preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni tentativo a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza – sia finalità immanente del sistema costituzionale»⁸².

Sono parole che lasciano spazio a un solo tipo d'interpretazione: l'ordine pubblico si presenta come una sorta di super valore costituzionale che s'impone su qualsiasi libertà, anche su quella d'espressione⁸³. Del resto Carlo Esposito, commentando la sentenza, aveva sin da subito avvertito che argomentando così la Corte «poneva l'ordine pubblico come limite generale a tutti i diritti costituzionalmente garantiti» mentre, secondo lui, l'ordine pubblico «come tale» non poteva invece giustificare limiti alla libertà di manifestazione del pensiero»⁸⁴.

Indipendentemente da quanto criticabile sia sul piano costituzionale questa posizione, la stessa Corte ha mischiato le carte nel momento in cui ha corretto il tiro restringendo le maglie. Lo ha fatto quando ha dovuto giudicare della costituzionalità dell'apologia di un delitto *ex art. 414 c.p.*⁸⁵ affermando che «l'apologia punibile non è la manifestazione del pensiero pura e semplice, ma il comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti», «l'articolo 414, ultimo comma, c.p. non limita in alcun modo la critica della legislazione o della giurisprudenza, né l'attività propagandistica di singoli, partiti, movimenti, gruppi, diretta a promuovere la *deletio* di qualsiasi norma incriminatrice. Né costituisce reato d'apologia l'affermare che fatti preveduti dalla legislazione vigente come delitti hanno, o possono avere, soggettivamente o oggettivamente positivo contenuto morale o sociale [...]. Diversa dalla critica alla legge [...] è la pubblica apologia diretta, e idonea, a provocare la violazione delle leggi penali. [...]»⁸⁶. Esemplificativa è la chiosa alla sentenza che vuole, per stessa ammissione della Corte, chiarire che «la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema»⁸⁷.

⁸² *Ibidem*, par. 4 del Considerato in diritto.

⁸³ In tal senso anche G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., 80-81.

⁸⁴ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in «Giur. cost.», 1962, 191 ss.

⁸⁵ Corte cost., n. 65 del 1970.

⁸⁶ *Ibidem*, Considerato in diritto.

⁸⁷ *Ibidem*.

Dunque, la Corte costituzionale parla in questo caso di «esigenza di far cessare turbamenti della sicurezza pubblica», di «comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; inoltre, delimita il reato di istigazione all'odio fra le classi sociali *ex art. 415 c.p.* ai casi in cui «l'istigazione è attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità»⁸⁸. Sono tutte locuzioni, queste, che certamente fanno pensare ad un ordine pubblico materialmente inteso, lasciando alle spalle qualunque tentativo di coinvolgere la tutela dell'ordinamento democratico come forma di Stato. La Corte ha così compiuto uno sforzo per distinguere tra pensiero protetto e pensiero illecito attraverso il requisito della pericolosità in concreto per il bene giuridico costituzionalmente rilevante protetto dalla norma. È una tecnica decisionale che ricorda la dottrina della Corte Suprema statunitense del *clear and present danger*⁸⁹, eppure, come per quest'ultima, essa non garantisce decisioni obiettive, vista la grande ambiguità di cui sono intrisi gli elementi da valutare. Difficile stabilire con certezza cosa rappresenti un pericolo chiaro ed attuale. Come è possibile dichiarare a priori quali pensieri apologetici, istigatori, tendenziosi sono concretamente idonei a provocare la commissione dei delitti?

Imponendo un'interpretazione conforme a Costituzione, la Corte costringe i giudici comuni a valutare loro la pericolosità del pensiero, alla luce del caso concreto. E, discrezionalmente, si potranno muovere ispirandosi a tre differenti tipi d'interpretazione: il pensiero illegittimo è quello diretto a provocare "l'immediata" commissione di reati; oppure è quello idoneo a provocare la commissione di reati anche in un periodo "futuro e lontano nel tempo", purché sia pur sempre probabile; o, ancora, il pensiero è illegittimo quando vi sia solo la "ragionevole" possibilità che la condotta criminosa venga commessa. Ognuno farà come può, a seconda delle proprie valutazioni soggettive, visto che le decisioni della Corte non aiutano affatto a districarsi in questo labirinto concettuale, rimanendo troppo indeterminate⁹⁰.

Detto ciò, risulta evidente come il limite logico dell'ordine pubblico comporti il serio rischio di applicazioni imprevedibili dei reati d'opinione e di un loro possibile utilizzo strumentale⁹¹. Inoltre, la sua applicazione provoca effetti distorsivi nel contesto sociale perché contribuisce a fomentare un certo allarmismo in particolari periodi in cui regna l'emergenza. Non a caso le pronunce della Corte costituzionale citate risalgono agli anni sessanta e settanta, durante gli anni del terrori-

⁸⁸ Corte cost., n. 108 del 1974.

⁸⁹ Sullo sviluppo di questa dottrina si rimanda alla I sez. del secondo capitolo.

⁹⁰ Lamenta per primo il rischio d'incertezze applicative dei reati d'opinione, soprattutto in relazione alla specifica delimitazione del reato di apologia, G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1971, 18 ss.; sul reato d'istigazione all'odio di classe ID., *Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in «Giur. cost.», 1974, 1433 ss.

⁹¹ Sul punto v. E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 141 ss., 162-164.

smo; così come non è un caso che le condanne per reati d'opinione, relative non solo all'*hate speech*, ma anche al vilipendio⁹², stiano nel nuovo millennio vivendo una stagione di fioritura. L'evidente conflittualità tra gruppi di diverse etnie e culture e l'enorme conflittualità tra le parti politiche in campo portano i giudici a motivare l'applicazione dei suddetti reati per esigenze di ordine pubblico. Invece, nei precedenti vent'anni i casi giurisprudenziali sui reati d'opinione si potevano contare sulle dita di una mano, tanto che, partendo proprio da questo dato di fatto, Di Giovine scriveva nel 1988 che «una delle ragioni della disapplicazione di tali fattispecie è lo scarso allarme sociale che suscita la violazione dei loro precetti»⁹³.

In conclusione, l'ordine pubblico mostra due facce della stessa medaglia, rappresentando l'abito giusto per tutte le stagioni anche negli ordinamenti di democrazia non protetta. Nonostante il tentativo di ancorarlo al concetto di ordine materiale, da proteggere nel caso di pericolo concreto di disordini, viene applicato sovente per motivi ideali, di salvaguardia della pace sociale. Pertanto, da limite implicito – che va bilanciato con l'esigenza di proteggere l'incolumità fisica – diventa limite assoluto, non bilanciabile. Per di più, l'ordine pubblico interpretato estensivamente apre le porte alla protezione di posizioni soggettive che rimarrebbero altrimenti prive di tutela. In particolare, la dignità, il reciproco riconoscimento, la pari eguaglianza sociale. È proprio quello che è successo nelle applicazioni giurisprudenziali di Stati Uniti, Consiglio d'Europa e Italia, dove le teorie liberali elaborate a sostegno della libertà d'espressione, quale diritto indispensabile per l'autodeterminazione del singolo e per contrastare i poteri forti, hanno lasciato il passo a quelle che la rilegano al ruolo funzionale di costruzione e difesa di società *well ordered*.

Vediamo come tutto ciò sia potuto accadere, dapprima nell'ordinamento statunitense e poi in quello italiano, passando attraverso l'analisi del livello europeo.

⁹² È del novembre 2014 la prima sentenza italiana emessa dal Tribunale di Roma ai danni di Francesco Storace per aver vilipeso il Presidente della Repubblica, etichettandolo come “indegno”. Risale sempre al 2014 la sentenza della Cassazione n. 37577 sull'applicabilità della legge Scelba n. 645/1952, che sanziona «chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste», annotata da A. LONGO, *I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in «Osservatorio Costituzionale», n. 3 del 2014, 1 ss. Inoltre, sono significative alcune recenti decisioni della Corte di Strasburgo dove non si condanna il vilipendio solo per la sproporzionalità della pena comminata, ma il reato in sé per sé che non è messo in discussione. *V. Eon c. Francia* del 14 marzo 2013; *Sbvydka c. Ucraina* del 30 ottobre 2014; *Murat Vural c. Turchia* del 21 ottobre 2014; *Rujak c. Croazia* del 2 ottobre 2012, in cui la Corte europea conferma la condanna di un militare croato per aver leso la reputazione dello Stato secondo la normativa vigente del codice penale croato. Per un commento a questa sentenza, se si vuole, P. Tanzarella, *Rujak c. Croazia: il limite logico alla manifestazione del pensiero secondo la Corte europea dei diritti*, in «Quad. cost.», n. 1 del 2013, 172 ss.

⁹³ A. DI GIOVINE, *Ai confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 114.

CAPITOLO II

NORMATIVA E GIURISPRUDENZA NEGLI STATI UNITI E NELL'EUROPA SOVRANAZIONALE. PIÙ SIMILITUDINI CHE DIVERSITÀ

SOMMARIO: Premessa: il discorso d'odio come ponte tra le tradizioni costituzionali del vecchio e del nuovo continente. – Sezione I. *Il panorama statunitense*. – 1.1. La vaghezza delle dottrine del *clear and present danger* e delle *fighting words* – ovvero il I emendamento alla prova della giurisprudenza della Corte Suprema. – 1.2. La punibilità indiretta degli *hate speeches* razziali attraverso gli *hate crimes*. – 1.3. I *Campus Hate Speech Codes*: una parentesi modello. – Sezione II. *Il panorama europeo sovranazionale*. – 2.1. Le influenze della comunità internazionale sull'Europa dell'*hate speech*. – 2.2. Le normative del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. – 2.3. Le indicazioni di *soft law*. – 2.4. I parametri della Cedu e la giurisprudenza di Strasburgo. – 2.4.1. L'art. 17 della Convenzione europea come clausola di democrazia protetta. – 2.4.2. L'art. 17 come clausola di protezione da “danno indiretto”. – 2.4.3. L'art. 17 come clausola di protezione del danno indiretto alla minoranza storica ebraica. – 2.4.4. L'art. 10 come clausola di protezione del danno indiretto per le discriminazioni contro i migranti extracomunitari. – 2.4.5. La giurisprudenza Cedu del danno indiretto per costruire il nuovo diritto a non avere paura?

Premessa: il discorso d'odio come ponte tra le tradizioni costituzionali del vecchio e del nuovo continente

Il dibattito che si è riaperto oggi nella sfera dottrinale in Occidente attorno all'*hate speech* appare essere altrettanto vivo a livello politico-legislativo. Limitandosi a considerare gli Stati europei, ciò non desta stupore, avendo essi dovuto affrontare nello specifico il problema già dopo la fine della seconda guerra mondiale, sia in conseguenza degli input della comunità internazionale – innanzitutto con l'approvazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1966 – sia per il rilievo assunto dalla dignità, che mette al centro la persona, tipica di alcune importanti Costituzioni nazionali del dopoguerra. Pertanto, essi si trovano oggi a proseguire sulla strada ormai tracciata più di mezzo secolo fa, nel tentativo di affinare le soluzioni già prospettate, visto che il linguaggio d'odio acuisce l'ostilità nei confronti di alcune ca-

tegorie (minoranze razziali, religiose, ecc.)¹. Invece, risultano più anomale le istanze di cambiamento che provengono sia dagli Stati Uniti sia dagli organi sovranazionali dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa: per i primi perché, quale ordinamento liberale, l'intervento legislativo per dissipare i conflitti sociali sono visti con estrema diffidenza²; per i secondi in quanto fino a qualche decennio addietro sarebbe stato impensabile immaginare un notevole contributo da parte loro nel segnare la rotta per la tutela dei diritti. Infatti, pur in modo sintetico, giova ricordare che l'Unione europea non aveva alcuna competenza in materia³, mentre il Consiglio d'Europa agiva soprattutto a garanzia di libertà strettamente individuali – come dimostra il contenuto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (d'ora in avanti Cedu) – che poco si concilia con le istanze collettive a cui il reato di *hate speech* cerca invece di rispondere.

Il dato ancora più singolare è che le istituzioni europee e gli Stati Uniti affrontano i problemi delle discriminazioni razziali basate sulla manifestazione del pensiero seguendo un approccio ormai simile, sperimentando medesime soluzioni per la maggior parte incentrate sulla sanzionabilità dei discorsi d'odio, perché tendenzialmente non sono considerati pensieri, ma azioni⁴.

Mentre nel corso del presente capitolo si ripercorreranno i passaggi fondamentali che mostrano le affinità tra le due aree, in queste prime pagine si vuole riflettere in termini generali sulle ragioni che, tra le tante possibili, hanno contribuito a rendere la disciplina dell'*hate speech* un ponte che unisce il vecchio e il nuovo continente, nonostante le differenti tradizioni costituzionali che li contraddistinguono. Un primo motivo è legato al processo della globalizzazione, anche dei principi costituzionali; il secondo è legato alla lotta contro il terrorismo internazionale.

Consideriamo dapprima più da vicino l'ordinamento statunitense. La circolazione dei modelli giuridici a livello globale ha accorciato le distanze ideologiche tra il continente europeo e quello nord americano, col risultato di attribuire

¹ Per una panoramica sull'evoluzione della disciplina dell'*hate speech* nei principali paesi europei si rimanda a I. SPIGNO, *I discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018.

² L'impostazione prettamente liberale della Costituzione statunitense – di cui si è detto nel corso del primo capitolo relativamente alla concezione dottrinale della libertà di manifestazione del pensiero e a cui si rimanda – valorizza il principio dell'autodeterminazione del singolo, non favorendo in tal modo un'interpretazione in senso sostanziale del principio d'eguaglianza, la quale permetterebbe invece di garantire le medesime condizioni di partenza agli individui attraverso mirati interventi statali.

³ Per una puntuale panoramica sul modo in cui l'Unione europea ha cominciato a interessarsi di diritti fondamentali cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 13 ss.

⁴ Sul significato di limite logico alla manifestazione del pensiero e sull'evoluzione che tale concetto ha subito nel pensiero filosofico e costituzionalistico statunitense si rimanda rispettivamente alla parte introduttiva e al capitolo primo del presente lavoro.

un significato praticamente analogo a valori costituzionali che in origine trovavano una loro giustificazione molto differente da ordinamento a ordinamento⁵. Così, l'astensionismo tipico della tradizione liberale statunitense dalle dinamiche sociali lascia spazio a forme d'intervento proprie degli ordinamenti sociali europei, dove si cerca di conciliare il principio d'eguaglianza formale con quello sostanziale⁶.

La spinta verso la regolamentazione dell'*hate speech* anche negli Stati Uniti può essere considerata un fenomeno tipico di tale processo di "avvicinamento" costituzionale. Infatti, le tesi degli studiosi americani, di cui si è dato conto nel capitolo precedente, traggono gran parte linfa dalle normative europee e dei singoli Stati del vecchio continente, i quali prevedono legislazioni che puniscono la diffusione e l'incitamento all'odio razziale⁷, un tempo giustificate per sanare le ferite dell'Olocausto, oggi invocate per evitare le discriminazioni delle minoranze e per proteggere l'ordinamento democratico. Negli Stati Uniti l'unica legislazione restrittiva della manifestazione del pensiero era stata acconsentita durante il maccartismo per arginare la minaccia comunista, mentre per la minaccia razzista non si sono mai messi in discussione i principi liberali del Primo emenda-

⁵ Proprio l'aumento della convergenza di standard costituzionali ha spinto molti studiosi a teorizzare l'esistenza di un "costituzionalismo globale". V. in tal senso M. TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in «49 Virginia Journal of Int. Law», 2009, 987 ss., il quale parla di convergenze tra le costituzioni nazionali soprattutto riguardo alla protezione dei diritti fondamentali. Cfr., inoltre, D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in «99 California Law Rev.», 2011, 1162 ss. A dire il vero già B. Ackerman, alla vigilia del nuovo millennio aveva già preconizzato un "*world constitutionalism*" (B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in «83 Virginia Law Rev.», 1997, 771 ss.). Circa il dibattito che si è generato a favore e contro all'affermazione di un costituzionalismo globale negli Stati Uniti, questo ha visto innanzitutto la contrapposizione di due giudici della Corte Suprema. Da un lato Scalia, affezionato a un'interpretazione originalista della Costituzione la quale, quindi, non deve accettare contaminazioni esterne; dall'altro lato il Giudice Breyer, che, al contrario, è arrivato a citare una sentenza della Corte Suprema del Zimbabwe per avvalorare l'interpretazione della Costituzione statunitense. In Italia, particolarmente a favore della contaminazione delle giurisprudenze straniere G. ZAGREBELSKY, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'invisibilità dei giudici costituzionali*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it», 2006.

⁶ Si potrebbero leggere in questa chiave i tentativi dell'amministrazione Obama di riformare il welfare americano, primo fra tutti il sistema sanitario con l'approvazione del *Patient Protection and Affordable Care Act*, maggiormente conosciuto come *Obamacare* ed entrato in vigore nel 2013.

⁷ A. PIZZORUSSO, *The constitutional treatment of hate speech, General report, in Italian National reports to the XVIth International congress of comparative law*, Brisbane 2002; M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, 511 ss.; EAD., *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 103 ss. Riflessioni critiche sulla posizione della Gran Bretagna sono offerte da J. WEINSTEIN, *Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from the Masses*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, 23 ss.

mento, nonostante la triste esperienza dello schiavismo prima e del segregazionismo poi. Oggi, invece, la regolamentazione dei discorsi d'odio diventa anche in America un'esigenza manifestata a livello politico e non solo accademico.

Accanto a queste motivazioni, si conviene con chi ritiene che il particolare attivismo americano contro i discorsi d'odio sia motivato anche dalla precisa esigenza della lotta al terrorismo internazionale dopo i fatti dell'11 settembre. In questa prospettiva, davanti al primo vero banco di prova della tenuta della sicurezza nazionale, la secolare interpretazione data al Primo emendamento ha cominciato a vacillare⁸. Seppure non si possano tecnicamente definire legislazioni e giurisprudenze anti *hate speech*, l'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act 1996*⁹, la pronuncia della Corte Suprema *Holder v. Humanitarian Law Project*¹⁰ e in seguito le pronunce dei diversi giudici distrettuali¹¹, confermano questa oscillazione, rappresentando il chiaro segnale di un ordinamento disposto a limitare la libertà di manifestazione del pensiero anche quando il pericolo non è né imminente né concreto.

Spostandosi dall'altra parte dell'Atlantico, queste motivazioni risultano ancora più plausibili per le istituzioni europee. Per quanto concerne la prima argomentazione analizzata, relativa ai processi di circolazione dei modelli costituzionali, forse non si dovrebbe neanche parlare in questi termini: è abbastanza inevitabile che le organizzazioni sovranazionali, per loro stessa natura, si lascino condizionare dai principi costituzionali degli Stati che ne fanno parte. Le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri hanno costituito la prima fonte di ispirazione della Corte di Giustizia quando si è assunta il compito di tutelare i diritti nell'allora Comunità economica europea¹². Se all'avvicinamento degli standard costituzionali si aggiunge anche l'ingrediente della minaccia terroristica, tanto temuta a livello nazionale e a livello sovranazionale, si capisce come l'unica strada per contrastare l'*hate speech* sia la punibilità.

⁸ A. SPERTI, *L'incidenza della lotta al terrorismo sulla libertà di manifestazione del pensiero negli Stati Uniti. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali*, in F. DAL CANTO, P. CONSORTI, S. PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, 2016, 101 ss.

⁹ Pub. L. 104-132, 110 Stat. 1214-1319 (1996).

¹⁰ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010). In estrema sintesi, in questa sentenza, la Corte Suprema non si è opposta alla punibilità della semplice difesa o consulenza legale fatta a soggetti sospettati di appartenere a cellule terroristiche.

¹¹ Per una puntuale rassegna di tali decisioni, v. A. SPERTI, *L'incidenza della lotta al terrorismo*, cit.

¹² Si ricorda qui brevemente come sia stata la Corte di Giustizia, nella sentenza *Stauder* (Causa C-29/69 del 12 novembre 1969), a invocare per prima il rispetto delle tradizioni costituzionali comuni, insieme a quanto stabilito nella Cedu, per assicurare la tutela di diritti fondamentali che altrimenti sarebbero rimasti fuori dall'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea. Un principio questo che poi è stato formalizzato nell'art. 6 del Trattato di Maastricht del 1992 e che ha rappresentato un principio irrinunciabile in tutti i trattati stipulati successivamente.

Obbiettivo allora del presente capitolo è di mettere l'una accanto all'altra due realtà, solo apparentemente molto diverse, al fine di evidenziarne i tratti comuni. Tra questi, la trasformazione del concetto di limite alla manifestazione del pensiero risulta centrale per comprendere le consonanze tra i due ordinamenti: il discorso d'odio sarebbe vietato e punito non per arginare situazioni di pericolo, bensì per anticipare e contenere i tanti conflitti sociali che caratterizzano il nostro tempo, seguendo così un approccio *content based* anziché *context based*. In sintesi, applicando limiti logici, vuoi all'italiana, vuoi all'americana, secondo le definizioni date a livello teorico¹³.

SEZIONE I – IL PANORAMA STATUNITENSE

1.1. *La vaghezza delle dottrine del clear and present danger e delle fighting words – ovvero il I emendamento alla prova della giurisprudenza della Corte Suprema*

Come si diceva, l'ideologia liberale che permea l'ordinamento statunitense ha per lungo tempo giustificato l'astensionismo statale dalla regolamentazione dell'*hate speech*. Le teorie elaborate a livello dottrinale del *marketplace of ideas*, del *self-government* e del discorso pubblico, descritte diffusamente nel precedente capitolo, hanno rappresentato il faro per i giudici distrettuali, statali e soprattutto per la Corte Suprema, la quale, di conseguenza, ha individuato i discorsi d'odio suscettibili di limitazione. Più in particolare, secondo quanto elaborato nella giurisprudenza della Corte Suprema, gli *speeches* d'odio esclusi dalla protezione del Primo emendamento sono quelli che non superano i test del *clear and present danger* e delle *fighting words*.

Entrambi questi test si fondano su un assunto di partenza, ovvero che la manifestazione del pensiero può essere limitata non per il contenuto del messaggio che s'intende veicolare, ma perché esso si tramuta in atto violento. In sostanza, le parole espresse devono produrre delle conseguenze tangibili dannose per l'ordine pubblico.

Questa sintetica definizione delle dottrine in questione ha da sempre indotto a pensare che negli Stati Uniti l'*hate speech* goda di una solida protezione costituzionale. Tuttavia, analizzando più a fondo il modo in cui esse si sono sviluppate e applicate, emergono dei tratti di ambiguità che non hanno permesso di delimitare con precisione le deroghe alla tutela del discorso d'odio.

Partiamo dalla dottrina del *clear and present danger*, da intendersi come l'istigazione alla commissione di un reato. La sua prima formulazione risale all'opinione dissenziente del giudice Holmes espressa nella storica sentenza *Abrams v.*

¹³ Si rimanda in merito al primo capitolo.

United States degli inizi del novecento¹⁴. In tale frangente egli scriveva che «*the United States constitutionally may punish speech that produces or is intended to produce a clear and imminent danger*»¹⁵.

Invero, tale passaggio risulta molto generico avendo il giudice fatto riferimento sia a danni effettivamente procurati sia a danni che si è “intenzionati” a produrre, ponendosi in questa seconda ipotesi la necessità di valutare l'imminenza di un danno non ancora verificatosi.

A fronte di un principio così fissato, secondo il quale i discorsi sovversivi, ma non pericolosi, non sono punibili – tant'è che Holmes si affrettava a specificare che «*Congress certainly cannot forbid all effort to change the mind of the country*»¹⁶ – ciò che mancava era la specificazione dei criteri in base ai quali graduare la pericolosità del discorso. Conseguentemente, lo Stato avrebbe potuto arbitrariamente scegliere di vietare qualunque opinione “tendenzialmente” minacciosa – così come ha fatto durante il periodo maccartista, o come fa oggi per affrontare la minaccia terroristica – limitandosi a prestare attenzione solamente alla natura delle parole utilizzate.

Del resto, come si può obiettivamente discernere tra parole dette per esprimere un mero dissenso e quelle che sicuramente anticipano un piano d'azione violenta e imminente, profilandosi in tal caso il reato di istigazione a commettere un reato? Il timore di trovarsi di fronte a forze rivolte con l'intento di soppiantare l'ordine costituito o, come nello specifico del caso statunitense, di tradire i valori liberali per sposare quelli comunisti della nemica Unione Sovietica, ha condotto così anche i giudici comuni ad applicare in modo lasco il test del *clear and present danger*¹⁷.

Ne è una prima dimostrazione l'argomentazione addotta dalla stessa Corte Suprema nel caso *Dennis v. United States*, deciso agli inizi degli anni cinquanta in pieno periodo maccartista¹⁸, ma i cui echi, si vedrà, risuonano ancora oggi in talune circostanze.

Partendo dal presupposto dell'impossibilità empirica di valutare con quanta probabilità una minaccia sovversiva si avveri, la Corte preferì attribuire agli aggettivi “*clear*” e “*present*” una portata preventiva. Basti questa citazione: «*the words*

¹⁴ *Abrams v. United States*, 250 U.S. (1919).

¹⁵ *Ibidem*, 627-628.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Non è possibile in questa sede analizzare la giurisprudenza prodotta in merito. Per tutti si veda R.J. WILLIAMS JR., *Burning crosses and blazing words: Hate Speech and the Supreme Court's free speech clause jurisprudence*, in «5 Seton Hall L.J.», 1999, 609 ss.

¹⁸ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Il caso riguardava la presunta incostituzionalità dello *Smith Act* del 1940, il quale stabiliva l'illegalità di costituire organizzazioni atte a sovvertire qualsiasi governo negli Stati Uniti mediante la forza e la violenza. In particolare, il ricorrente Eugene Dennis fu condannato nel processo di *Foley Square* per aver tentato di costituire un partito di matrice comunista.

cannot mean that, before the Government may act, it must wait until the putsch is about to be executed». Il requisito sufficiente per limitare la libertà di manifestazione del pensiero viene identificato nell'indottrinamento, alla presenza del quale si fa concreta l'esigenza di scongiurare un eventuale pericolo sociale¹⁹. Si è così inaugurato un nuovo filone del diritto penale definito "prepressivo", che fonda la sua ragion d'essere nella predizione astratta di comportamenti criminosi e che si muove in direzione contraria rispetto alla tipizzazione delle fattispecie di reato²⁰.

Bisognerà aspettare il dibattito che si generò attorno alla guerra del Vietnam per vedere la Corte Suprema applicare il test del *clear and present danger* in un senso più rigoroso, dandogli nuova veste con il caso *Brandenburg v. Ohio*²¹, meglio conosciuto come *Brandenburg test*.

Nel caso di specie viene dichiarato incostituzionale l'*Ohio Criminal Syndicalism Statute*, il quale, approvato nel 1919, puniva l'istigazione alla violenza come mezzo per promuovere riforme industriali o politiche. In forza di questa decisione è stata ritenuta illegittima la condanna a un leader del Ku Klux Klan, reo per aver minacciato pubblicamente il Governo e il Congresso di ricorrere a metodi violenti qualora non si fosse tornati al segregazionismo. Nel passaggio chiave della sentenza si afferma che un discorso può essere punito al verificarsi di due condizioni: l'intenzionalità di adottare un comportamento violento e l'idoneità delle parole utilizzate a produrre un pericolo.

Nonostante sia stata salutata come una sentenza che traduce finalmente il test del *clear and present danger* in termini marcatamente liberali, essa in realtà non riesce a risolvere compiutamente il problema connaturato alla punibilità dei discorsi d'odio, ovvero la possibilità di stabilire con la massima obiettività possibile in quali casi l'espressione di un pensiero sia idoneo a produrre o meno un pericolo imminente. Il *Brandenburg test*, se da un lato ha scongiurato il rischio di censurare discorsi prettamente politici, di dissenso rispetto alle decisioni governative, dall'altro lato ha lasciato aperta la possibilità di decidere discrezionalmente se e quando punire le idee d'odio, in particolare razziali.

Sconta il difetto di un'accentuata ambiguità anche il test delle *fighting words*, nonostante sembri contenere elementi di maggiore obiettività. Per *fighting words*, tradotto letteralmente con "parole bellicose", s'intendono quelle espressioni – sia verbali sia non verbali – che mostrano una sicura inclinazione ad agire in modo violento da parte di chi le adotta. Sono cioè forme di comunicazione che tendono nell'immediato a creare disordini nello spazio pubblico, perché rappresentano azioni²². Perciò, nel bilanciamento tra la tutela dell'ordine e la libertà di

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Per il significato di questo neologismo e le sue implicazioni si rinvia a E. GRANDE, *Il dispositivo penale della paura. Diffusione di un'ideologia*, in «Democrazia e diritto», n. 3 del 2014, 17 ss.

²¹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

²² In questo senso le *fighting words* rappresenterebbero un limite logico alla manifestazione del

esprimere qualunque opinione per stimolare il dibattito, prevale la prima.

Nella giurisprudenza americana sulle *fighting words* i casi *Chaplinsky v. New Hampshire*²³, *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*²⁴, *R.A.V. v. City of St. Paul*²⁵ e *Black v. Virginia*²⁶, costituiscono i capisaldi della dottrina e, dunque, vanno senz'altro considerati.

La prima di queste sentenze inizia a costruire una definizione della materia, che sarà successivamente affinata nelle successive. Il caso di specie riguarda un testimone di Geova che, issatosi su un banchetto collocato su un marciapiede del centro di Rochester, nel New Hampshire, lancia invettive contro le organizzazioni religiose distribuendo dei pamphlet ai passanti. Invitato dallo sceriffo della cittadina a porre fine alla performance, Chaplinsky reagisce insultandolo con gravi offese («*You are a God-damned racketeer*» e «*a damned Fascist*»). Arrestato, viene condannato in base a una legge nazionale che punisce chi offende intenzionalmente un'altra persona in luogo pubblico. Adita per valutare l'incostituzionalità di tale legge, la Corte Suprema, all'unanimità, dichiara la questione infondata ritenendo che le espressioni utilizzate debbano essere ricomprese nella categoria delle *fighting words* in quanto, come scrive il giudice Murphy, «*inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace*», non apportando nessun valore aggiunto al nutrimento del dibattito pubblico²⁷.

Il discrimine tra parole violente e parole non violente si rinviene, quindi, nella carica aggressiva delle espressioni utilizzate, le quali, continua il giudice Murphy «*are not essential part of any exposition od ideas*»²⁸.

Questa prima e iniziale definizione verrà in seguito testata nel caso forse più famoso di *hate speech* americano, ovvero *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*²⁹, con cui la Corte Suprema, trovandosi a decidere in un periodo storico decisamente meno burrascoso sul piano politico e sociale rispetto all'epoca dei fatti Chaplinsky, sposa un approccio più rigoroso, invitando a valutare con maggiore severità le restrizioni che riguardano la libertà d'espressione.

Il caso trae origine dal divieto imposto a un partito filo nazista di sfilare in corteo in una cittadina dell'Illinois, prevalentemente abitata da appartenenti alla co-

pensiero all'italiana, in quanto espressioni che non riflettano appunto dei pensieri ma degli atti, e come tali rappresentano una reale minaccia per la pace pubblica. V. *supra*, cap. I.

²³ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 568, U.S.315 (1942).

²⁴ 432 U.S. 43 (1977). Particolarmente critico con la soluzione proposta dalla Corte, la quale ha deciso con una maggioranza di 5 a 4, è D.A. DOWNS, *Nazis in Skokie: Freedom, Community, and the First Amendment*, Notre Dame (Indiana-Usa), 1985; ID., *Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment*, in «60 Notre Dame L. Rev.», 1985, 629 ss.

²⁵ 505, U.S. 377 (1992).

²⁶ 538, U.S. 343 (2003).

²⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 568, U.S. 315, cit.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*, 432, U.S. 43, cit.

munità ebraica, alcuni dei quali sopravvissuti ai campi di sterminio. Come alcune altre parate svoltesi altrove, anche quella a Skokie sarebbe stata allestita per veicolare senza ombra di dubbio un messaggio razzista: i partecipanti avrebbero infatti indossato uniformi naziste decorate con la svastica, mostrando cartelli con scritte di questo tenore: «*Free speech for the White Man*» e «*Free Speech for White America*».

La Corte Suprema, chiamata a valutare la legittimità del divieto, impone l'obbligo di prevedere rigorose regole procedurali, tra cui la presa in carico di una eventuale richiesta di revisione immediata della Decisione quando viene in gioco il diritto alla manifestazione del pensiero. Infatti, di fronte al rischio che il Governo possa stabilire – sulla base di propri criteri generici – quali parole e quali simboli offensivi non meritano la protezione del Primo emendamento, si pone la necessità di valutare attentamente le circostanze del caso concreto. Poiché «*one man's vulgarity is another's lyric*», e che «*the Constitution leaves matters of taste and style largely to the individual*»³⁰ secondo la Corte non è plausibile escludere dal dibattito pubblico espressioni, o l'esposizione di simboli che solo potenzialmente causano rabbia o risentimento in chi ascolta³¹.

Gli effetti di tale decisione si riflettono naturalmente sul caso di specie. Infatti, rinviato alla Corte Suprema dell'Illinois, essa stabilirà che la marcia – dove in particolare sarebbe stata mostrata la svastika – non avrebbe rappresentato una *fighting word*, bensì una forma simbolica di *free speech*. Vi saranno poi anche a livello generale notevoli ripercussioni sulla giurisprudenza futura, la quale di là a venire ha di fatto limitato la categoria delle *fighting words* ai soli insulti diretti a una specifica persona e idonei a provocare una reazione violenta³², come in effetti era accaduto nel caso Chaplinsky.

Ad aggiungere ulteriori tasselli per l'identificazione e la punibilità delle *fighting words* ci sono anche le sentenze *R.A.V.* e *Black*.

Questa volta non si è chiamati a valutare la portata di un discorso, bensì solo l'esposizione di un simbolo con immediate connotazioni di stampo razzista, ovvero l'innalzamento della croce fiammeggiante (*cross burning*), che per il Ku Klux Klan incarna la supremazia della razza bianca sulle altre.

Più precisamente, nel caso *R.A.V.* un gruppo di adolescenti viene condannato per aver collocato una croce fiammeggiante di fronte al giardino di proprietà di una famiglia afro americana, in applicazione di un'ordinanza della città di St. Paul, Minnesota, che vietava di occupare il suolo pubblico o privato con simboli, oggetti, graffiti o altro «*including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender*»³³.

³⁰ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 568, U.S. 315, cit., 24.

³¹ *Ibidem*, 26.

³² Cfr., ad esempio, *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

³³ *R.A.V. v. City of St. Paul*, cit.

Impugnata la decisione di condanna dinanzi alla Corte Suprema del Minnesota, questa sottopone alla Corte Suprema federale un dubbio d'incostituzionalità dell'ordinanza rispetto al Primo emendamento, sospettando in particolare l'illegittimità di una disposizione che punisce il pensiero sulla base di un mero contenuto, nel caso di specie il contenuto razzista.

Al pari della Corte del Minnesota anche la Corte Suprema non nutre alcun dubbio circa lo scopo principale del provvedimento di punire le sole “*fighting words*” nell'accezione fatta propria dal precedente *Chaplinsky*. Rimane però da sciogliere il nodo dell'ampiezza delle limitazioni lecitamente possibili.

Nella sentenza, scritta per la maggioranza dal giudice Scalia, si riconosce l'esistenza di alcune categorie di *speeches* non protette costituzionalmente sulla base dei contenuti espressi, come le *fighting words*³⁴ a cui l'ordinanza fa appunto riferimento. Tuttavia, non si riconosce un loro divieto automatico, limitando la punibilità alle sole opinioni che possono produrre reali conseguenze pericolose per l'ordine sociale e a quelle che producono seri effetti secondari dannosi che discenderebbero dalla loro diffusione³⁵.

Nella prima ipotesi la Corte è particolarmente attenta a non fornire un precedente che legittimerebbe lo Stato ad includere tra i casi di diffamazione, di osceno e, appunto, di *fighting words* le opinioni che risultano solamente sgradite al potere pubblico. Così, ad esempio, per la diffamazione, Scalia osserva: «*the government may proscribe libel, but it may not make the further content discrimination of proscribing only libel critical of the government*»³⁶.

Nella seconda ipotesi la Corte Suprema vuole evitare di proibire la diffusione di opinioni per evitare effetti secondari in definitiva non così rilevanti. Così, ad

³⁴ Oltre alle *fighting words*, già nel caso *Chaplinsky* erano state chiarite quali altre categorie di *speeches* non fossero tutelate costituzionalmente. «*These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words*». Cfr. *Chaplinsky v. New Hampshire*, cit.

³⁵ Un caso di applicazione di restrizione alla libertà del pensiero per evitare effetti dannosi secondari, invero criticabile, è *Renton v. Playtime Theaters, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986). Un'ordinanza locale che vietava l'apertura di locali per soli adulti in alcune zone di una cittadina americana (Renton, Washington), che quindi colpiva solo certe espressioni del pensiero (quelle che avevano un contenuto sessuale) e non altre (ed era perciò ovviamente *content-based*), fu considerata *content-neutral* e ritenuta costituzionalmente legittima in base al Primo emendamento. Ciò in quanto, secondo i giudici, essa mirava non a sopprimere la libertà di mostrare e vedere materiale per adulti, ma a tutelare gli abitanti di Renton dall'arrivo di persone poco raccomandabili che quei locali avrebbero attirato.

³⁶ 505 U.S., cit., 388. In particolare sull'osceno, il giudice Scalia scriveva «*A State may choose to prohibit only that obscenity which is the most patently offensive in its prurience – i.e., that which involves the most lascivious displays of sexual activity. But it may not prohibit, for example, only that obscenity which includes offensive political messages. And the Federal Government can criminalize only those threats of violence that are directed against the President, since the reasons why threats of violence are outside the First Amendment (protecting individuals from the fear of violence, from the disruption that fear engenders, and from the possibility that the threatened violence will occur) have special force when applied to the person of the President*».

esempio, lo Stato «*could permit all obscene live performances except those involving minors*»³⁷.

Applicando questi due criteri s'invita a prestare la dovuta attenzione nella valutazione dei casi, per evitare d'includere nella categoria delle *fighting words* idee in base al contenuto e non per la loro effettiva pericolosità. Pertanto, solo alcuni discorsi d'odio restano esclusi dal Primo emendamento, non per il messaggio che veicolano, ma per le modalità scelte per esprimerli³⁸. In caso contrario, si autorizzerebbe lo Stato a compiere una discriminazione tra le diverse opinioni.

Ritornando al caso di specie, si capisce allora il perché l'ordinanza oggetto del giudizio si macchi d'incostituzionalità: essa non mirava a punire un particolare modo – pericoloso e offensivo – di esprimersi³⁹, bensì selezionava i messaggi intolleranti da condannare, ovvero quelli sulla razza, sul genere e sulla religione, trascurando altri tipi di *speeches* che possono urtare la sensibilità di altre categorie di persone, come per esempio quelle sull'orientamento sessuale non incluse nel divieto⁴⁰.

E la Corte conclude: «*Let there be no mistake about our belief that burning a cross in someone's front yard is reprehensible. But St. Paul has sufficient means at its disposal to prevent such behavior without adding the First Amendment to the fire*»⁴¹.

Le basi poste nella sentenza R.A.V. a favore della tutela dei discorsi d'odio razziale in virtù del Primo emendamento si rafforzano ulteriormente con la sentenza *Black v. Virginia*, in cui la croce fiammeggiante era stata questa volta innalzata nel giardino di una famiglia afro americana. La legge della Virginia, su cui gravava il dubbio d'incostituzionalità in relazione al Primo emendamento, condannava «*any person [...], with the intent of intimidating any person or group [...], to burn a cross on the property of another, a highway or other public places*», specificando inoltre che «*[a]ny such burning [...] shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group*»⁴².

³⁷ *Ibidem*, 389.

³⁸ Per usare ancora una volta le parole di Scalia: «*the reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey*». *Ibidem*, 389.

³⁹ Sempre attingendo dalle parole della Corte, l'ordinanza «*has not singled out an especially offensive mode of expression – it has not, for example, selected for prohibition only those fighting words that communicate ideas in a threatening (as opposed to a merely obnoxious) manner*». *Ibidem*, 391.

⁴⁰ Spiega infatti Anthony Scalia a sostegno dell'incostituzionalità del divieto che «*The ordinance applies only to 'fighting words' that insult, or provoke violence, 'on the basis of race, color, creed, religion, or gender'. Displays containing abuse invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use 'fighting words' in connection with other ideas – to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality – are not covered*». *Ibidem*, 391.

⁴¹ *Ibidem*, 396.

⁴² Va. Code Ann. § 18.2-423 (1996).

In sostanza, la disposizione agiva su due piani: innanzitutto, si punivano solamente le *fighting words* espresse attraverso l'esposizione della croce fiammeggiante, trascurando altri messaggi in astratto bellicosi; in secondo luogo, si affermava che il *cross burning* è la prova vivente della volontà d'intimidire i destinatari del messaggio.

Si presenta dunque alla Corte Suprema l'occasione per chiarire ancora meglio l'ambito di applicazione della dottrina delle *fighting words*, specificando che le parole o i simboli usati debbano rappresentare una reale minaccia rivolta a un preciso interlocutore.

Per maggiore chiarezza, il giudice di maggioranza O' Connor identifica le reali minacce con «*those statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals*»⁴³. Sono quindi quelle che intimidiscono, cioè che hanno l'intento di far sentire la vittima prossima a subire violenza, o addirittura a sentirsi in pericolo di vita. In quest'ottica, le *fighting words*, come nel caso di specie il *cross burning*, non sono permesse nella misura in cui i destinatari del messaggio si sentano gravemente intimiditi. Tale condizione deve essere tuttavia dimostrata in sede giudiziaria, in quanto non tutte le manifestazioni in cui s'innalza la croce si rivelano così aggressive; la differenza la fanno le circostanze del caso concreto.

Alla luce di tali considerazioni e sulla scorta della giurisprudenza R.A.V., la Corte Suprema dichiara l'incostituzionalità della legge della Virginia in primo luogo perché introduce una discriminazione fra manifestazioni del pensiero in base al loro contenuto, essendo solo la croce fiammeggiante identificata come forma d'intimidazione punibile; in secondo luogo perché, considerando l'intento intimidatorio connotato al *cross burning* di per sé, ne viene vietata la pratica anche quando il suo obiettivo sia meramente quello di manifestare un dissenso, senza alcuna intenzione di minacciare gli astanti. Se in quest'ultima ipotesi, infatti, la condanna sarebbe legittima, nella prima si andrebbe a criminalizzare un *speech* che qualora si avvalsesse di mezzi diversi dal *cross burning* sarebbe lecito. Solo con un'attenta valutazione del caso concreto si può giungere a stabilire la vera natura dell'atto, se intimidatorio oppure espressivo di un dissenso. Le leggi che puniscono simili comportamenti negando la possibilità di indagare sui motivi che hanno condotto a compierli, come faceva quella della Virginia, devono pertanto ritenersi incostituzionali.

Posta in questi termini, la dottrina delle *fighting words*, al pari della dottrina del *clear and present danger*, è confinata a casi limite. Infatti questi, come visto, non sono numerosi e fanno apparire l'ordinamento statunitense agli occhi del resto del mondo come garante della manifestazione del pensiero in senso assoluto, ammettendo solo minime eccezioni⁴⁴. Tuttavia, una seconda lettura più ap-

⁴³ 538, U.S., cit., 359.

⁴⁴ Per altri casi di *hate speech* in cui le dottrine in esame hanno trovato applicazione si v. E.

profondità permette di giungere a una conclusione parzialmente diversa: i casi qui analizzati mostrano, infatti, come la Corte Suprema non sia mai arrivata a classificare tassativamente le ipotesi di punibilità dei discorsi d'odio in base al pericolo concreto prodotto, lasciando così sempre aperto un discreto spazio di apprezzamento per legislatori e giudici comuni. Per entrambe le dottrine rimane insoluto il dubbio formulato già in precedenza legato alla difficoltà di stabilire con certezza cosa rappresenti una reale minaccia e un concreto pericolo quando alla manifestazione di un'opinione d'odio, oppure all'ostensione di un simbolo altrettanto esecrabile, non segue "immediatamente" un'azione violenta.

Del resto, nei discorsi d'odio, in particolare razziali, albergano elementi meta-giuridici, come il contesto sociale, il patrimonio culturale e la sensibilità dei giudici, che anche e soprattutto in un ordinamento di *common law* come quello statunitense, giocano un ruolo non indifferente. La risposta della Corte Suprema risulta perciò in ultimo insoddisfacente: invece di prendere una posizione chiara e definitiva a sostegno della protezione degli *hate speeches*, *in primis* del discorso razzista – eccetto i casi limite dove alla parola o all'esposizione di un simbolo minacciosi segue un atto aggressivo – ha offerto loro sì una forma di protezione, ma che nella realtà dei fatti risulta piuttosto ridotta, nonché soggetta ad oscillazioni applicative. Ciò perché non è mai giunta a separarli nettamente dalle categorie dei pensieri non protetti⁴⁵, quali l'osceno, il profano, il calunnioso, l'insultante.

Difficile comprendere i motivi di questo atteggiamento equivoco della Corte Suprema. In fondo, se optasse per un'impostazione più garantista quali sarebbero gli svantaggi? Volendo prendere alla lettera i capisaldi posti dalle dottrine in esame – secondo cui il *clear and present danger* deve intendersi come "effettiva idoneità" delle istigazioni a causare un'azione illegale "imminente" e secondo cui le *fighting words* punibili sono solo le reali intimidazioni rivolte a persone specifiche – gli effetti illeciti dei discorsi d'odio, in particolare razziali, sarebbero comunque rimossi attraverso la previsione dei reati di calunnia o di diffamazione.

Il tempo presente non sembra però il più adatto per sposare un simile approccio. A fronte delle continue minacce terroristiche non è mancata la proposta per una lettura maggiormente attualizzata del requisito della chiarezza del pericolo. È stata infatti avanzata l'ipotesi d'interpretare l'aggettivo *clear* (idoneo/sicuro) come sinonimo di *likely* (probabile), mentre l'aggettivo *present* (imminente) come sinonimo di *mid-long term* (effetti di medio lungo termine), recuperando i principi posti nella giurisprudenza Dennis, tanto criticati nei decenni precedenti al nuovo millennio⁴⁶. Ciò in vista di una valorizzazione dell'analisi

GRANDE, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in «Questione Giustizia», n. 4 del 2015, 47 ss.

⁴⁵ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, cit., 511 ss.

⁴⁶ Sul caso e i principi che qui erano stati posti v. *supra* 58-59.

costi-benefici degli effetti che un discorso d'odio può produrre in futuro. In un arco temporale di medio-lungo termine, si devono mettere a confronto da un lato i danni e dall'altro i benefici.

L'approccio non sarebbe così inappropriato, visto che uno dei principali obiettivi che si pretende di raggiungere attraverso la sanzione dell'*hate speech* è quello di arginare, per quanto possibile, la diffusione di un linguaggio sconveniente e discriminatorio, rappresentando la pena uno strumento deterrente. Poiché però non è possibile una quantificazione reale né dei costi né dei benefici, si è costretti a costruire indici meramente probabilistici, motivo per cui il pericolo che scaturisce dalla diffusione di un discorso d'odio verrebbe valutato in termini solo eventuali. Si darebbe così allo Stato la possibilità di vietare i discorsi d'odio in presenza di un semplice sospetto e non della certezza che questi possano, in futuro, produrre effetti controproducenti per la pace sociale⁴⁷.

Per il fatto che la Corte Suprema abbia mancato di prendere una posizione netta in tema di *hate speech* si è prodotta una seconda conseguenza. L'apertura a una serie di deroghe poste, come visto, in termini ambigui, ha consentito la permanenza di leggi e provvedimenti che puniscono i discorsi d'odio⁴⁸. Infatti, molti Stati provano in diversi modi a dotarsi di atti normativi anti *hate speech*: fatta eccezione per la Corte Suprema – che continua a difendere strenuamente il Primo emendamento⁴⁹, anche attraverso la dichiarazione d'incostituzionalità di alcuni di questi atti – a livello legislativo e giurisprudenziale statale non è così pacifico che la manifestazione del pensiero sia un diritto “quasi” assoluto.

Può essere utile a questo punto esaminare i tentativi compiuti dalla giurisprudenza per salvare dall'incostituzionalità alcune legislazioni e ritenere legittimi interventi specifici di organismi pubblici e privati, quali sono esemplarmente i maggiori campus universitari che sanzionano i discorsi d'odio.

1.2. *La punibilità indiretta degli hate speeches razziali attraverso gli hate crimes*

A differenza della giurisprudenza sul *clear and present danger*, la dottrina delle *fighting words* (in particolar modo attraverso i principi posti nelle sentenze *R.A.V.* e *Black*), sembrava fosse più idonea ad escludere la punibilità dei discorsi d'odio, avendo cercato di restringerne l'ambito di applicazione alle sole opi-

⁴⁷ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?*, in L.C. BOLLINGER, G.R. STONE (a cura di), *The free speech century*, New York, 2019, 162 ss.

⁴⁸ Oltre alle vie formali di censura dei discorsi d'odio di cui si darà conto nei prossimi due paragrafi, sono tante le vie informali sperimentate negli Usa. Soprattutto dopo l'attentato alle Torri Gemelle di New York, non sono mancati casi in cui Professori universitari, che avevano espresso posizioni anti-patriottiche e di condanna alle politiche estere statunitensi, siano stati licenziati con meri pretesti. Per una rassegna documentata di queste vicende E. GRANDE, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura* cit., 60-61.

⁴⁹ Si veda ad es. la più recente sentenza *Matal v. Tam*, 582, U.S. (2017).

nioni realmente pericolose per l'incolumità fisica degli offesi e ritenendo allo stesso tempo lecite quelle che si limitano ad esprimere un particolare punto di vista solo tendenzialmente pericoloso, seppure immorale. Invece, come accennato poc'anzi, neppure questo test è riuscito a rendere oggettivi i criteri fissati, autorizzando gli Stati a ricorrere a misure limitative del pensiero che interessano nello specifico i pregiudizi razziali.

In effetti, proprio tale dottrina ha prodotto due precisi e opposti risultati: da un lato ha consentito alle Corti Supreme statali di esprimere diversi *distinguishing*, consentendo di fatto la permanenza in vigore di leggi contro l'*hate speech*; dall'altro ha avallato la legittimità costituzionale di tutte quelle legislazioni che, sanzionando penalmente gli *hate crimes*, permettono implicitamente di punire gli *hate speeches*.

Il caso più noto di *distinguishing* dalla sentenza *R.A.V.* è *People v. Steven S.*⁵⁰, in cui la Corte d'appello californiana era stata chiamata a giudicare la disposizione prevista al par. 11411 c.p. che punisce l'esposizione della croce fiammeggiante sulla proprietà altrui allo scopo di terrorizzare gli astanti. Secondo i giudici, tale disposizione soddisfaceva le tre eccezioni individuate da Scalia nel caso *R.A.V.* in quanto la disposizione non puniva l'atto del *cross burning* in generale, bensì il "*malicious*" *cross burning*, ovvero le ipotesi in cui si producono danni tangibili. Ancora una volta però si manca di specificare in quali circostanze l'atto causa conseguenze concrete.

Si muove nella stessa direzione la Corte Suprema di Washington nel caso *State v. Talley*⁵¹, affermando che la legge impugnata avesse lo scopo di regolare condotte criminose dagli effetti così pericolosi e violenti – quale l'atto di bruciare un simbolo – da non interessare affatto la libertà d'espressione. Una decisione questa che non si discosta dall'applicazione del limite logico al pensiero che non può essere protetto perché principio d'azione⁵².

Persino negli Stati in cui è stata dichiarata l'incostituzionalità della punibilità del *cross burning*, le Corti hanno tenuto a precisare che tale illegittimità si fondasse su argomentazioni differenti da quelle proposte nella *R.A.V.* Così, ad esempio, nel caso *State v. T.B.D.*⁵³, la Corte Suprema della Florida si è premurata di specificare di essere giunta a tale conclusione non per aver aderito ai principi fissati dalla Corte Suprema, bensì per i contenuti eccessivamente vaghi della legge oggetto del giudizio⁵⁴, la quale, proprio per la sua ampia formulazione, avrebbe po-

⁵⁰ 31 Cal. Rptr. 2d 644 (Cal. Ct. App. 1994).

⁵¹ 858 P. 2d 217 (Wash. 1993).

⁵² Cfr. cap. I, par. 2.5 di questo stesso volume.

⁵³ 656 So. 2d 479 (1995). Per una più puntuale rassegna di casi in cui le conclusioni della sentenza *R.A.V.* sono state disattese, R.J. WILLIAMS Jr., *Burning crosses and blazing words: Hate speech and the Supreme Court's free speech clause jurisprudence*, cit.

⁵⁴ Section 876.18, Florida Statutes (1993).

tuto incidere anche su quelle forme d'espressione che invece godono di una protezione costituzionale (cosiddetta *Overbreadth doctrine*⁵⁵).

I casi ora accennati, che si potrebbero ritenere esemplari di un atteggiamento punitivo delle Corti nei confronti dell'*hate speech*, dimostrano chiaramente le difficoltà incontrate dai giudici statali ad applicare la giurisprudenza *R.A.V.*, dovute certamente alla confusione da essa generata e alla profonda spaccatura tra i giuristi circa i suoi postulati⁵⁶.

Ancora più stridente è la diversa conclusione rispetto alla *R.A.V.* a cui la stessa Corte Suprema è addivenuta nel caso *Mitchell v. Winsconsin*⁵⁷, chiamata a valutare la costituzionalità della legge, appunto, del Winsconsin che disciplinava i reati di *hate crimes*, ovvero quelli il cui movente è rappresentato da un sentimento d'odio⁵⁸.

Per intendersi, tali fattispecie, che non sempre sono anticipati dalla produzione di *hate speeches*, corrispondono per lo più alle aggravanti per finalità di discriminazione razziale. A rendere dubbia la loro previsione rispetto alla tutela della libertà d'espressione è l'interpretazione data per la loro applicazione. Infatti ad integrare il reato, oltre al movente, vi possono essere due altre ipotesi, ovvero l'intenzione di indurre altri ad adottare un comportamento violento o discriminatorio, oppure la semplice provocazione⁵⁹. Trovando quest'ultima impostazione il favore di parte della dottrina americana⁶⁰, anche la Corte Su-

⁵⁵ *V. Valley Forge Christin College v. American United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982). Per alcuni contributi della dottrina, cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, ult. ed., 2000; R.H. FALLON JR., *Making sense of Overbreadth*, «100 Yale L.J.», 1991, 853 ss.

⁵⁶ V. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, cit., la quale ricorda che nella sua opinione dissenziente il giudice Stevens fa notare come il caso *R.A.V.* ha assicurato al pensiero razzista aggressivo una tutela più ampia di quella conferita al *commercial speech*.

⁵⁷ 508 U.S. 476 (1993).

⁵⁸ Su un'approfondita disamina di ciò che distingue i reati di *hate crimes* da altri ordinari crimini v. F. LAWRENCE, *The punishment of Hate: Toward a normative theory of Bias-motivated crimes*, in «93 Mich. L. Rev.», 1995, 320 ss.

⁵⁹ Come si vedrà nel prossimo capitolo, l'applicazione dell'aggravante per i reati commessi con la finalità di discriminazione razziale è consueta e si fonda sui principi posti dalla Cassazione italiana che ha precisato come «ai fini della configurabilità dell'aggravante non può considerarsi sufficiente che l'odio etnico, nazionale, razziale o religioso sia stato, più o meno riconoscibilmente, il sentimento che ha ispirato all'interno l'azione delittuosa, occorrendo invece che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nella quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto, riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione». Cass. pen., V sez., 5 dicembre 2005, n. 44295/05.

⁶⁰ C'è addirittura chi ravvede la possibilità di punire ancora più aspramente le aggressioni motivate dall'odio quando esse hanno lo scopo di istigare in altri soggetti sentimenti razzisti che con-

prema l'ha avallata rappresentando il caso *Mitchell* la giusta occasione.

Il caso riguarda il Signor Mitchell, un afroamericano che, dopo aver visto insieme ad un gruppo di persone, anch'esse afroamericane, la pellicola *Mississippi Burning*, le aveva incitate a percuotere un uomo bianco per sfogare la rabbia accumulata durante la visione del film. La Corte Suprema del Wisconsin decide a favore del ricorrente, ritenendo che la legge dello Stato in questione sia incostituzionale perché restrittiva della libertà d'espressione: in buona sostanza, prevedere la circostanza aggravante come fa la legge del Wisconsin per atti violenti commessi con finalità razziale⁶¹ significherebbe punire anche il pensiero e non solo l'aggressione fisica, contravvenendo al principio secondo cui per il Primo emendamento anche le idee razziste sono lecite. Secondo il giudice Heffernan, che scrive la sentenza, tali tipi di reati hanno il preciso scopo di colpire la libertà di manifestazione del pensiero più che sanzionare l'azione violenta, per la quale esiste già una norma apposita. È il pregiudizio espresso che si punisce, non tanto la gravità dell'atto⁶². In più, secondo la stessa Corte, il rischio sarebbe quello di applicare in futuro la circostanza aggravante anche a quei casi in cui al pensiero non segue necessariamente l'azione concreta, divenendo dunque una norma deterrente contro l'*hate speech* e non contro l'*hate crime* – «*Aside from punishing thought, the hate crimes statute also threatens to directly punish an individual's speech and assuredly will have a chilling effect upon free speech*»⁶³. Conducendo questo tipo di argomentazione, la Corte del Wisconsin riesce perfino a trovare un anello di congiunzione con il caso *R.A.V.*, attraverso il quale, pur non avendo nulla a che vedere con il reato di *hate crime*, si è esclusa la punibilità delle idee solo perché non sono condivise dagli organi di potere, o più in generale dalla società⁶⁴.

Non è dello stesso avviso la Corte Suprema federale che, coinvolta nella que-

ducono a forme di linciaggio. D. CHANG, *Lynching and terrorism, speech, and R.A.V.: The constitutionality of Wisconsin's hate crimes Statute*, in «10 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts.», 1993, 455 ss.

⁶¹ Wis. Stat. §939. 645(1) del 1989: «*If a person does all of the following, the penalties for the underlying crime are increased as provided in sub. (2): [...] (b) Intentionally selects the person against whom the crime under par. (a) is committed or selects the property that is damaged or otherwise affected by the crime under par. (a) in whole or in part because of the actor's belief or perception regarding the race, religion, color, disability, sexual orientation, national origin or ancestry of that person or the owner or occupant of that property, whether or not the actor's belief or perception was correct.*».

⁶² Infatti, nella sentenza si legge che «*The hate crimes statute enhances the punishment of bigoted criminals because they are bigoted. The statute is directed solely at the subjective motivation of the actor – his or her prejudice. Punishment of one's thought, however repugnant the thought, is unconstitutional.*» *State v. Mitchell*, 485 N.W. 2d 807 (Wis. 1992).

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, 814. «*While the St. Paul ordinance invalidated in R.A.V. is clearly distinguishable from the hate crimes statute in that it regulates fighting words rather than merely the actor's biased motive, the Court's analysis lends support to our conclusion that the Wisconsin legislature cannot criminalize bigoted thought with which it disagrees.*».

stione, giunge a una conclusione diametralmente opposta, salvando pertanto la legge dall'incostituzionalità. Preliminarmente, la Corte precisa che il caso in questione e quello *R.A.V.* non possano essere paragonati, originando da fatti completamente differenti: la legge impugnata nella *R.A.V.* era finalizzata a criminalizzare l'espressione di un pensiero che non necessariamente sarebbe sfociato in un atto violento e, di conseguenza, finiva col punire il contenuto di un'idea e non la forma in cui si esprimeva; al contrario, l'obiettivo principale della legge del *Winsconsin* è quello di punire una condotta violenta generata da un pensiero d'odio.

Il Primo emendamento, si affretta a sostenere la Corte Suprema, non proibisce di considerare la comunicazione di un certo modo di pensare come la prova evidente della sussistenza di una condotta criminosa; anzi, tale comunicazione diventa piuttosto l'elemento chiave per individuare il movente dell'azione. Vale a dire che la protezione costituzionale di cui solitamente gode la libertà d'espressione non è garantita per tutti quei casi in cui un'idea rappresenta un'aggravante nella commissione di atti violenti.

A ben vedere, come alcuni hanno sostenuto, si potrebbe addirittura scorgere una linea di continuità tra le due sentenze⁶⁵: avendo affermato con la *R.A.V.* che i pensieri punibili sono i pensieri-azione, la presenza di norme che sanzionano più aspramente crimini derivanti da idee d'odio costituirebbe una diretta conseguenza logico-giuridica. Il Primo emendamento, dunque, non ostacolerebbe il legislatore nell'individuazione dell'ammontare della pena per la commissione di un reato, proibendo soltanto la criminalizzazione del pensiero qualora non siano certe le conseguenze delittuose che ne potrebbero derivare. Ancora una volta, seguendo questo ragionamento, la Corte Suprema pare voglia ribadire un punto fermo nella sua giurisprudenza sull'*hate speech*, ovvero che l'elemento distintivo tra pensiero d'odio punibile e pensiero d'odio lecito è la sua conseguenza violenta.

Rimane, tuttavia, sullo sfondo una contraddizione di tipo concettuale che poco si concilia con i principi liberali a cui l'ordinamento statunitense s'ispira. Con le due sentenze *R.A.V.* e *Mitchell* si è di fatto acconsentito alla permanenza di due differenti ed opposti regimi in tema di discorso d'odio razziale: la rigida disciplina delle *fighting words* enucleata dalla *R.A.V.* ammette la possibilità di diffondere messaggi d'odio alla luce del Primo emendamento – a meno che non rappresentino un principio d'azione – mentre, allo stesso tempo, sono puniti quelli che integrano una fattispecie criminosa anche quando non è detto che essi rappresentino il movente principale che ha condotto all'azione⁶⁶.

⁶⁵ V. D. CHANG, *Lynching and terrorism*, cit., 490; R.J. WILLIAMS Jr., *Burning crosses and blazing words*, cit., 652.

⁶⁶ V.H.J. BOURGUIGNON, *The United States Supreme Court and freedom of expression*, in «3 Hum. Rts. L. Journal», 1994, 137 ss.

A tal proposito, risulta indicativo il report del 2012 diffuso dall'*Anti – Defamation League* (ADL) sull'*hate crime laws*, il quale documenta che ben 43 Stati e il distretto di Washington D.C. hanno approvato leggi sui crimini d'odio basandosi sul modello redatto dalla stessa lega, apertamente favorevole all'adozione di un regime punitivo delle manifestazioni razziste⁶⁷. Disposizione comune a quasi tutte queste legislazioni è quella relativa alla circostanza aggravante, che punisce appunto crimini motivati dal pregiudizio razziale⁶⁸. E ancor più indicativo è il fatto che essa abbia trovato una larga applicazione da parte delle Corti statali, così superando – ognuna seguendo un proprio filo argomentativo – la principale difficoltà interpretativa che ne derivava. Bisognava, infatti, stabilire in quali casi l'aggravante venisse in rilievo, ovvero se soltanto quando il pregiudizio razziale fosse l'unico fattore determinante per la commissione del crimine d'odio, oppure, se tra i tanti, fosse quello determinante, o, ancora, addirittura se fosse sufficiente la sua presenza. Così, ad esempio, per la Corte dello Stato di Washington è bastato che fosse uno dei motivi⁶⁹, mentre solo la Corte Suprema californiana⁷⁰ e il 13esimo Distretto della Corte d'appello del Texas⁷¹ hanno stabilito che il pregiudizio debba costituire l'unica ragione che muove la mano dell'imputato.

In definitiva, la roccaforte del Primo emendamento per i discorsi d'odio razziale pare essere inespugnabile solo in sporadici casi. I principi liberali che hanno da sempre ispirato il regime statunitense in tema di libertà d'espressione possono perciò essere elusi dalla presenza di misure volte a reprimere gli *hate crimes*. Intuitivamente tali deroghe rientrano nella normale logica del bilanciamento tra il diritto di esprimere il proprio odio nei confronti di determinate categorie di soggetti e il diritto di questi ultimi a non subire lesioni, per cui sarebbe naturale far prevalere il secondo. La previsione dell'aggravante di reato non desta perplessità, altrimenti si dovrebbe mettere in dubbio uno storico istituto di diritto penale comune a tutti gli ordinamenti. Appare tuttavia peculiare che anche quello statunitense lo preveda per la libertà d'espressione, da sempre e da tutti considerata in termini assoluti.

L'esistenza di circostanze aggravanti per finalità di discriminazione razziale dimostra come anche gli Stati Uniti siano quindi orientati a punire il discorso razzista, nonostante si registri ancora qualche atto di resistenza. Ad esempio, proprio nel caso *Mitchell*, la Corte del Wisconsin obietta l'indispensabilità dell'aggravio della pena, visto che l'azione delittuosa sarebbe comunque punita applicando la

⁶⁷ V. <http://www.adl.org/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf>.

⁶⁸ V. <http://www.civilrights.org/publications/hatecrimes/appendix.a.html?referer=https://www.google.it/>.

⁶⁹ Maggiori dettagli su tali applicazioni possono rinvenirsi sul report redatto dal *Crime Investigative Institute* a p. 14, <http://www.crimevictimsinstitute.org/documents/Hate%20Crimes%20Final.pdf>.

⁷⁰ V. *In re M.S.*, 896 P.2d 1365, Cal., 1995.

⁷¹ V. *Jaynes v. State of Texas*, 216 S.W. 3d. 839, Tex. Court of App., 13th Dist., 2006.

sanzione prevista per la commissione del reato principale. Essa ritiene che attraverso la punizione dell'atto violento si voglia censurare anche il pensiero sottostante, con la conseguenza di contravvenire ai precetti del Primo emendamento.

Si diceva però che queste voci discordi sono sempre meno frequenti, almeno a livello nazionale, soprattutto in un momento storico pressato dalla minaccia terroristica⁷².

Conclusivamente, si può ragionevolmente affermare che il Primo emendamento non rappresenti più un duro scoglio per i discorsi razzisti, sia perché i criteri del *clear and present danger* e delle *fighting words* elaborati dalla Corte Suprema, data la loro l'intrinseca vaghezza, sono suscettibili di *distinguishing* dei giudici distrettuali e statali; sia perché la regolamentazione dell'*hate speech*, se viene vietata *ad hoc* proprio sulla base di tale giurisprudenza, è indirettamente ammessa nella regolamentazione degli *hate crimes*.

1.3. I Campus Hate Speech Codes: una parentesi modello

Un'altra conferma dell'atteggiamento restrittivo dell'ordinamento statunitense nei confronti dell'*hate speech* giunge persino da un contesto sociale che, per definizione, è il luogo deputato a garantire la massima espansione del diritto della manifestazione del pensiero. Il fenomeno, tutto americano, è quello legato alla disciplina dei *campus codes*, testi normativi adottati da alcuni atenei universitari statunitensi che disciplinano specifiche regole di condotta per docenti e studenti circa il linguaggio da usare, con la proibizione categorica di ricorrere a quello razzista.

I *campus codes* rappresentano uno dei risultati più tangibili prodotti dal movimento *liberal e radical* che, nato negli anni ottanta nell'Università del Michigan, si proponeva di affrontare il problema della convivenza tra più culture attraverso l'adozione di un registro linguistico *politically correct*⁷³. Considerati i sempre più frequenti episodi di violenza a sfondo razziale all'interno dei campus, i più prestigiosi hanno convenuto sulla necessità d'imporre il rispetto di uno specifico registro linguistico⁷⁴. Così, nell'arco di un decennio almeno altri trecento campus seguivano l'esempio del Michigan.

⁷²Naturalmente più avveduti sono gli studiosi contemporanei americani che hanno denunciato come da sempre l'applicazione del Primo emendamento vari a seconda di quanto gli Stati Uniti si sentano minacciati. L.C. BOLLINGER, G.R. STONE (a cura di), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, Chicago-Londra, 2002. Per la dottrina italiana, cfr. anche E. GRANDE, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, cit.

⁷³E. CRISAFULLI, *Igiene verbale. Il politicamente corretto e la libertà linguistica*, Roma, 2004; G. HUGHES, *Political correctness. A history of Semantics and Culture*, London, 2010; R. FRESU, *Politically correct*, in «Enciclopedia dell'Italiano», vol. 2, Roma, 2011, 1117 ss.

⁷⁴La stampa di quel periodo riportava numerosi articoli che raccontavano fatti accaduti ad Harvard, all'università di Stanford, del Texas, del Wisconsin. Cfr. N. NAMAZI, J.H. CAHILL, *University hate Speech Codes: a necessary method in the process of eradicating the universal wrong of racism*, in «10 Tauro Law Rev.», 1994, 561 ss.

La *ratio* giuridica che ha ispirato le autorità universitarie a normare a favore della punibilità del pensiero risiede probabilmente nel rispetto del principio d'eguaglianza, inteso in termini sostanziali di predisporre strumenti che assicurano la medesima base di partenza a tutti gli studenti, in modo da poter godere di un'eguale opportunità educativa senza distinzione di razza, etnia, genere, orientamento sessuale, o convinzione religiosa. La scelta però è stata indirizzata non tanto su misure concrete di garanzia all'accesso ai programmi e alle strutture amministrative a qualunque minoranza etnica, ma su misure che dovrebbero riuscire a imporre il rispetto reciproco. In quest'ottica, l'eguaglianza sarebbe lesa dall'*hate speech* perché si ritiene che le parole siano di per sé fonti di discriminazione, in quanto creano un senso di frustrazione e demotivano gli studenti dei gruppi di minoranza, considerati i più vulnerabili. Essere il continuo oggetto di offese e denigrazioni in luoghi come le università, in cui si sperimentano le più importanti forme di aggregazione sociale, impedirebbe ai ragazzi di poter emergere nella società.

In tal modo vengono sposate appieno le tesi degli esponenti della *Critical Race Theory* circa i danni collaterali prodotti dai discorsi razzisti e di cui si è parlato nel precedente capitolo. Non è un caso, infatti, che Richard Delgado e Charles Lawrence si siano immediatamente schierati in difesa dei *campus codes*. Seguendo il classico ragionamento secondo cui il pensiero razzista non può rientrare nel normale processo dialettico, essi hanno cercato di dimostrare come tali codici non siano affatto in contrasto coi principi del Primo emendamento⁷⁵.

Le sanzioni previste – ad esempio dal codice dell'Università del Michigan – sono comminate per qualunque atteggiamento che stigmatizzi gli individui in base alla razza, all'etnia, al genere, all'orientamento sessuale, alle credenze religiose, all'età, ecc. e che minacci, anche implicitamente, la sicurezza personale e la buona riuscita del percorso universitario, o la partecipazione ad attività extracurricolari, oltre che interferire sui risultati universitari e creare un ambiente ostile e intimidatorio⁷⁶. Viene così del tutto trascurato di verificare il

⁷⁵R. DELGADO, *Campus antiracism rules: constitutional narratives in collision*, in «85, Nw. U.L. Rev.», 1991, 343 ss.; C.R. LAWRENCE, *If the Hollers let him go: regulating racist speech on campus*, in «Duke L.J.», 1990, 431 ss. V., inoltre, C.R. CALLEORS, *Reconciliation of Civil Rights and Civil Liberties after R.A.V. v. City of St. Paul: Free speech, Multiculturalism Education, and Political Correctness at Arizona State University*, in «Utah L. Rev.», 1992, 1205 ss.; B. NEUBORNE, *Ghosts in the Attic: Idealized Pluralism, Community and Hate Speech*, in «27 Harv. C.R.-C.L.L. Rev.», 1992, 371 ss.

⁷⁶Policy adottata dall'Università del Michigan il 31 maggio del 1988. Questo il testo ufficiale: «Any behavior, verbal or physical, that stigmatizes or victimizes an individual on the basis of race, ethnicity, religion, sex, sexual orientation, creed, national origin, ancestry, age, marital status, handicap or Vietnam-era veteran status, and that a. Involves an express or implied threat to an individual's academic efforts, employment, participation in University sponsored extra-curricular activities or personal safety; or b. Has the purpose or reasonably foreseeable effect of interfering with an individual's academic efforts, employment, participation in University sponsored extra-curricular activities or personal safety; or c. Creates an intimidating, hostile, or demeaning environment for educational pursuits, employment or participation in University sponsored extra-curricular activities».

nesso di causalità tra la manifestazione dell'idea razzista e l'azione concreta che ne conseguirebbe. Ancora più chiarificatrice è la guida esplicativa che elenca le condotte punibili legate agli atteggiamenti razzisti, tra cui l'esclusione dai gruppi di studio per ragioni legate alla razza, al genere oppure all'origine etnica; l'esposizione di bandiere confederali sulla porta della propria stanza delle residenze; la diffusione di commenti spregiativi nei confronti di persone o gruppi per la loro disabilità, il diverso orientamento sessuale, o le differenti origini culturali e credenze religiose.

Pur ricevendo una grande accoglienza da parte degli accademici, che avrebbe fatto presagire una normazione organica anti *hate speech* a livello nazionale e federale, in una prima fase l'applicazione dei *campus codes* è stata interrotta dalla giurisprudenza *Doe v. Michigan*⁷⁷.

Più in particolare con tale sentenza, la Corte distrettuale del Michigan dichiara illegittimo l'*hate speech code* approvato dall'Università del luogo perché troppo vago ed arbitrario, rendendo impossibile il riconoscimento dello scopo principale perseguito dalle limitazioni imposte dal codice. Così, la Corte conclude che: «*While the Court is sympathetic to the University's obligation to ensure equal educational opportunities for all of its students, such efforts must not be at the expense of free speech*»⁷⁸.

Il caso *Doe* ha provocato un vero effetto domino, visto che altre Corti si sono pronunciate allo stesso modo per altrettanti codici di altre università pubbliche dimostrando che la barriera alzata dalla giurisprudenza *R.A.V.* continuava, in qualche modo, a resistere. Nonostante, come si è già detto profusamente, i suoi tanti difetti, essa fissava se non altro un punto inequivocabile, ovvero che la semplice provocazione razzista non rientra tra le ipotesi di punibilità del pensiero.

Infatti, il difetto più evidente dei *campus codes* è la palese violazione dei principi posti dalle dottrine del *clear and present danger* e delle *fighting words*, in quanto mirano a punire qualunque indistinto discorso razzista, sia gli *speeches* che celano il reale intento di muovere violenza nei confronti dei destinatari sia quelli che si limitano a deriderli o infastidirli.

Eppure, chiusa questa strada, i campus privati hanno potuto sperimentarne un'altra più in linea con le dottrine della Corta Suprema. È stato infatti sufficiente inserire in nuovi codici contenuti all'apparenza più puntuali circa i suoi fini, ovvero la punibilità della parola quando diventa atto discriminatorio o violento⁷⁹.

⁷⁷ *Doe v. Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich 1989).

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Non manca un nutrito dibattito tra gli studiosi circa la presunta natura costituzionale o incostituzionale dei codici, il quale ripercorre le stesse linee argomentative utilizzate per affrontare il tema dell'*hate speech* in generale. Si v., tra gli altri, R.A. GLENN, O.H. STEPHENS, *Campus hate speech and equal protection: competing constitutional values*, in «Widener Journal of Public Law», 1997, 349 ss.; E. CHEMERINSKY, *Unpleasant speech on campus, even hate speech, is a First Amendment issue*, in «William Mary Bill of Rights Journal», 2009, 765 ss.

Ad esempio, alcune università hanno approvato codici orientati a punire le molestie originate da pensieri razzisti – c.d. *anti harassment codes* – convergendo con i contenuti delle legislazioni statali, le quali, come visto, puniscono l'*hate speech* in quanto circostanza aggravante (*hate crime*).

Tuttavia, la trasformazione dell'*hate speech code* in *anti harassment code* oltre a non aver affatto risolto il problema della loro presunta lesione del Primo emendamento, si sta rivelando abbastanza inutile, visto che il fenomeno razzista nelle università non accenna a diminuire e, paradossalmente, accade spesso che gli studenti sanzionati siano proprio i rappresentanti dei gruppi di minoranza⁸⁰.

Il quadro normativo americano delineato conduce a due importanti conclusioni: la prima è che la dottrina delle *fighting words* rimane valida solo sulla carta, potendo essere facilmente aggirata grazie ad una diversa definizione del reato; la seconda, che sarà poi confermata nel proseguo con l'analisi del quadro europeo, e in particolare italiano, è la convinzione che il pensiero d'odio, considerato sconveniente da un punto di vista sociale se non anche assai minaccioso per l'ordine pubblico, debba necessariamente essere arginato ricorrendo agli strumenti giuridici, soprattutto di tipo penale. I processi democratici fondati sul libero confronto dentro e fuori le aule parlamentari non appaiono più consoni a garantire la tenuta dell'ordine costituito. Il pluralismo, di cui la massima espansione della libertà d'espressione dovrebbe rimanere il punto focale, sembra essere oggi maggiormente tutelato attraverso strumenti repressivi, dove è più conveniente limitare invece che garantire la libertà di pensiero per preservare le democrazie⁸¹. È come se non si avesse più fiducia nella forza delle regole democratiche, anche laddove non si è mai avuto il timore di fronteggiare scontri sociali feroci come negli Stati Uniti.

SEZIONE II – IL PANORAMA EUROPEO SOVRANAZIONALE

2.1. *Le influenze della comunità internazionale sull'Europa dell'hate speech*

Abituati a considerare la tutela della libertà d'espressione nel Nord America in termini pressoché assoluti, l'analisi fin qui condotta lascia abbastanza meravigliati. La descrizione della normativa e della sua relativa applicazione da parte dei giudici distrettuali risultano, infatti, in controtendenza rispetto all'impostazione liberale che contraddistingue la forma di stato statunitense, secondo la quale l'intervento del potere statale rappresenta più un ostacolo che una difesa

⁸⁰ N. STROSSEN, *Regulating racist speech on campus: a modest proposal?*, in «Duke L.J.», 1990, 484 ss.

⁸¹ Si esprime in tal senso T. Groppi nella premessa al volume di I. SPIGNO, *Discorsi d'odio, Modelli costituzionali a confronto*, cit., XX.

delle libertà individuali, in particolare del diritto alla manifestazione del pensiero⁸².

Non riserverà invece sorprese l'analisi che si affronterà nelle prossime pagine, dedicata alle normative approvate dagli organismi europei.

È ampiamente noto che le carte dei diritti internazionali, nate dopo i tragici eventi della seconda guerra mondiale, abbiano puntato il dito contro il fenomeno razzista, invitando a congegnare misure volte a evitare che ideologie legate alla superiorità razziale potessero di nuovo legittimare lo sterminio di gruppi di minoranza.

Già il Patto sui diritti civili e politici del 1966, stipulato dall'Onu come il primo esempio di catalogo generale di diritti protetti a livello internazionale sulla base della Dichiarazione Universale dei diritti umani, afferma che «Qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge»⁸³. Ancora più specifica è la coeva Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata a New York nel 1965. Essa non si limita a sancire il divieto di diffondere idee discriminatorie, bensì spinge gli Stati all'adozione di misure positive atte a punire «la diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza o incitamento a tali atti, rivolti contro qualsiasi razza o gruppo di individui di diverso colore o origine etnica, così come ogni assistenza ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento»⁸⁴. È un principio questo che il Comitato istituito per il rispetto della Convenzione ha avuto modo di ribadire anche di recente in un parere espresso ai danni della Germania, la quale non aveva né impedito, né punito la diffusione di un'intervista rilasciata da un militante del partito SPD, membro del Senato di Berlino, il quale aveva dichia-

⁸² D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in «99 California Law Rev.», 2001, 1162 ss.

⁸³ Art. 20, comma 2, del Patto sui diritti civili e politici del 1966. Non sono mancate alcune decisioni del Comitato dei diritti umani, il quale ha la possibilità di esaminare ricorsi proposti da singoli per la violazione del Patto da parte degli Stati membri in base all'art. 5 del Protocollo opzionale. Quella più nota in tema di *hate speech*, in particolare sul revisionismo storico, ha riguardato il ricorrente Faurisson, le cui idee saranno oggetto, seppur trasversalmente, nella recente sentenza della Corte di Strasburgo *M'Bala M'Bala c. Francia* del 20 ottobre 2015 e di cui si parlerà ampiamente nel testo. Nella Comunicazione n. 550/1993 del 16 dicembre 1996, il Comitato si è pronunciato sulla compatibilità della legge francese *Gassot* al Patto, stabilendo che le restrizioni che essa pone per la tutela della comunità ebraica, la quale ha diritto di vivere libera dalla paura senza respirare un'atmosfera antisemita, rientrasse nelle restrizioni previste dall'art. 19 del Patto (par. 9.6). Non meno noto è il caso *Ross c. Canada*, Comunicazione n. 736/1997 del 18 ottobre 2000, il quale, invero, trattava un caso di esercizio della libertà religiosa. Era infatti stata condannata un'insegnante per aver espresso opinioni antisemite. Anche in questa decisione il Comitato dava ragione allo Stato.

⁸⁴ Art. 4 della Convenzione ONU per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale. Tale disposizione, come si dirà nel prossimo capitolo, avrà grosse ripercussioni sull'impianto legislativo italiano sul tema dell'*hate speech*, divenendo fonte d'ispirazione per la redazione della legge n. 654 del 1974.

rato con toni discriminatori che per risolvere la crisi economica sarebbe stato necessario eliminare la classe improduttiva del paese, costituita per la maggior parte da arabi e turchi⁸⁵. Nonostante abbia riconosciuto l'importanza della libertà d'espressione, il Comitato ha ritenuto che la natura delle opinioni espresse dal militante politico fossero in contrasto con l'art. 4 della Convenzione. Pertanto, lo Stato tedesco è stato invitato a rivedere la propria *policy* e le procedure sulla perseguibilità penale di casi del genere⁸⁶.

Le istituzioni europee s'inseriscono perfettamente nel solco tracciato dal diritto internazionale. Sia l'Unione europea – soprattutto attraverso l'operato della *Fundamental Rights Agency* (d'ora in avanti FRA) – sia diversi organismi del Consiglio d'Europa hanno congegnato svariati meccanismi per spingere gli Stati a regolamentare ed eventualmente condannare e punire i discorsi d'odio.

Questo particolare quadro sovranazionale ha, nel corso del tempo, seriamente contribuito a orientare l'operato dei giudici nazionali continentali nell'interpretazione delle leggi sull'*hate speech* in termini punitivi. In particolare guardando all'Italia, per anni la normativa prevista per la criminalizzazione dei discorsi d'odio era stata applicata in modo marginale, evidentemente «per lo scarso allarme sociale che suscitava la sua violazione»⁸⁷. Ma, più di recente, anche e soprattutto grazie alla spinta che proviene dalle istituzioni europee, si registra la tendenza a far rivivere le disposizioni sui reati d'opinione, in particolare quelle inerenti alla discriminazione razziale e omofobica⁸⁸.

Fino a che punto poi siano gli Stati nazionali a fissare lo standard o siano gli organi sovranazionali a farlo è al centro del dibattito odierno e l'analisi sull'*hate speech* dimostrerà come ad arricchire di contenuti i principi costituzionali siano questi ultimi, almeno per quanto riguarda l'Italia⁸⁹.

Al fine di verificare in che modo e fino a che punto il livello sovranazionale condizioni gli orientamenti dei giudici italiani, in questa sezione si conside-

⁸⁵ V. *TBB c. Germania*, Comunicazione n. 48/2010 dell'8 marzo 2013 del Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni razziali.

⁸⁶ *Ibidem*, par. 14.

⁸⁷ A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, 1988; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 2003, 651 ss.

⁸⁸ Sull'applicazione giurisprudenziale italiana della normativa che punisce i discorsi d'odio si rimanda al cap. III, II sez. di questo volume.

⁸⁹ Avvertiva già di questo pericolo M. Cartabia parlando di un possibile colonialismo giurisdizionale. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 57-66. Oltre all'*hate speech*, la tendenza a imporre lo standard di livello di protezione dei diritti si registra anche nel campo dei diritti di famiglia, con particolare riferimento all'istituto del matrimonio. A tal proposito cfr. S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012.

ranno dapprima le normative e le fonti di *soft law* adottate dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea⁹⁰. La seconda parte sarà dedicata all'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

2.2. *Le normative del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea*

Nell'ottobre del 1997 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha approvato un'importante Raccomandazione con cui si chiede agli Stati membri di adottare misure specifiche sanzionatorie per combattere il fenomeno dei discorsi d'odio⁹¹. Oltre ad aver posto l'accento sulla necessità di affrontare il problema secondo la sola prospettiva della criminalizzazione – un aspetto ricorrente in tutti i testi europei che verranno adottati successivamente – il documento risulta importante per almeno altri tre motivi. Innanzitutto, esso rappresenta il primo tentativo ufficiale da parte di un organismo europeo di focalizzare l'attenzione specificamente sul tema; in secondo luogo, questo documento ha il pregio di fornire una definizione comune di cosa si debba intendere per *hate speech*, vista la difformità classificatoria che esiste tra i diversi paesi. *Last but not least*, la raccomandazione pone l'accento sull'esigenza di differenziare i casi in cui i discorsi d'odio sono diffusi attraverso i mass media.

In relazione a quest'ultimo aspetto, il consiglio d'Europa invita i legislatori nazionali ad operare un'attenta valutazione per distinguere le responsabilità degli *haters* da quelle proprie dei professionisti dell'informazione, i quali riportano i pensieri d'odio con lo scopo ultimo d'informare l'opinione pubblica (*Principle 6*). Quanto invece alla definizione di *hate speech*, la Raccomandazione la intende come qualunque forma d'espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme d'odio fondate sull'intolleranza,

⁹⁰ Oltre alle iniziative specifiche in tema di *hate speech*, non mancano politiche dell'Unione che, incidentalmente, ricadono sul tema. Il Parlamento europeo è, ad esempio, impegnato nell'esame di una direttiva proposta dalla Commissione e già passata al vaglio del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo: 2015/0281(COD) *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*. Nello specifico, il par. 7 dispone quanto segue: «The offenses related to public provocation to commit a terrorist offence act comprise, *inter alia*, the glorification and justification of terrorism or the dissemination of messages or images including those related to the victims of terrorism as a way to gain publicity for the terrorists cause or seriously intimidating the population, provided that such behaviour causes a danger that terrorist acts may be committed. To strengthen actions against public provocation to commit a terrorist offence, and also taking into account the increased use of technology, in particular the Internet, it seems appropriate for Member States to take measures to remove or to block access to webpages publicly inciting to commit terrorist offences. Where such measures are taken, they must be set by transparent procedures and provide adequate safeguards, in particular to ensure that restrictions are limited to what is necessary and proportionate».

⁹¹ *Recommendation (97)20 on "hate speech"*, adottata dal Comitato dei Ministri il 30 ottobre 1997, [http://www.coe.int/t/dgbl/standardsetting/brpolicy/other_committees/db-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgbl/standardsetting/brpolicy/other_committees/db-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf).

includendo la manifestazione di un nazionalismo ed etnocentrismo aggressivo, la discriminazione e l'ostilità contro gruppi minoritari e immigrati (*Scope*)⁹².

Le finalità che si prefigge la Raccomandazione sono, dunque, chiare; più dubbie, invece, risultano le circostanze in cui è necessario agire limitando il pensiero d'odio. La definizione data è innanzitutto a maglie troppo larghe, avendo ricompreso qualunque tipo di espressione intollerante e discriminatoria. Del resto, la specificazione che si debba trattare di forme "aggressive" non risulta sufficiente per circoscrivere l'ambito di applicazione, dato che l'aggressività si manifesta e ha conseguenze diverse a seconda che si "diffonda", si "inciti", si "promuova" o si "giustifichi" l'odio. L'impressione è quella di aver voluto evitare, grazie alle tante fattispecie previste, che gli Stati possano, nella loro piena discrezionalità, considerare ammissibili alcune forme di diffusione del pensiero intolleranti. L'unica accortezza che si chiede nella raccomandazione è di valutare attentamente la paternità delle espressioni d'odio, cercando di tutelare i professionisti dell'informazione; risulta, tuttavia, una richiesta minimale rispetto all'ampia – se non assoluta – possibilità di scelta delle fattispecie incriminatrici.

⁹² Sulla falsariga della Raccomandazione (97)20 il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi a mezzo di sistemi informatici, entrato in vigore il primo marzo del 2006, classifica le ipotesi di reato secondo la diffusione, la minaccia, l'insulto, la negazione, la minimizzazione e la giustificazione di genocidi e crimini contro l'umanità. Più in particolare, il primo comma dell'art. 3 della Convenzione stabilisce che in caso di divulgazione di materiali razzisti e xenofobi attraverso i PC «*Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: distributing, or otherwise making available, racist and xenophobic material to the public through a computer system*»; nel caso di minacce il primo comma dell'art. 4 prevede che: «*Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: threatening, through a computer system, with the commission of a serious criminal offence as defined under its domestic law, (i) persons for the reason that they belong to a group, distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors, or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics*»; per l'insulto, l'art. 5 dispone che: «*Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: insulting publicly, through a computer system, (i) persons for the reason that they belong to a group distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors; or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics*»; per i casi di negazione o revisionismo di genocidio e crimini contro l'umanità, l'art. 6 dispone che: «*Each Party shall adopt such legislative measures as may be necessary to establish the following conduct as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right: distributing or otherwise making available, through a computer system to the public, material which denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide or crimes against humanity, as defined by international law and recognised as such by final and binding decisions of the International Military Tribunal, established by the London Agreement of 8 August 1945, or of any other international court established by relevant international instruments and whose jurisdiction is recognised by that Party*».

Non appare distante da quest'impostazione di fondo la Decisione quadro 2008/913/GAI, relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia, adottata dal Consiglio dell'Unione europea. Anche quest'atto mira a imporre ai paesi membri una serie di vincoli di criminalizzazione. Più specificamente, essa prescrive l'obbligo per gli Stati di ricorrere a sanzioni penali efficaci, proporzionate, e dissuasive stabilendo anche un minimo e un massimo di pena edittale, ovvero la reclusione da uno a tre anni⁹³. Per quanto riguarda invece i reati di stampo razzista e xenofobo, essa mira a definirli secondo tre diverse categorie:

1. istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica⁹⁴;
2. apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale⁹⁵;
3. apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei c.d. crimini di guerra⁹⁶.

L'impianto generale della Decisione quadro suggerisce che l'Unione europea è fermamente convinta di poter arrestare il dilagare del razzismo attraverso gli strumenti di diritto penale, non lasciando molta scelta ai paesi aderenti, almeno per quanto riguarda la forbice delle pene edittali. Il margine di discrezionalità lasciato ai legislatori nazionali riguardo alla definizione del tipo di reato è solo apparente. Infatti, se è vero che la decisione permette loro di «decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che so-

⁹³ Più precisamente, l'art. 3 stabilisce: «1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i comportamenti di cui agli articoli 1 e 2 siano resi punibili con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive. 2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i comportamenti di cui all'articolo 1 siano resi punibili con sanzioni penali che prevedono la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni».

⁹⁴ Art. 1, par. 1, lett. a). La stessa disposizione, alla lett. b), obbliga a considerare come istigazione pubblica quella che si perpetra «mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale».

⁹⁵ Art. 1, par. 1, lett. c). Più specificamente, il reato si consuma quando le tre fattispecie sono dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, e quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza, o all'odio nei confronti di tale gruppo, o di un suo membro.

⁹⁶ Art. 1, par. 1, lett. d). Tali crimini sono definiti all'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, e fanno riferimento a quelli compiuti nei territori alleati o in Germania, la cui competenza spetta ai Tribunali nazionali o ai Tribunali d'occupazione già istituiti. Anche in questo caso il reato si consuma quando le tre fattispecie sono dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, e quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro.

no minacciosi, offensivi o ingiuriosi»⁹⁷, è altrettanto vero che l'equiparazione tra comportamenti pericolosi per la tutela dell'ordine pubblico e quelli offensivi o ingiuriosi lascia supporre che gli Stati membri – soprattutto alla luce del trend punitivo a cui si assiste a livello nazionale⁹⁸ – non faranno alcuna differenza tra le diverse ipotesi di reato, ritenendole tutte meritevoli di essere penalmente sanzionate.

La decisione è ancora più perentoria rispetto alla previsione della circostanza aggravante per atti motivati da convinzioni razziste o xenofobe affermando che «per i reati diversi da quelli di cui agli articoli 1 e 2, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la motivazione razzista e xenofoba sia considerata una circostanza aggravante o, in alternativa, affinché tale motivazione possa essere presa in considerazione dal giudice all'atto della determinazione della pena»⁹⁹. Sia nel caso di un movente razziale sia nel caso di un'offesa, o un'ingiuria, o una minaccia all'ordine pubblico la soluzione resta comunque quella penale, un'impostazione questa che fa ancora una volta riflettere circa i limiti alla libertà d'espressione. Pertanto, secondo la prospettiva dell'Unione europea, la linea di confine tra il pensiero lecito e quello illecito va ridisegnata allargando il perimetro di quest'ultimo.

Pur ammettendo che l'obiettivo primario della Decisione quadro è quello di armonizzare la legislazione penale degli Stati sul tema dell'*hate speech* e del negazionismo, è altrettanto vero che essa opera in un campo, qual è quello penale, in cui gli Stati avrebbero una riserva di competenza.

A seguito di entrambe queste regolamentazioni sovranazionali gli Stati sono perciò posti davanti a un'alternativa secca: o scelgono di applicare incondizionatamente le misure punitive previste sia dalla Raccomandazione sia dalla Decisione quadro, oppure ne prendono le distanze opponendo fermamente la propria autorità in materia penale¹⁰⁰.

2.3. Le indicazioni di soft law

Anche gli organismi europei che adottano strumenti di *soft law*, operanti sia nell'ambito dell'Unione sia nel più ampio contesto del Consiglio d'Europa, richiedono l'applicazione di sanzioni penali. Gli strumenti prescelti sono le linee guida, le azioni comuni e le buone pratiche con cui si invitano i legislatori a irridire proprio le norme penali.

Come è noto, queste fonti tendono a svolgere azioni di mera persuasione nei

⁹⁷ Art. 1, par. 2.

⁹⁸ Ciò vale in particolare per l'Italia, come verrà ben evidenziato nel capitolo terzo. Sulla situazione degli altri maggiori paesi europei, come Inghilterra, Francia, Germania, Spagna e Ungheria cfr. I. SPIGNO, *I discorsi d'odio razziale*, cit.

⁹⁹ Art. 4 della Decisione quadro.

¹⁰⁰ Alcune riflessioni sulla precettività del vincolo internazionale verranno proposte nel quarto capitolo.

confronti degli Stati, data la loro non vincolatività. Tuttavia, riescono ad avere molta risonanza sulle strategie politiche degli ordinamenti nazionali, finendo col rappresentare un valido ancoraggio giuridico per legittimare scelte che altrimenti i paesi da soli non riuscirebbero a giustificare. Ciò è particolarmente vero per la regolamentazione dell'*'hate speech'*.

In tal senso un posto di rilievo viene assunto dall'Agencia dei diritti fondamentali dell'UE (*Foundamental Rights Agency – FRA*)¹⁰¹, che ha istituito un ufficio apposito che si occupa di eguaglianza, non discriminazione, razzismo e protezione dei minori (*Equality and Citizens' rights Department*). In particolare, coerentemente con la Decisione quadro del 2008 e in vista della sua applicazione, l'Agencia ha formulato un parere in cui gli Stati sono inviati ad adottare misure penali¹⁰², soprattutto per assicurare una protezione adeguata alle vittime dei crimini d'odio¹⁰³. Ritenendo non soddisfacenti le diverse soluzioni già offerte dall'Unione europea per tutelare il singolo appartenente a una minoranza razziale, il parere considera urgente definire strumenti penali più specifici per affrontare il problema.

S'insiste soprattutto sull'opportunità di definire meglio tutte le circostanze in cui le diverse ipotesi di reato siano causate da motivi discriminatori, in modo che la pena possa essere corrispondentemente aggravata; inoltre, si sottolinea la necessità di prevedere la riapertura del procedimento su richiesta della vittime qualora la circostanza aggravante non sia stata debitamente presa in considerazione nella sentenza definitiva¹⁰⁴.

Secondo l'Agencia sarebbe cruciale la collaborazione tra governo, forze dell'ordine, procure e organizzazioni non governative e, allo stesso tempo, congegnare formule che incoraggino le vittime a sporgere denuncia in modo che i crimini d'odio trovino sempre un approdo nelle aule di tribunale¹⁰⁵. A tal proposito, la stessa

¹⁰¹ Per una delucidazione su ruolo e composizione dell'agenzia alla sua nascita v. M. CARTABIA, E. LAMARQUE, D. TEGA, *L'Agencia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERNESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, 901 ss.

¹⁰² FRA Opinion – 02/2013, *Framework Decision on Racism and Xenophobia*, Vienna 15 ottobre 2013. Rilevanti sono anche i documenti e le relazioni prodotte dall'ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*), in cui, al pari della FRA, s'invitano gli Stati ad adottare misure penali più stringenti. Sulla stessa linea il Rapporto del marzo 2011 dell'ENAR (*European Network against Racism*).

¹⁰³ Le azioni proposte dalla FRA relative ai procedimenti penali a tutela delle vittime s'ispirano prevalentemente alla direttiva europea a protezione delle vittime di reato – Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI.

¹⁰⁴ FRA Opinion – 02/2013, cit., Action 3, Action 4 e Action 5, 14-15.

¹⁰⁵ Cfr. http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra_2015antisemitismupdate_en.pdf?_cldee=ZWxpc2FiZXR0YS5sYW1bcnFIZUB1bmltaW1uaXQ%253D&urlid=0.

FRA ha istituito nel 2014 un apposito gruppo di lavoro – *Working Party on combating hate crime* – che coopera con tutti gli Stati membri dell'UE per migliorare la catalogazione dei casi e incoraggiare le denunce dei reati generati dall'odio di qualunque genere, compresi gli episodi di antisemitismo. Si tratta di un'attività che continua ad essere svolta dalla FRA, la quale pubblica i risultati annualmente¹⁰⁶ e i cui obiettivi sono stati ricordati anche nell'intervento speciale presentato al primo convegno annuale della Commissione europea sui diritti fondamentali dell'ottobre 2015, che per l'occasione ha discusso proprio il tema *Tolerance and respect: preventing and combating antisemitic and anti-Muslim hatred in Europe*¹⁰⁷.

Nel Consiglio d'Europa il lavoro di produzione di norme di *soft law* in tema di crimini d'odio è svolto dalla Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI – *European Commission against Racism and Intolerance*). La Commissione pubblica ogni anno sia raccomandazioni nei confronti degli Stati membri nel loro insieme sia rapporti singoli per ciascun paese, stilati a seguito di visite degli esperti *in loco*.

Nella raccomandazione sulla «Legislazione nazionale contro il razzismo e la discriminazione razziale»¹⁰⁸ essa esorta i Paesi a modificare addirittura le proprie Costituzioni nella parte relativa alla tutela della libertà d'espressione, di riunione ed associazione, prevedendo puntuali limitazioni per i casi di razzismo. Inoltre, al pari della FRA, la raccomandazione entra nel dettaglio di come debba essere concepita la legislazione penale, affermando la necessità di ritenere infrazioni penali:

- a) l'incitamento pubblico alla violenza, all'odio o alla discriminazione;
- b) le ingiurie o la diffamazione pubblica;
- c) le minacce nei confronti di una persona o di un insieme di persone per motivi basati sulla razza, il colore, la lingua, la religione, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica;
- d) l'espressione pubblica, con motivazione razzista, di un'ideologia che proclami la superiorità di un gruppo di persone per motivi di razza, colore, lingua, religione, nazionalità, origine nazionale o etnica, o che disprezzi o denigri un insieme di persone sulla base di tali motivi;
- e) la negazione, la banalizzazione, la giustificazione o l'apologia pubblica, con motivazione razzista, dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra;

¹⁰⁶ Si v. ad esempio l'ultimo rapporto pubblicato del 2018 in attesa, al momento in cui si scrive, del rapporto del 2019, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-frr-chapter-4-racism_en.pdf.

¹⁰⁷ https://europa.eu/newsroom/events/annual-colloquium-fundamental-rights-%E2%80%99Ctolerance-and-respect-preventing-and-combating-anti_en.

¹⁰⁸ Raccomandazione di politica generale n. 7 dell'ECRI adottata il 13 dicembre 2002, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/REC7-2003-8-ITA.pdf.

f) la divulgazione pubblica o la distribuzione, o la produzione o la conservazione a fini di diffusione o di distribuzione al pubblico, a scopo razzista, di scritti, immagini o altro materiale contenente delle manifestazioni di cui alle lettere precedenti;

g) la creazione o la direzione di gruppi che promuovono il razzismo, il sostegno a tali gruppi e la partecipazione alle loro attività con l'intento di contribuire alle infrazioni di cui alle lettere precedenti¹⁰⁹.

Nella raccomandazione più specifica adottata per combattere l'*hate speech*, pur lasciando ai legislatori nazionali la discrezionalità di definire le tipologie di reati, lo stesso organismo ribadisce la necessità di ricorrere a misure penali «per combattere il ricorso, nella sfera pubblica, al discorso dell'odio che abbia lo scopo, o ci si possa ragionevolmente attendere che abbia l'effetto di incitare a commettere atti di violenza, di intimidazione, di ostilità o di discriminazione nei confronti delle persone prese di mira»¹¹⁰.

Vi sono poi altri organismi indipendenti costituiti da esperti europei che hanno l'obiettivo di cooperare con la società civile per la sensibilizzazione dei problemi legati al razzismo, i quali insistono anch'essi sull'urgenza di adottare la linea dura della punibilità dell'*hate speech*. Particolarmente attiva risulta, ad esempio, la Rete europea contro il razzismo (ENAR – *European Network against Racism*). Perfettamente aderente ai principi sottesi alla Decisione quadro europea e alle azioni dell'Agenzia dei diritti fondamentali e dell'ECRI, anch'essa individua nell'incriminazione delle espressioni d'odio l'unica via da seguire per tutelare le vittime e per far cambiare il volto alle società che mostrano in modo sempre più preoccupante tratti d'intolleranza razzista¹¹¹.

2.4. I parametri della Cedu e la giurisprudenza di Strasburgo

Le istituzioni europee ora menzionate si mostrano, dunque, determinate ad arginare e osteggiare i discorsi d'odio con mezzi giuridici, prevalentemente chiedendo di ricorrere all'azione penale. Tuttavia, l'impatto delle soluzioni proposte sui singoli ordinamenti non è ancora misurabile.

Senza nulla togliere alla capacità persuasiva e di condizionamento di tali istituzioni, in continua ascesa anche a causa del fenomeno della globalizzazione della tutela dei diritti dell'uomo di cui si è già detto, si nutre il dubbio che possano, da sole, orientare gli Stati a sposare una linea intransigente nei confronti del lin-

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 18.

¹¹⁰ Raccomandazione di politica generale n. 15 dell'ECRI, relativa alla lotta contro il discorso dell'odio adottata l'8 dicembre 2015, par. 10, <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech-ital/16808b5b04>.

¹¹¹ I numerosi documenti prodotti dall'ENAR sul tema sono consultabili al sito <http://www.enareu.org/Reports>.

guaggio d'odio. La forma della raccomandazione o della Decisione quadro e la natura degli atti di *soft law* non garantisce la loro sicura applicazione, limitandosi a rappresentare piuttosto un utile sostegno ai governi per giustificare scelte repressive della manifestazione del pensiero, che altrimenti verrebbero criticate da buona parte dell'elettorato interno¹¹².

Chi, invece, tra gli organismi europei rappresenta non tanto un punto di riferimento, una guida per gli Stati, ma piuttosto un'autorità interpretativa è la Corte di Strasburgo¹¹³. Dato il carattere vincolante delle sue sentenze, queste producono effetti rilevanti sugli ordinamenti statali incidendo sia sulle decisioni dei legislatori nazionali¹¹⁴ sia su quelle dei giudici comuni e costituzionali¹¹⁵. Con

¹¹²In un periodo storico in cui si registra una forte espansione dei movimenti politici estremi (da quello francese *Ressemblément National*, all'italiano *Casapound*, se non anche la *Lega e Fratelli d'Italia*, al tedesco *AFD*, allo spagnolo *Vox*, fino al *PIS* in Polonia e al *FIDESZ* ungherese) che fanno della politica anti immigratoria e omofoba il loro vessillo, qualunque tentativo di disciplinare la manifestazione del pensiero per i discorsi d'odio fa insorgere proprio tali movimenti, i quali si dichiarano gli unici veri paladini di tale diritto fondamentale.

¹¹³Si esprimeva già in questi termini Caretti agli inizi del nuovo millennio, quando ancora le sentenze di Strasburgo, in particolare sulla libertà d'espressione, assumevano prevalentemente un carattere dichiarativo, limitandosi alle volte a prevedere un equo indennizzo in caso di condanna. Cfr. P. CARETTI, *Art. 10. Libertà di espressione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 349 ss.

¹¹⁴Si fa in questo caso riferimento all'esecuzione da parte degli Stati membri delle cosiddette sentenze pilota della Corte di Strasburgo, le quali impongono l'adozione di nuove misure legislative e/o amministrative entro un certo tempo stabilito dalla stessa decisione per porre rimedio a un deficit strutturale dell'ordinamento che lo porta, inevitabilmente, a una condanna sistematica per la violazione di un qualche diritto protetto dalla Cedu. *Leading case* a tal proposito è *Broniowski c. Polonia* del 22 giugno 2004. È inoltre rilevante l'entrata in vigore nel 2010 del Protocollo n. 14 che ha riformato l'art. 46 Cedu, prevedendo la possibilità per la Corte d'intervenire e "costringere" gli Stati a dare esecuzione alle sue sentenze attraverso il ricorso del Comitato dei ministri. La prima volta in cui tale procedura è stata attivata ha riguardato il caso *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan* del 22 maggio 2014, in cui si era ordinata la scarcerazione del ricorrente, un oppositore politico del paese.

¹¹⁵Non sono mancati casi in cui la stessa Corte europea abbia considerato la Convenzione come strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo (*Loizidou c. Turchia* del 23 marzo 1995, par. 75). Opinione condivisa anche in dottrina, tanto da convincere alcuni Autori della natura "quasi costituzionale" di Strasburgo. Cfr. E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, 2010, 25, 399-400, 441-3, 461-67, 479,497-8; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Constitutional v. international? When unified reformatory rationales mismatch the plural paths of legitimacy of ECHR law*, in J. CHRISTOFFERSEN, M. RASK MADSEN (a cura di), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford, 2011, 144 ss., 150-1; D. KOSA, *Policing separation of powers: a new role for the European Court of Human Rights?*, in «Eur. Constit. L. Rev.», n. 8 del 2012, 33 ss., 60-61. Tra gli studiosi italiani S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 30. Invero, i rapporti tra la giurisprudenza Cedu e quella degli ordinamenti nazionali non sono sempre lineari. A volte c'è la tendenza a considerare la giurisprudenza europea come autorità di cosa interpretata, altre volte come semplice ausilio interpretativo. E. BJORGE, *Domestic Applica-*

riguardo ai primi non è inusuale che la Corte europea imponga i rimedi da adottare per correggere storture derivanti da deficit strutturali; con riguardo ai secondi non mancano casi in cui si dialoghi a distanza sullo standard di tutela da offrire ai diritti fondamentali; un dialogo che a volte risulta proficuo, a volte è foriero di conflitti¹¹⁶.

Con particolare riferimento all'*hate speech*, Strasburgo inizia a mostrarsi sempre più esplicitamente incline a non annoverarlo tra le manifestazioni del pensiero tutelate dalla Cedu, costruendo così un ideale ponte di collegamento tra la

tion of the ECHR. Courts as Faithful Trustees, Oxford, 2016. Per quanto riguarda in particolare il rapporto tra Strasburgo e la Corte costituzionale italiana si deve necessariamente far riferimento all'impalcatura creata a partire dalle c.d. sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007 che hanno definito le decisioni europee come parametro interposto di costituzionalità. Per una compiuta e succinta rassegna degli orientamenti costituzionali successivi a tale sentenze E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, terza ed., Torino, 2018, 122-143; cfr., altresì, A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in «Osservatorio Costituzionale», n. 1 del 2018, 1 ss.

¹¹⁶ Si veda ad esempio il dialogo a distanza tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale italiana relativo al filone di sentenze riguardanti le pensioni dei transfrontalieri che si è aperto con la sentenza europea *Maggio e altri c. Italia* del 21 maggio 2011. Oppure il confronto sul tema della confisca urbanistica (Corte Edu, *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013; Corte cost. n. 49 del 2015) e quello sul principio di legalità in materia penale e le sanzioni amministrative (Corte cost. n. 109 del 2017, annotata da F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 5 del 2017, 330 ss.). Tra i diversi commenti in dottrina sul tema delle pensioni, C. MASCIOTTA, *Leggi interpretative e rigidità degli strumenti decisionali della Corte costituzionale: quali prospettive nella vicenda delle "pensioni svizzere"?*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3 del 2017, 1 ss.; E. ROCCHINI, *"Pensioni svizzere": inammissibilità, ma con monito al legislatore*, (Nota a C. Cost. 12 luglio 2017, n. 166), in «Giur. cost.», n. 4 del 2017, 1542 ss.; G. STROZZI, *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell'uomo*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 1 del 2014, 189 ss.; A. VALENTINO, *Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere"*, in «Osservatorio Costituzionale», n. 3 del 2013, 1 ss.; M. MASSA, *Difficoltà di dialogo. ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative* (Nota a C. Cost. 26 gennaio 2012, n. 15), in «Giur. cost.», n. 1 del 2012, 167 ss. Sul tema della confisca urbanistica cfr. F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015, 1 ss.; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015, 1 ss.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015, 1 ss.; R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in «Giur. cost.», Studi, n. 1 del 2015, 181 ss.; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 30 aprile 2015, 1 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in «Osservatorio Costituzionale», n. 2 del 2015, 1 ss.; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 7 dicembre 2015, 1 ss.

Corte e le altre istituzioni di *soft law*, col risultato d'imporre – nel loro insieme – l'obbligo di punire i discorsi d'odio. Pertanto, un'approfondita analisi dei casi decisi a Strasburgo sul tema appare quanto mai necessaria, soprattutto in considerazione della costante giurisprudenza in tema di libertà d'espressione che si attesta su posizioni opposte. Infatti, la giurisprudenza della Corte europea è da sempre incline a favorire il più possibile il diritto alla manifestazione del pensiero, considerandolo non solo fondamentale per lo sviluppo individuale del singolo, ma anche rilevante per la piena realizzazione dei principi democratici a cui l'intera Convenzione s'ispira.

In virtù dell'art. 10 della Cedu, che mette in luce l'aspetto individuale e quello funzionale di tale diritto di libertà – includendovi esplicitamente la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee (comma 1 dell'art. 10) – la Corte ha, in più di mezzo secolo di attività, fissato alcuni principi che rivelano, nel bilanciamento con altri diritti altrettanto meritevoli di tutela, una sostanziale preferenza verso tale libertà. È esemplificativo il filone riguardante la tutela del diritto di cronaca che ha portato a definire i giornalisti i “cani da guardia” dell'ordinamento¹¹⁷, oppure quello relativo alla protezione di personaggi noti, in particolare politici, soprattutto quando esprimono opinioni d'interesse generale utili ad informare l'opinione pubblica¹¹⁸. A guidare la Corte nella valutazione di questi casi è il principio di proporzionalità tra costi e benefici: posto che il giornalista è il cane da guardia e che il personaggio noto possiede la capacità di stimolare l'opinione pubblica su temi politicamente e socialmente importanti, dev'essere prestata particolare attenzione al tipo di condanna inferta, anche qualora sussistano le condizioni per limitare il pensiero. Infatti, la Corte, con sempre maggior durezza, condanna gli Stati che ricorrono alla pena detentiva, considerandola un pericoloso deterrente che potrebbe zittire anche gli informatori più coraggiosi¹¹⁹. Una posizione ancora più privilegiata as-

¹¹⁷ V., *ex multis*, *Goodwin c. Regno Unito* del 27 marzo 1996, la prima sentenza in cui la Corte riconosce un ruolo privilegiato ai giornalisti perché cani da guardia della democrazia.

¹¹⁸ *Ex multis*, *Lingens c. Austria* dell'8 luglio 1986. Invero, così come la Corte riserva una posizione privilegiata all'uomo pubblico nella diffusione di opinioni anche scomode e scioccanti, allo stesso tempo non gli permette di rivendicare una tutela equiparabile a quella offerta agli altri ricorrenti. Ciò accade sia riguardo alle dure critiche espresse nei suoi confronti (si v. *Asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. Spagna* del 13 marzo 2018, che conferma questa giurisprudenza anche se a essere denigranti sono i regnanti spagnoli) sia in tema di rispetto della privacy. Infatti, è giurisprudenza costante di Strasburgo ritenere che molti degli aspetti di carattere privato della vita di personaggi noti possono diventare di dominio pubblico qualora le notizie diffuse ai loro danni possano in qualche modo favorire il dibattito su questioni socialmente rilevanti. Si v. in tal caso il nutrito filone dei casi relativi alla famiglia dei regnanti del Principato di Monaco, il primo dei quali è *Von Hannover c. Germania* del 24 giugno 2004. Cfr., altresì, *MGN Limited c. Regno Unito* del 18 gennaio 2011; *Axel Springer AG c. Germania* del 7 febbraio 2012.

¹¹⁹ Tra i primi casi in cui la Corte si esprime in questi termini v. *Cumpane e Mazare c. Romania* del 17 dicembre 2004; *Kydonis c. Grecia* del 2 aprile 2009. Tra le sentenze pronunciate sul tema

sume il diritto di satira, i cui limiti sono considerati, sia dagli studiosi sia dalla giurisprudenza, meno stringenti di quelli previsti per il diritto di cronaca e di critica per i fini che si propone, cioè mettere in ridicolo gruppi di potere con toni volutamente provocatori, senza avere l'onere di raccontare la verità oggettiva dei fatti o di esprimersi in modo pertinente in ossequio al requisito della continenza¹²⁰.

Naturalmente, come per tutti i diritti individuali protetti dalla Cedu, il diritto di manifestazione del pensiero non è scevro da limitazioni, le quali sono esplicitamente indicate nel secondo comma dell'art. 10, che le identifica con quelle restrizioni «che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

Tuttavia, come noto, la Corte opera un attento scrutinio di tali limiti, sottoponendo i casi in esame a tre test che ha da lungo tempo elaborato. Essa verifica se la restrizione è prescritta per legge, se persegue uno scopo legittimo e, da ultimo, se è necessaria in una società democratica. In applicazione di ciò, si registrano comunque numeri di condanne per la lesione della libertà d'espressione di gran lunga superiori a quelli in cui viene dichiarata la mancata violazione.

Se questa, tratteggiata a grandi linee, è la cornice entro cui si muove Strasburgo nei ricorsi inerenti alla manifestazione del pensiero¹²¹, per quelli relativi ai discorsi d'odio i giudici europei non si mostrano così garantisti. E, un passo alla volta, discretamente, sono stati piantati dei semi che oggi – dopo un lungo percorso – iniziano a dare i primi frutti. Il loro raccolto dipende, invero, dalle circostanze esterne che influenzano il giudizio della Corte, prima fra tutte la paura

contro l'Italia, v. *Belpietro c. Italia* del 24 settembre 2013; *Ricci c. Italia* dell'8 ottobre 2013. Proprio in ossequio ai paletti posti da Strasburgo nel caso Belpietro, l'allora Procuratore capo del Tribunale di Milano Edmondo Bruti Liberati inviò una circolare dell'8 ottobre 2013 in cui si sollecitavano i magistrati dell'ufficio a tener conto dei principi espressi nella sentenza, dimostrando così l'autorevolezza della Corte di Strasburgo nell'interpretazione dei casi nazionali.

¹²⁰ Si v. in generale, M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Il diritto di satira*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 67 ss.

¹²¹ Per esaustive rassegne giurisprudenziali sull'applicazione dell'art. 10 da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo si rimanda ai diversi e importanti Commentari alla Convenzione pubblicati. Tra gli altri, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2012; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit.; A. MOWBRAY, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, terza ed., Oxford, 2012; E. DEACUX, P.H. IMBERT, L.E. PETTITI (a cura di), *La Convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi, 1999.

che il pensiero d'odio possa avere la forza sufficiente per creare seri disordini sociali.

Infatti, non si può dire che nella seconda metà del novecento non serpeggiasse l'idea di escludere i discorsi d'odio dal novero della tutela della manifestazione del pensiero, ma lo scrutinio era così attento che le limitazioni erano concesse solo in casi eccezionali.

Gli attacchi terroristici con cui si è aperto il nuovo millennio – dall'attentato alle Torri gemelle in poi – rappresentano un sicuro fattore di condizionamento sull'operato della Corte. Il più recente caso che ha visto protagonista il satirico francese M'Bala M'Bala Dieudonné, su cui si ritornerà a breve, ne rappresenta una prova evidente¹²². Pertanto, nella giurisprudenza recente non solo il bilanciamento è a favore della protezione di altri valori rispetto alla libertà d'espressione, ma la Corte arriva ad autorizzare gli Stati a ricorrere alla sanzione penale¹²³. A essere più precisi, se, come si è detto, la comminazione della pena detentiva è generalmente ritenuta sproporzionata¹²⁴, i casi di *hate speech* sono gli unici che possono giustificarla.

Per legittimare tale tipo di orientamento la Corte ha a disposizione due diversi parametri della Cedu. L'analisi della giurisprudenza dimostrerà come siano molti di più i casi in cui, invece che l'art. 10 sulla libertà d'espressione, rileva l'art. 17 della Cedu¹²⁵, sul divieto dell'abuso di diritto. Si tratta di una clausola di salvaguardia che scatta qualora i ricorsi abbiano il reale scopo di annientare il diritto di cui si denuncia la lesione. Quando, cioè, la Corte teme che la richiesta di protezione di un diritto fondamentale sia strumentale a raggiungere lo scopo opposto di distruggerlo, essa dichiara l'inammissibilità della questione per incompatibilità *ratione materiae*.

I giudici europei hanno sin da subito stabilito che vi sono casi in cui attraverso la diffusione di alcuni messaggi, non si esercita legittimamente il diritto di manifestare il pensiero. Ciò avviene quando lo scopo ultimo è quello di compromettere la natura di tale libertà, o di altre libertà. I discorsi d'odio rientrano in que-

¹²² *M'Bala M'Bala c. Francia* del 20 ottobre 2015, annotate criticamente da M. GROS, «Prima lezione di diritto»: ordine morale, dignità umana e "neutralità del diritto". Dal lancio del nano al comico razzista, in «Diritto e società», n. 2 del 2015, 237 ss.; se si vuole, anche P. TANZARELLA, *La paura del passato e la paura per il futuro: il paternalismo della Corte di Strasburgo*, in «Quad. cost.», n. 1 del 2016, 140 ss.

¹²³ La prima volta che la Corte europea afferma tale principio è nella sentenza *Gunduz c. Turchia* del 14 novembre 2000.

¹²⁴ Cfr. *supra* nota n. 119.

¹²⁵ In particolare, l'art. 17 Cedu recita: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione».

sta tipologia qualora costituiscono una concreta minaccia alla democraticità dell'ordinamento, invece che uno stimolo positivo per il suo mantenimento.

È fuori discussione che la libertà d'espressione abbia, soprattutto per i sostenitori della teoria funzionale¹²⁶, il compito di far conoscere all'opinione pubblica tutte le "verità" raccontate al fine di poter valutare criticamente i fatti, soprattutto in uno dei momenti più delicati della vita democratica come è quello elettorale. Cionondimeno, la Corte prende in considerazione le situazioni in cui si vuole abusare di tale libertà al solo scopo di mettere in serio pericolo l'ordine costituito. È in questi casi che l'art. 17 viene in rilievo.

Le motivazioni che giustificano l'applicazione dell'art. 17 all'apparenza sono uguali a quelle utilizzate per escludere la violazione dell'art. 10, in particolare la sicurezza nazionale. Tuttavia, l'utilizzo dell'uno o dell'altro parametro non è indifferente: l'art. 10 viene in considerazione quando le idee affermate sono di per sé lecite, ma per le circostanze del caso concreto la loro diffusione subisce delle limitazioni in quanto, nel bilanciamento degli interessi in gioco, ne prevalgono altri, quali appunto quelli elencati nel secondo comma della stessa disposizione; viceversa, la Corte applica l'art. 17 per quelle dichiarazioni che non si ritengono affatto manifestazioni del pensiero protette dalla Cedu ma che, al contrario, vengono utilizzate all'unico scopo di raggiungere fini contrari al testo e allo spirito della Convenzione. Ciò permette alla Corte di dichiarare i ricorsi irricevibili, evitando di bilanciare le opinioni espresse con altri diritti fondamentali. È come se, attraverso l'articolo sull'abuso di diritto, si fosse resa esplicita la possibilità d'individuare – anche a livello sovranazionale – un limite logico alla libertà della manifestazione del pensiero che s'impone, come più volte detto, per tutte quelle espressioni che non possano ritenersi pensieri, perché principi d'azione¹²⁷.

Poiché la giurisprudenza in tema di *hate speech* è marcatamente segnata dal modo in cui la Corte interpreta e applica i due parametri in questione, di seguito si proporrà l'analisi dei casi a seconda dei motivi che la inducono a preferire l'applicazione dell'uno o dell'altro.

2.4.1. *L'art. 17 della Convenzione europea come clausola di democrazia protetta*

Quando si decise di inserire nella Convenzione la clausola sull'abuso di diritto stabilita all'art. 17¹²⁸, era ancora troppo forte il timore che partiti politici con spirito e organizzazione antidemocratici – come il partito fascista e il partito na-

¹²⁶ Sul punto si rimanda al quarto capitolo del presente volume.

¹²⁷ Si v. G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1965, 641 ss.

¹²⁸ Invero, nella prima stesura tale articolo non era stato affatto contemplato. È stato poi introdotto con l'emendamento all'allora art. 8 del progetto del testo. La sua genesi con gli interventi dei membri dell'Assemblea si possono consultare sul sito della Corte europea dei diritti dell'uomo, al link http://www.echr.coe.int/Documents/Bibliotheque_TravPrepTable_FRA.pdf.

zista – potessero calpestare i diritti fondamentali una volta al potere. Insieme a quest'ordine di preoccupazioni, persisteva il timore che anche negli Stati occidentali quello comunista diventasse partito di maggioranza al governo. Pertanto, sulla falsariga dell'art. 30 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo¹²⁹ – disposizione ripresa anche nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 5¹³⁰) e nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (art. 5¹³¹) – l'art. 17 aveva lo scopo di far troncare sul nascere la formazione di organizzazioni politiche che, invocando il rispetto dei diritti tutelati dalla Convenzione, avessero in realtà l'intento ultimo di sovvertirli¹³².

Tuttavia, non era stata espressa una posizione unanime circa l'opportunità d'inserire tale clausola. Ad esempio, Teitgen, relatore per la Commissione affari giuridico-amministrativi, espresse parere contrario alla sua introduzione, avvertendo il pericolo che potesse essere usata come scudo in difesa di una presunta ragione di stato contro il dissenso degli oppositori politici. Evidentemente egli, sposando la concezione liberale della tutela dei diritti, attribuiva alle libertà di associazione e della manifestazione del pensiero il principale compito di far emergere le posizioni contrarie nella normale dinamica della dialettica politica, trovando dunque una simile disposizione inutile, se non addirittura pericolosa.

Anche molti commentatori non mancheranno di sottolineare l'inutilità dell'art. 17, soprattutto alla luce del fatto che la prima e la seconda parte della disposizione si presentano inconciliabili tra loro: da un lato, infatti, si afferma che lo Stato, gruppi o individui, non possono esercitare attività che mirino alla distruzione dei diritti contemplati nella Cedu; dall'altro lato, che a tali diritti non possono essere imposte limitazioni ulteriori rispetto a quelle già previste dall'intera Convenzione, ovvero quelle stabilite negli artt. dall'8 all'11 e quelle più generali

¹²⁹ L'art. 30 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo dispone: «Nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto per un qualsiasi Stato, gruppo o persona, di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione di alcuno dei diritti e delle libertà in essa enunciati».

¹³⁰ L'art. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici dispone: «1. Nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato, gruppo o individuo di intraprendere attività o di compiere atti miranti a sopprimere uno dei diritti o delle libertà riconosciuti nel presente Patto ovvero a limitarlo in misura maggiore di quanto è previsto dal Patto stesso. 2. Nessuna restrizione o deroga a diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti o vigenti in qualsiasi Stato parte del presente Patto in virtù di leggi, convenzioni, regolamenti o consuetudini, può essere ammessa col pretesto che il presente Patto non li riconosce o li riconosce in minor misura».

¹³¹ L'art. 5 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali ha lo stesso testo dell'art. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. V. *supra* nota precedente.

¹³² Ipotesi avanzate durante i lavori da Maccas e Maxwell-Fyfe, mentre l'italiano Benvenuti insisteva sull'introduzione di una simile clausola intesa come una legittima difesa da quei partiti e movimenti politici che avevano l'obiettivo di calpestare la democrazia. Cfr. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, cit., 570 ss.

disposte al primo comma dell'art. 15, sulla deroga in caso d'urgenza¹³³.

Delle due l'una: o lo Stato, in base all'abuso di diritto, può imporre limiti più stringenti rispetto a quelli standard, oppure l'art. 17 non troverebbe mai una sua autonoma applicazione, rappresentando solo un comando morale più che una norma giuridica¹³⁴. Una proposta teorica avanzata per risolvere la contraddizione è considerare la disposizione un ausilio interpretativo¹³⁵, con l'avvertenza tuttavia di attenersi a un'interpretazione stringente per non tradire la sua stessa *ratio*¹³⁶, ovvero rappresentare una clausola di chiusura da applicare solo in presenza di una minaccia all'ordine pubblico¹³⁷.

Analizzando più da vicino la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, soltanto in una prima fase l'art. 17 ha svolto questa funzione¹³⁸ con la conseguenza

¹³³ Il comma 1 dell'art. 15 dispone che «In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale».

¹³⁴ M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, 173; rileva la contraddizione nell'articolo anche M.A. EISEN, *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1982, 203. C'è chi invece parla di una contraddizione apparente in quanto i soggetti protagonisti della norma non sono omogeneamente assimilabili, riferendosi la prima parte della disposizione a individui e gruppi, la seconda allo Stato (C. PINELLI, *Art. 17. Divieto dell'abuso di diritto*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 455 ss., 457).

¹³⁵ V. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 370.

¹³⁶ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, cit., 572.

¹³⁷ Più in generale, la Corte afferma che la protezione dell'ordine pubblico può essere perseguita legittimamente attraverso l'adozione di misure penali a meno che esse non risultino sproporzionate (Caso *Murat Vural c. Turchia* del 21 ottobre 2014; caso *Shvydka c. Ucraina* del 30 ottobre 2014). Molto spesso l'ordine pubblico è minacciato da chi istiga alla violenza, pertanto la Corte in questi casi dichiara la non violazione dell'art. 10 Cedu in quanto si è venuti meno ai doveri e alle responsabilità che la stessa disposizione richiama. Nel caso *Erdogdu e Ince c. Turchia* dell'8 luglio 1999, la Corte ha avuto l'occasione di spiegare accuratamente il significato di tali doveri e responsabilità. Al par. 54 la Corte infatti specifica che: «*the "duties and responsibilities" which accompany the exercise of the right to freedom of expression by media professionals assume special significance in situations of conflict and tension. Particular caution is called for when consideration is being given to the publication of the views of representatives of organisations which resort to violence against the State lest the media become a vehicle for the dissemination of hate speech and the promotion of violence. At the same time, where such views cannot be categorised as such, Contracting States cannot with reference to the protection of territorial integrity or national security or the prevention of crime or disorder restrict the right of the public to be informed of them by bringing the weight of the criminal law to bear on the media.*».

¹³⁸ Sul concetto di democrazia protetta e sulle sue prime elaborazioni v. A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit.; P. MACKLEM, *Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self determination*, in «4 Int'l J. Const. L.», 2006, 488 ss.; A.K. BOURNE,

di introdurre limiti ulteriori a quelli previsti per la manifestazione del pensiero all'art. 10 – con riguardo ai discorsi che incitano al sovvertimento dell'ordine costituito, ripudiando di fatto la democrazia come forma di stato – e a quelli previsti per la libertà d'associazione tutelata all'art. 11, con riguardo alla formazione di partiti antidemocratici.

Invero, nella sua prima applicazione, la clausola ha funzionato principalmente per arginare la costituzione di partiti politici ritenuti anti sistema. Ad esempio, l'allora Commissione europea fece salvo lo scioglimento del partito comunista in Germania, avallando le motivazioni della Corte costituzionale tedesca: si era nel 1957, quando il partito comunista non nascondeva il suo programma di conquista legale del potere attraverso elezioni democratiche per poi finalmente instaurare la dittatura del proletariato – obiettivo che non era stato smentito dai membri del partito neanche nell'udienza davanti alla Corte costituzionale nazionale. Dunque, la Commissione non ebbe dubbi nel dichiarare il ricorso irricevibile sulla base dell'art. 17¹³⁹, grazie anche al richiamo di un passaggio importante dei lavori preparatori della Convenzione che spiegava il chiaro intento degli Stati contraenti di impedire che correnti totalitarie potessero sfruttare a loro favore i principi posti dalla Cedu, vale a dire l'invocazione di diritti fondamentali per soppiantarli una volta al potere¹⁴⁰.

Non distanti da questa motivazione, a dire il vero molto succinta, sono quelle adottate nelle decisioni successive della stessa Commissione, in cui la doglianza non riguardava direttamente lo scioglimento di un partito, bensì la possibilità di esprimere un'ideologia politica considerata antidemocratica dagli ordinamenti statali. Pertanto, di qui in avanti, l'art. 17 verrà preso in considerazione anche per escludere l'esercizio della libertà d'espressione e non soltanto del diritto d'associazione. In particolare, furono dichiarati inammissibili alcuni casi contro l'Austria¹⁴¹, proposti da ricorrenti attivisti di un movimento nazionalsocialista, che erano stati condannati per aver espresso adesione ai valori totalitari attraverso l'esaltazione della razza ariana e la negazione dell'Olocausto. Attraverso l'art. 17 la Commissione giungerà a giustificare leggi nazionali, come appunto quella austriaca, che espressamente vietano e puniscono attività ispirate al nazionalsocialismo¹⁴².

F. CASAL BÉRTOA, *Mapping 'Militant Democracy': Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015)*, in «Eur. Const. Law Rev.», n. 13 del 2017, 221 ss.

¹³⁹ Decisione *Communist Party of Germany c. Repubblica federale tedesca* della Commissione europea del 20 luglio 1957.

¹⁴⁰ *Preparatory Work, Official Records of the Consultative Assembly*, 1949, First Session, 1255, 3237, 1239.

¹⁴¹ *B.H., M.W. and G.K v. Austria* del 12 ottobre 1989; *Nachtmann c. Austria* del 9 settembre 1998.

¹⁴² Cfr. la legge austriaca il cui titolo inglese ufficiale è *Prohibition Act*, emendata nel 1992. Anche la Corte ha avuto modo di decidere un caso relativo alla sua applicazione, confermando anch'essa la giurisprudenza della Commissione. V. *Schimanek c. Austria* dell'1 febbraio 2000.

L'ipotesi di applicare l'art. 17 limitatamente ai casi che coinvolgono la libertà d'associazione e alla libertà d'espressione si giustificano, allora come oggi, in relazione allo spirito che anima la Convenzione: affinché la protezione dei diritti fondamentali sia concreta bisogna proteggere a monte il funzionamento del sistema democratico. Questo, infatti, è l'unico modello politico contemplato dalla Cedu e apertamente riconosciuto come legittimo dal Preambolo¹⁴³. Su tali basi si è creato una sorta di automatismo: di fronte alla minacce alle democrazie si risponde con "l'effetto ghiottina" – così come definito dai commentatori di tale articolo¹⁴⁴ – prodotto dall'art. 17. Tuttavia come si vedrà, nel corso del tempo l'interpretazione della disposizione in esame si è estesa a situazioni in cui l'abuso di diritto è dubbio.

2.4.2. *L'art. 17 come clausola di protezione da "danno indiretto"*

Le decisioni appena menzionate rappresentavano una fedele traduzione delle clausole nazionali di democrazia protetta e l'allora Commissione, nel decidere questi casi, mostrava di prestare particolare attenzione alle esigenze politiche e sociali del paese coinvolto. Come è stato notato in dottrina «gli scrutini di proporzionalità tornano a far valere l'art. 17 quando l'istanza di difesa sia particolarmente avvertita nell'ordinamento statale considerato»¹⁴⁵. Infatti, non è un caso che i ricorsi fossero scaturiti prima contro la Germania e poi contro l'Austria, due ordinamenti che cercavano di attuare le specifiche norme di protezione di cui si erano dotati. Per la Commissione l'interpretazione della disposizione era quindi obbligata: come avrebbe potuto contestare leggi nazionali che cercavano di ricostruire faticosamente il proprio ordinamento sulle ceneri di un recente dramma passato a fronte di ancora tanti cittadini che ne chiedevano il ritorno? In altre parole, come poteva la Commissione imporre un modello di democrazia aperto a qualunque tipo di dissenso quando non si era ancora sicuri della solidità delle fondamenta democratiche su cui i nuovi ordinamenti si ergevano? La Convenzione funzionava in quei particolari casi e in quel dato momento storico non tanto come limite al potere statale, ma piuttosto come una pietra angolare su cui gli Stati potevano costruire il cammino lungo la strada della democrazia¹⁴⁶.

¹⁴³ «I Governi firmatari, Membri del Consiglio d'Europa [...] Riaffermato il loro profondo attaccamento a queste Libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico veramente democratico e, dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei Diritti dell'Uomo a cui essi si appellano».

¹⁴⁴ Cfr. *supra* nota n. 121.

¹⁴⁵ C. PINELLI, *Art. 17. Divieto dell'abuso di diritto*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 465.

¹⁴⁶ Non è poi diverso il ruolo che la Corte europea riveste nei confronti degli Stati di nuova an-

La Commissione, tuttavia, si mostrava ancora molto prudente, avvertendo il rischio che l'art. 17 potesse essere invocato impropriamente, come facile *passpartout* per aprire le porte alla negazione di diritti fondamentali. Pertanto, sentì il bisogno di ribadire il ricorso alla clausola dell'abuso di diritto solo come estrema *ratio*¹⁴⁷.

La decisione in cui si fece questa specificazione riguardava un giornalista belga il quale, sulla base di una legge penale nazionale, era stato privato dei diritti civili e politici, interdetto dalla professione e di fatto costretto a vivere all'estero per aver collaborato con le autorità tedesche durante il secondo conflitto mondiale. Sul solco tracciato dal caso *Partito comunista tedesco*, di cui si è già detto, lo Stato aveva invocato il rispetto dell'art. 17, ma inutilmente. La Commissione ne escluse l'applicazione «per la sua portata assai limitata, che si applica solo nei confronti di chi minaccia il regime democratico degli Stati ed in misura strettamente proporzionale alla gravità e alla durata della minaccia stessa»¹⁴⁸. Nel caso di specie mancava proprio la proporzionalità, dato che gli articoli di giornale a favore del regime nazista avevano fatto il loro tempo e, di conseguenza, con la fine della guerra e l'avvento di uno stabile sistema democratico non si poteva continuare a punire il ricorrente per una condotta passata e ormai non più pericolosa.

Anche la Corte, quando cominciò a decidere simili casi, si mostrò cauta, soprattutto per evitare un ragionamento *a contrario*. In particolare, essa ebbe subito modo di precisare che l'art. 17 Cedu si applicava esclusivamente in termini negativi, per limitare i cosiddetti diritti liberticidi, ovvero quei diritti il cui esercizio avrebbe potuto avere come esito la loro stessa futura soppressione. Invece, questa stessa disposizione non consentiva la limitazione di diritti che non si prestano ad essere tali, come ad esempio il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 Cedu), o il diritto a un equo processo (art. 6 Cedu)¹⁴⁹.

Finanche quando l'oggetto dei ricorsi era il diritto liberticida della manifestazione del pensiero, la Corte aveva cercato di rimanere prudente, appellandosi alla necessità di valutare con attenzione le eventuali ricadute pericolose dei pensieri d'odio. In questa prima giurisprudenza sembrava così richiamata la dottri-

nessione, reduci dalla fine del regime comunista. G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems, Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, UK-Northampton, Ma, Usa, 2012; sia consentito il rimando anche a P. TANZARELLA, *I diritti della Corte europea dei diritti*, in L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti*, Napoli, 2012, 35 ss.

¹⁴⁷ *DeBecker c. Belgio* dell'8 gennaio 1960.

¹⁴⁸ Cfr. il rapporto della Commissione dell'8 gennaio del 1960, 165-166.

¹⁴⁹ In particolare, nel caso *Lawless c. Irlanda* dell'1 luglio 1961, giudicando di un provvedimento amministrativo di detenzione emesso dal governo irlandese ai danni di un membro dell'*Irish Republican Army* (IRA), la Corte europea affermò che l'art. 17 Cedu, invocato dallo Stato interno per giustificare la deroga alle garanzie previste dagli artt. 5 e 6 della Cedu, non riguarda quei diritti che non si prestano ad essere liberticidi. Tra questi vi sono appunto il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 Cedu) e il diritto a un equo processo (art. 6 Cedu).

na statunitense del *clear and present danger* statunitense¹⁵⁰, anche perché si riteneva che gli Stati si fossero ormai assestati, per essersi nel frattempo dotati al loro interno di antidoti efficaci per contrastare i “nemici” della democrazia.

Tuttavia, ad eccezione di un esplicito richiamo fatto dal giudice dissenziente Bonello in un caso turco del 1999¹⁵¹, nella giurisprudenza europea la dottrina americana non è mai riuscita a imporsi come l'unica tecnica di giudizio. Se da un lato la Corte continua anche oggi a sostenere che l'art. 17 Cedu si applica ai soli casi di concreto pericolo¹⁵², dall'altro lato, questa sua stessa affermazione viene sovente contraddetta dalle argomentazioni usate nella risoluzione del caso di specie, risultando più una formula di stile che un efficace parametro di valutazione¹⁵³.

I tentativi per rendere il principio più stringente non sono mancati. In diverse sentenze sono stati esplicitati gli elementi da tener presente per verificare la reale pericolosità del pensiero espresso. Tra questi, ad esempio, la posizione del ricorrente, la forma e i toni scelti per esprimersi, i destinatari delle frasi d'odio, l'impatto sulla collettività¹⁵⁴. Ciò che però è mancato è stato lo sforzo di una loro interpretazione uniforme, contribuendo così a produrre una giurisprudenza altalenante e imprevedibile, privilegiando in alcune decisioni aspetti che sono, viceversa, trascurati in altre. Ne è una dimostrazione il filone di casi turchi sulla propaganda fatta da personaggi influenti – politici, o giornalisti di professione – a favore dell'autonomia dei curdi: i giudici di Strasburgo a volte l'hanno considerata una legittima manifestazione del pensiero politico, senz'altro aggressiva per il registro verbale utilizzato, ma lontano dal rappresentare un rischio attuale (altrimenti detto *present danger*)¹⁵⁵; altre volte è stata invece considerata perico-

¹⁵⁰ Sul punto v. C. PINELLI, *Art. 17. Divieto dell'abuso di diritto*, cit., 460. Sulla dottrina del *clear and present danger* si rimanda al par. 1.1 in questo stesso capitolo.

¹⁵¹ *Surek c. Turchia* (n. 2) dell'8 luglio 1999, in cui il giudice dissenziente maltese scriveva che: «la libertà d'espressione può essere legittimamente limitata quando è diretta ad incitare o a creare condizioni di illegalità, oppure quando incita altri ad operare in tal senso» (traduzione nostra). Molti altri giudici sembravano appoggiare tale impostazione, dichiarandosi d'accordo in una serie di opinioni separate redatte in diversi altri casi turchi decisi nella stessa data del caso Surek dalla Grande Camera (v. *infra* nota n. 156). Ciononostante, il collegio di maggioranza non ha mai sposato appieno questa tesi.

¹⁵² *Paksas c. Lituania* del 6 gennaio 2011, par. 87 («*Since the general purpose of Article 17 is, in other words, to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interests the principles enunciated in the Convention, this Article is applicable only on an exceptional basis and in extreme cases*»).

¹⁵³ Cfr. i casi citati *infra* nota n. 155.

¹⁵⁴ V. la rassegna dei casi indicati in D. HARRIS, M. O'BOYLE, & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 629.

¹⁵⁵ *Incal c. Turchia* del 9 giugno 1998; le decisioni della Grande Camera dell'8 luglio 1999 *Cylan v. Turkey*, *Arslan v. Turkey*, *Gerger v. Turkey*, *Polat v. Turkey*, *Karataş v. Turkey*, *Erdoğan v. Turkey*, *Ince v. Turkey*, *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*, *Okçuoğlu v. Turkey*, *Süreker and Özdemir v. Turkey*,

losa per l'integrità territoriale e la sicurezza nazionale, precisamente per aver scelto espressioni che incitavano alla violenza¹⁵⁶.

La ragione principale all'origine di queste oscillazioni giurisprudenziali risiede soprattutto nell'aver affiancato al parametro del *clear and present danger* quello del "danno indiretto" (*indirect harm*, come lo chiama la Corte di Strasburgo nella lingua ufficiale inglese). In altri termini, per la soluzione dei casi la Corte si fa guidare dalla seguente domanda: l'espressione di idee che incitano all'odio o alla violenza, anche quando non costituiscono una minaccia attuale alla democrazia, possono essere punite perché potrebbero comunque rappresentare una minaccia futura?

Se questa è la prospettiva dei giudici, emerge con chiarezza l'aspetto più delicato e rischioso dell'effetto ghigliottina, ovvero ammettere una limitazione della libertà d'espressione attraverso l'art. 17 Cedu per evitare un danno eventuale invece che certo. Dall'analisi della giurisprudenza sul tema risulta evidente come la Corte abbia deciso di prendersi questo azzardo, mostrandosi propensa ad offrire una tutela anticipata piuttosto che lasciare alla normale e a volte accesa dinamica democratica di ricomporre i conflitti esistenti.

Per cercare di contenere i rischi di un atteggiamento che si potrebbe dire paternalistico, la stessa Corte ha elaborato due ulteriori test per valutare l'entità del danno indiretto: il *bad tendency test* e il cosiddetto *incitement test*¹⁵⁷. La limitazione alla manifestazione del pensiero d'odio sarebbe legittima solo in quest'ultimo caso. Infatti, il *bad tendency test* di fatto non viene utilizzato, seppure sia stato implicitamente richiamato in un'occasione¹⁵⁸.

Limitandosi per il momento a fornire le coordinate definitorie, col *bad tendency test* si accertano quelle situazioni in cui le espressioni d'odio, lungi dall'avere un reale intento sovversivo, sono considerate "tendenzialmente" portatrici sane di discriminazione e violenza, come ad esempio la diffusione di stereotipi che col tempo rafforzano attitudini e atteggiamenti discriminatori già esistenti o ne alimentano di nuovi. Invece, con l'*incitement test* il danno sorge da quelle situazioni di pericolo "quasi" imminente, ovvero non attuale, determinate da un

Sürek v. Turkey (no. 2), *Sürek v. Turkey* (no. 4); *Erbakan c. Turchia* del 6 luglio 2006; *Gozel e Ozer c. Turchia* del 6 luglio 2010. Conferma la tendenza di questo filone il più recente caso *Stomakhin c. Russia* del 9 maggio 2018.

¹⁵⁶ *Zana c. Turchia* del 25 novembre 1997; *Surek. C. Turchia* (n. 1) e *Surek c. Turchia* (n. 3) del 18 luglio 1999, *Falakaoglu e Sajgılı c. Turchia* del 23 gennaio 2007.

¹⁵⁷ S. SOTTIAUX, *Bad tendencies in the ECtHR's hate speech jurisprudence*, in «Eu. Const. L. Rev.», n. 7 del 2011, 40 ss.

¹⁵⁸ A tal proposito, cfr. le opinioni dissenzienti espresse nel caso *Asku c. Turchia* del 27 luglio 2010. Significativo è il passaggio in cui i giudici dichiarano che: «Stereotypes are ready-made opinions that focus on peculiarities, and prejudices are preconceived ideas that lead to bias: they are dangerous because they reflect or even induce an implicit discrimination» (par. 2 dell'opinione dissenziente dei giudici Tulken, Tsotsoria e Pardalos).

registro verbale intenzionalmente provocatorio, offensivo e minaccioso. Al fine di evitare di anticipare troppo la tutela a discapito della libertà della manifestazione del pensiero, la Corte si trincerò dietro l'idea dell'incitamento, dando così la percezione di rimanere ancorata ad una situazione di rischio più o meno accertabile.

Tuttavia, la linea di confine tra il *bad tendency test* e l'*incitement test* è tutt'altro che chiara: in tal senso – nonostante il persistente atteggiamento prudente della Corte – l'analisi di due precisi filoni giurisprudenziali, l'odio espresso nei confronti della minoranza ebraica (in particolare attraverso il negazionismo) e l'odio rivolto ai migranti extracomunitari, prova come la Corte europea riesca a spingersi oltre la barriera dell'*incitement test*, applicando restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero anche quando non producono conseguenze negative nel breve periodo.

2.4.3. *L'art. 17 come clausola di protezione del danno indiretto alla minoranza storica ebraica*

Come si diceva, quando la Corte europea è chiamata a decidere sulla legittimità di limitazioni a pensieri che inneggiano alle differenze razziali, quasi trascura di valutare i fatti alla luce dello stringente criterio del pericolo concreto. O meglio, questo viene interpretato in modo lasco, al punto di considerare incitamento i comportamenti che invece sono solo provocatori. In tali occasioni, la Corte richiama il parametro del pericolo concreto come una sorta di mantra, invocandolo quale principio generale irrinunciabile per valutare il caso. Tuttavia, al momento di applicarlo al fatto di specie, lo ignora a favore dell'individuazione dei danni indiretti, riducendolo così a una vuota formula di stile a cui più sopra si accennava.

A complicare ulteriormente il quadro è l'oscillazione interpretativa sul danno indiretto da cui origina una giurisprudenza assolutamente incoerente e contraddittoria anche in relazione all'applicazione di questo criterio. Ad esempio, i principi fissati nel primo caso di discorso d'odio razziale, *Glimmerin c. Paesi Bassi* del 1979¹⁵⁹, e quelli fissati nel primo caso di negazionismo, *Lehideux e Isorni c. Francia* del 1998¹⁶⁰, sono stati successivamente a volte ripresi, a volte totalmente sconfessati.

Oggetto dell'analisi del presente paragrafo e di quello seguente, come già accennato, sono i casi più significativi dove la Corte utilizza la dottrina del danno indiretto a tutela di due specifiche minoranze: da un lato la storica minoranza ebraica, dall'altro la nuova minoranza dei gruppi di migranti che oggi popolano i paesi europei. Un'unica avvertenza per la lettura: per il primo filone si applica

¹⁵⁹ *Glimmerin e Hagenbeek c. Paesi Bassi* dell'11 ottobre 1979.

¹⁶⁰ *Lehideux e Isorni c. Francia* del 23 settembre 1998.

esclusivamente l'art. 17 della Convenzione, con la conseguenza che qualunque manifestazione del pensiero che offende o denigra tale gruppo religioso è incompatibile *ratione materie* con la Cedu; per il secondo viene invece in considerazione l'art. 10 Cedu, al fine di soddisfare l'esigenza di valutare caso per caso l'opportunità di limitare certe espressioni offensive a seconda dei diversi beni che di volta in volta vengono in rilievo.

La tutela della minoranza ebraica nasce da un'esigenza di tipo morale, rappresentando per l'Europa l'esplicita presa di distanza da quanto accaduto con l'Olocausto, oltre che un modo per ricostruire la società sulla base di un patto che ripudia la disumanità mostrata in quel periodo. Del resto, è stato proprio per riparare a tale crimine che si è avviato il processo di ricostruzione della parte occidentale del continente su basi costituzional-democratiche più solide. Non sorprende allora come sia davvero difficile per i giudici rimanere emotivamente distaccati di fronte a casi in cui attraverso la parola si offende un intero popolo già così duramente colpito nel corso della storia: in questo caso, operare un bilanciamento a favore della manifestazione del pensiero è come fare un torto alla memoria di una comunità che ha subito una profonda ingiustizia. Pertanto, fenomeni che non si possono definire strettamente di *hate speech*, ma anch'essi attinenti al libero esercizio del diritto ad esprimersi, come il negazionismo e il revisionismo storico dell'Olocausto, secondo la Corte europea devono rimanere privi di protezione.

La delicatezza del tema, intriso anche di elementi etico-morali, induce Strasburgo a dedicare particolare attenzione alla minoranza ebraica, addirittura a scapito di altre minoranze altrettanto storiche che non riescono a ricevere dalla Corte un identico trattamento.

La "speciale" protezione offerta alla minoranza ebraica trova un valido precedente nella prima sentenza in cui la Corte si era occupata della negazione dell'Olocausto, *Lehideux e Isorni c. Francia*¹⁶¹. Già allora si era sostenuto che la negazione di fatti storici chiaramente stabiliti non rientra sotto la protezione dell'art. 10, rinvenendo la sua esclusione sulla base dell'art. 17¹⁶². Quali siano i motivi di una così forte limitazione alle opinioni negazioniste la Corte non lo spiega espressamente. Essa aveva da sempre sostenuto che l'art. 17 andasse interpretato in senso restrittivo, come clausola eccezionale applicabile ai casi di pericolo con-

¹⁶¹ *Lehideux e Isorni c. Francia*, cit.

¹⁶² *Ibidem*, par. 47. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte arriva a condannare la Francia per violazione dell'art. 10, in quanto la pubblicazione su un noto quotidiano nazionale di uno scritto in difesa della memoria del maresciallo Petain rappresentava una legittima manifestazione del pensiero sulla base di quanto statuisce l'art. 10. Questo protegge non solo idee favorevolmente accolte dall'opinione pubblica, ma anche quelle che offendono, sciocchino o disturbano perché ciò è quanto richiede un ordinamento pluralista, tollerante e con larghezza di vedute, altrimenti una società democratica non esisterebbe (par. 55). Diverso sarebbe stato, premette la Corte, qualora l'articolo avesse espresso opinioni negazioniste, o favorevoli alla politica nazista (par. 53).

creto e attuale per la tenuta democratica; eppure, per la negazione della Shoah questa impostazione viene completamente ignorata. Infatti, nel caso di specie arriva a sostenere che l'art. 17 «esclude dalla protezione offerta dall'art. 10 determinate espressioni, come la negazione delle atrocità compiute dai nazisti, tra cui l'Olocausto»¹⁶³. Né sopperiscono a tale lacuna argomentativa le opinioni concorrenti alla sentenza. Ad esempio, il giudice Jambrek apre la sua opinione ricordando in modo esemplare i principi secondo cui l'art. 17 andrebbe applicato – nei casi in cui le offese diffondano odio e violenza, ripristinino metodi illegali e non democratici, minaccino il sistema politico pluralista, perseguano l'obiettivo di distruggere i diritti e le libertà altrui¹⁶⁴ – e afferma la necessità di applicarlo in modo rigoroso¹⁶⁵. Nelle conclusioni però egli, contraddicendo queste premesse, aderisce pienamente alle posizioni della maggioranza.

La Corte abbandona quindi surrettiziamente il criterio del nesso di causalità tra “negazione dell'Olocausto” (la causa) e “incitamento alla violenza”/“minaccia per la democrazia” (gli effetti). Parrebbe intuitivo che affermazioni del tipo «la cifra complessiva di ebrei sterminati non è attendibile» o, peggio, «le camere a gas non sono mai esistite e sono il frutto di una pura invenzione degli Stati vincitori del secondo conflitto mondiale» non abbiano da sole la forza sufficiente per incitare chi ascolta a commettere violenza verso la minoranza ebraica. Tuttavia, i giudici europei non ne sono convinti, preferendo già in questa prima sentenza sancire una tutela pressoché assoluta alle vittime che hanno subito offese alla loro memoria. Ciononostante, nelle premesse delle motivazioni s'insista sulla necessità di trovare il nesso fra causa ed effetti.

L'esplicita conferma di questa impostazione arriva un lustro più tardi con la decisione *Garaudy c. Francia*¹⁶⁶. Il motivo del ricorso è il divieto inferto dalle autorità francesi di stampare un libro revisionista del filosofo Garaudy, i cui due capitoli principali erano rispettivamente intitolati «*le mythe de la justice de Nuremberg*» e «*le mythe de l'holocauste*». La Corte considera questo un caso tipico in cui l'art. 10 viene rivendicato per perseguire finalità contrarie al testo e allo spirito della Cedu, in palese controtendenza con la reale funzione di tale disposizione. Dichiara così inammissibile la richiesta, affermando che il contenuto e lo scopo marcatamente revisionisti del testo si pongono in contrasto con i

¹⁶³ *Ibidem*, par. 1.

¹⁶⁴ *Ibidem*, opinione concorrente del Giudice Jambrek, par. 2. Si riporta qui il passo completo nella lingua ufficiale della sentenza: «(“In order that Article 17 may be applied, the aim of the offending actions must be to spread violence or hatred, to resort to illegal or undemocratic methods, to encourage the use of violence, to undermine the nation's democratic and pluralist political system, or to pursue objectives that are racist or likely to destroy the rights and freedoms of others”»).

¹⁶⁵ *Ibidem*, par. 4.

¹⁶⁶ *Garaudy c. Francia* del 24 giugno 2003, annotata da A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei “miti fondatori” del regime democratica*, in «Giur. it.», 2005, 2243 ss.

valori fondamentali della Convenzione, in particolare la pace e la giustizia¹⁶⁷.

Non per questo la Corte intende abbandonare il nesso di causalità per giustificare le condanne, rappresentando quest'ultimo sempre l'argomento decisivo. Tuttavia, essa rifugge dal dimostrarne l'effettiva esistenza, come se prefigurasse un automatismo tra le espressioni d'odio e gli atti violenti.

La Corte insiste nel considerare il negazionismo e il revisionismo oltre che una forma di diffamazione nei confronti del popolo ebraico, anche una forma di incitamento all'odio e una seria minaccia all'ordine pubblico, persino in un caso in cui il disprezzo antisemita e la negazione dell'Olocausto erano stati espressi in una missiva privata, trascurando del tutto il carattere riservato della comunicazione e limitandosi a poche ed apodittiche righe di motivazione¹⁶⁸.

Ancora più sorprendente per la mancanza di un'accurata motivazione sul piano giuridico è l'ultima delle decisioni pronunciate sul tema del negazionismo, ovvero il caso *M'Bala M'Bala c. Francia*¹⁶⁹.

Questi i fatti: il comico M'Bala M'Bala Dieudonné invita a un suo spettacolo teatrale il noto negazionista dell'Olocausto Faurisson, condannato in diverse occasioni in Francia, facendogli consegnare da un tecnico del suono, che indossava un assai evocativo pigiama a righe con la stella di David cucita sopra, "il premio dell'infrequentabilità e dell'insolenza" (non a caso, un candelabro a tre braccia, al cui vertice erano collocate tre mele). L'ospite, accolto con grande ovazione, si spende in un'arringa contro le istituzioni francesi definendole "affermazioniste", in contrapposizione alle sue tesi negazioniste. I giudici nazionali ritengono colpevole Dieudonné per il delitto d'ingiuria e gli comminano un'ammenda di 10 mila euro, facendogli sostenere anche le spese per la pubblicazione sui quotidiani *Le Monde* e *Le Parisien-Aujourd'hui en France* di un comunicato che riporta la notizia della condanna¹⁷⁰. La Corte d'appello conferma la decisione e, dal canto suo, la Cassazione dichiara il ricorso irricevibile. Anche Strasburgo dichiara l'inammissibilità del ricorso, applicando l'art. 17 della Cedu.

La decisione lascia perplessi per almeno due ragioni. Innanzitutto, il pensiero

¹⁶⁷ *Ibidem*, par. 1 della sezione "The Law".

¹⁶⁸ *Witzsch c. Germania* del 13 dicembre 2005, par. 1. In particolare, il ricorrente nella lettera indirizzata ad esponenti politici bavaresi che si accingevano a discutere l'introduzione di una sanzione penale per i casi di negazionismo, contestava che Hitler e il partito nazionalsocialista avessero pianificato lo sterminio degli ebrei.

¹⁶⁹ *M'Bala M'Bala c. Francia*, cit.

¹⁷⁰ Questo il testo pubblicato sui prestigiosi quotidiani: «*Par jugement en date du 27 octobre 2009 du tribunal correctionnel de PARIS (17ème chambre/chambre de la presse), Dieudonné M'BALA M'BALA a été déclaré coupable du délit d'injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, en l'espèce les personnes d'origine ou de confession juive, à raison de propos tenus publiquement dans la salle de spectacle Le Zénith le 26 décembre 2008, poursuivis par le ministère public, l'a condamné à une peine d'amende et à indemniser diverses associations se proposant par leurs statuts de combattre le racisme et qui s'étaient constituées parties civiles*».

negazionista non è espresso direttamente dal ricorrente, il quale fa invero da spalla al famigerato Faurisson; in secondo luogo, il caso riguarda l'esercizio del diritto di satira che, come accennato, è di norma soggetto a limitazioni del tutto eccezionali.

Al cuore della motivazione dei giudici vi è la consueta verifica del requisito della pericolosità sociale dei discorsi proferiti durante l'intervista. Paradossalmente non rilevano principi quali la tutela dell'onore, della reputazione, nientemeno della dignità della minoranza offesa, come invece valevano, seppur con toni sbiaditi, nelle precedenti sentenze. L'unico principio considerato è la tutela dell'ordine pubblico: la Corte non accoglie il ricorso di Dieudonné perché paventa il rischio che una rappresentazione teatrale costruita in quel modo potesse portare a conseguenze seriamente violente. In particolare, egli ha permesso a Faurisson di esprimersi nei termini sopra richiamati dinanzi ad un pubblico pronto ad accogliere la provocazione. In platea erano presenti Marine Le Pen, all'epoca presidente del *Front National*, e Alain de Benoist, fondatore del movimento *Nouvelle Droite* e Kémi Séba, già membro del movimento *Nation of Islam*. Il ricorrente è dunque responsabile, seppur indirettamente, di reato d'istigazione all'odio e alla discriminazione che non trova tutela in ambito Cedu. E, tuttavia, la motivazione, esattamente come nelle altre sentenze sul negazionismo, è alquanto apodittica visto che non viene spesa una sola riga che dimostri la reale imminenza del pericolo prospettato.

In definitiva, si può dedurre che Strasburgo, almeno per i casi di negazionismo, tutela il danno indiretto da discriminazione orientandosi più sul *bad tendency test* che sull'*incitement test*, sposando la linea di quegli Stati che hanno deciso di punire semplicemente "la menzogna di Auschwitz"¹⁷¹, a dispetto di quanto affermato in linea di principio sulla necessità di verificare in concreto il requisito dell'istigazione alla violenza.

Come si diceva, però, il negazionismo e il revisionismo sono manifestazioni del pensiero incompatibili con la Cedu – per questo dichiarati irricevibili *ex art. 17* – solo se riguardano l'Olocausto degli ebrei. L'eccidio di altre minoranze non è considerato alla stessa stregua, almeno finora. Esemplificativo in tal senso è il caso *Perincek c. Svizzera*, sui cui la Corte si è espressa due volte, la prima in composizione ordinaria, la seconda in Grande Camera¹⁷². I fatti riguardano un politico turco che, pur non contestando il compimento di una strage di massa ai danni degli armeni nel 1915 avvenuta attraverso la loro deportazione, ha pubblicamente negato che si trattasse di un atto di genocidio. Sia la seconda sezione della

¹⁷¹ Si vedano le legislazioni di Austria, Belgio, Francia e Germania.

¹⁷² *Perincek c. Svizzera*, sent. II sez., 17 dicembre 2013 e sent. della Grande Camera 15 ottobre 2015, annotate da I. SPIGNO, *La Corte di Strasburgo e il negazionismo del genocidio armeno: revirement o conferma giurisprudenziale?*, in «Questione Giustizia», 24 marzo 2014; A. CIERVO, *La relatività del male*, in «Questione Giustizia», 15 dicembre 2015; se si vuole anche P. TANZARELLA, *Negazionismo: aggiornamenti da Strasburgo*, in «Consulta Online», 2014.

Corte, sia la Grande Camera condannano lo Stato elvetico per la violazione dell'art. 10 Cedu, ritenendo legittime le dichiarazioni del ricorrente. Ma c'è un aspetto che sorprende: le motivazioni date nelle due sentenze si fondano sulla comparazione tra l'esperienza vissuta dagli ebrei e quella vissuta dagli armeni, partendo dal preciso presupposto che la negazione o il revisionismo dell'eccidio degli ebrei conduce sempre ad una pronuncia d'irricevibilità in virtù dell'art. 17 Cedu sull'abuso di diritto. Secondo la lettura data dalla Corte, l'Olocausto è un dato di fatto accertato sia storicamente sia giuridicamente e qualsiasi ricostruzione diversa non solo rappresenterebbe un insulto alla minoranza ebraica, ma aprirebbe le porte a un uso distorto del diritto d'espressione, il cui esercizio in questo caso avrebbe come fine ultimo soltanto quello di delegittimare la comunità ebraica nel circuito democratico. Invece, siccome non c'è unanimità nella comunità internazionale nel definire l'eccidio armeno un genocidio, le tesi revisioniste sono accolte con favore, ritenendole utili per un confronto su un tema d'interesse generale ancora tanto dibattuto.

Se la Corte non si fosse addentrata in questa infelice comparazione – sostenendo in particolare che la Shoah è stata qualificata un genocidio da una giurisdizione internazionale, quale il Tribunale militare di Norimberga, mentre l'eccidio armeno non ha attraversato lo stesso tipo di iter storico giuridico – le decisioni Perincek avrebbero rappresentato l'esempio migliore dell'applicazione rigorosa dell'*incitement test*. Innanzitutto, il discorso del ricorrente non incitava le folle a commettere atti violenti, in secondo luogo, come detto, non smentiva l'accadimento di quel fatto tragico, limitandosi a rinnegare la sua qualificazione giuridica – non genocidio, ma crimine di guerra.

Da ultimo, sulla base di un efficace affresco comparatistico proposto per dimostrare che non esiste un *consensus* circa la qualificazione della strage armena come genocidio, la Corte evince che «gli Stati che hanno riconosciuto il genocidio armeno – nella maggior parte dei casi sulla base della decisione dei Parlamenti – non necessariamente devono prevedere sanzioni penali per la sua negazione, posto che uno degli scopi principali delle norme costituzionali a tutela della libertà di espressione è proprio quello di proteggere le opinioni minoritarie, suscettibili di animare il dibattito su questioni di interesse generale non ancora interamente definite»¹⁷³. La Corte, pertanto, dubita che la condanna del ricorrente persegua un bisogno sociale imperioso; anzi, essa appare sproporzionata perché, nonostante la sanzione pecuniaria non appaia molto severa, porterebbe con sé il rischio di dissuadere chiunque a esprimere opinioni che hanno il merito di contribuire alla pubblica discussione su questioni che interessano la vita della collettività.

Nulla da eccepire, dunque, circa le argomentazioni proposte per risolvere il caso Perincek, rappresentando le due sentenze un modello per affrontare le que-

¹⁷³ *Ibidem*, sentenza della II sez., par. 123 (traduzione nostra).

stioni in cui la libertà di espressione va bilanciata con l'esigenza sia di tutelare la reputazione di un gruppo minoritario sia di proteggere dal pericolo di eventuali disordini sociali. Tuttavia, per giustificare l'esito, la Corte avverte anche l'esigenza di distinguere la minoranza curda dalla minoranza ebraica: per i curdi il bilanciamento è possibile, per gli ebrei la manifestazione del pensiero va sempre compressa, indipendentemente dalla pericolosità di frasi certamente inaccettabili sul piano storico e morale.

Una conclusione questa che lascia molto perplessi e che prova come sia molto alto il rischio di selezionare le espressioni meritevoli di tutela a seconda delle diverse sensibilità storiche e culturali.

2.4.4. *L'art. 10 come clausola di protezione del danno indiretto per le discriminazioni contro i migranti extracomunitari*

Invero, la dottrina del danno indiretto è implicitamente richiamata non solo per legittimare le legislazioni nazionali che puniscono il negazionismo dell'Olocausto a difesa della minoranza ebraica. Essa diventa un criterio di giudizio per giustificare la compressione della libertà d'espressione anche quando i discorsi d'odio si rivolgono ai cosiddetti migranti economici – ovvero coloro che provengono da luoghi di estrema povertà e che sono in cerca di condizioni di vita più favorevoli – oppure ai cosiddetti migranti vulnerabili, cioè i richiedenti asilo che fuggono dai propri paesi per motivi politici. In entrambi i casi, questi migranti, per la maggior parte, professano credi religiosi o seguono tradizioni considerate contrarie ai valori occidentali secolarizzati, come ad esempio accade per le popolazioni musulmane¹⁷⁴. Pertanto, essi diventano un facile bersaglio degli *haters*, come il consistente aumento di episodi di *hate speech*, nonché di *hate crimes* in effetti conferma.

Nelle decisioni europee che risolvono casi di questo genere, il requisito della tutela dell'ordine pubblico, più estensivamente inteso come protezione dell'ordinamento democratico, gioca un ruolo ancora più preponderante: in alcune occasioni, viene anche evocato il valore della dignità umana, non lasciando aperta

¹⁷⁴ In un volume come il presente, dove si è deciso di occuparsi soltanto di discorsi d'odio razziale, escludendo dalla trattazione quelli di tipo religioso, come la blasfemia, o di *hate speech* contro le minoranze di genere, non si può tuttavia qui non accennare al fatto che Strasburgo, come per i primi, adotta una linea abbastanza intransigente anche per gli altri tipi di discorsi d'odio. Per quanto riguarda, ad esempio, la minoranza omosessuale è rilevante la sentenza *Vadjeland e altri c. Svezia* del 9 febbraio del 2012, in cui si ribadisce che frasi ingiuriose e pregiudizievole ai danni della comunità omosessuale, anche se non direttamente istigatrici alla commissione di atti violenti, non sono comunque coperte dall'art. 10 (par. 54). La Corte, dunque, conferma anche per questo tipo di minoranza la teoria del danno indiretto. Non diversa la posizione dei giudici statunitensi in merito alla diffusione di idee omofobiche nelle scuole, come nel caso europeo. V. la decisione *Harper v. Poway Unified School District*, 445 F. 3d 1166 (9th Cir. 2006), annotata da B.J. BILFORD, *Harper's Bazaar: The marketplace of ideas and Hate Speech in Schools*, in «4 Stan. J. Civ. Rts. & Civ. Liberties», 2008, 447 ss.

così alcuna possibilità che i discorsi d'odio possano trovare uno spazio di protezione convenzionale.

Ciò che rende ancora più peculiari tali sentenze, rispetto a quelle precedentemente considerate sul negazionismo, è che la Corte non sente affatto il bisogno di attingere alla clausola sull'abuso di diritto, apparendo sufficiente bilanciare le espressioni discriminatorie con gli altri beni tutelati dalla Cedu in base all'art. 10. Così facendo, essa può modulare la propria decisione a seconda del contesto e del momento storico dei ricorsi, evitando di prendere una posizione chiara e definitiva che escluda in modo categorico l'*hate speech* dal novero dei discorsi ammessi secondo la Convenzione.

In generale, Strasburgo dichiara la non violazione dell'art. 10, lamentata dal ricorrente condannato a livello nazionale, ma al contempo si rifiuta di dichiarare irricevibile il ricorso, come invece pretenderebbe la difesa dello Stato. In tal modo si legittimano certamente severe limitazioni ai discorsi d'odio espressi ai danni dei migranti (acconsentendo anche ad applicare sanzioni penali), lasciando però aperta la possibilità di decidere diversamente in altri casi. Invero, nonostante questo atteggiamento prudente, le decisioni di seguito analizzate dimostrano come la giurisprudenza europea si stia ormai consolidando a favore della punibilità dei discorsi d'odio perché causa di danni indiretti, dimostrando di porsi perfettamente in linea con la posizione espressa sia dagli organismi internazionali precedentemente analizzati sia con la giurisprudenza italiana, che si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo.

Già nella sua prima sentenza sul tema del 1979, iniziavano a intravedersi alcuni segnali di rigidità. Si tratta del caso *Glimmerin e Hagenbeek c. Paesi Bassi*¹⁷⁵, in cui la Commissione riconosce tra le righe il danno indiretto da discriminazione razziale attraverso la garanzia di una più generale protezione dei principi democratici. Il divieto di diffondere volantini preparati da esponenti politici il cui programma consisteva nell'espulsione dal territorio delle persone di colore si giustifica nella misura in cui lo scopo è quello di veicolare un messaggio antidemocratico, che conseguentemente rinnega la protezione dei diritti fondamentali. In sostanza, come per i casi di negazionismo, i proclami di politiche di discriminazione razziale non sono puntiti perché atti di per sé stessi contrari alla Cedu – ad esempio perché contrari al principio di non discriminazione – ma in quanto indirettamente pericolosi per la tenuta dell'ordinamento democratico.

Per l'esplicitazione della tutela del danno indiretto anche per i casi di odio razziale nei confronti delle nuove minoranze di immigrati si dovranno aspettare esattamente trent'anni, con la pronuncia *Feret c. Belgio* del 2009, e su cui si tornerà più avanti. Tuttavia, durante gli anni intercorsi tra il precedente olandese e la sentenza a favore del Belgio, si è sviluppata una giurisprudenza altrettanto significativa – nonostante il numero esiguo di pronunce – su cui si è preparato il

¹⁷⁵ *Glimmerin e Hagenbeek c. Paesi Bassi*, cit.

terreno per affermare la dottrina del danno indiretto. Riprendiamo quindi alcuni passaggi principali.

Partiamo dal caso più conosciuto in tema di *hate speech*, ovvero *Jersild c. Danimarca*¹⁷⁶. La Corte era stata chiamata a giudicare dell'eventuale corresponsabilità del giornalista ricorrente per aver mandato in onda alla radio un documentario in cui dei dissidenti razzisti, meglio conosciuti come *Greenjackets*, avevano rilasciato un'intervista utilizzando un linguaggio indubbiamente violento. Lo Stato danese sanzionava il giornalista, ma secondo Strasburgo ingiustamente. I giudici hanno infatti ritenuto che egli avesse agito in modo professionalmente ineccepibile nella preparazione e nella conduzione di una trasmissione che aveva ad oggetto un tema spinoso quale appunto quello del fenomeno razzista e che non poteva essere ignorato dal grande pubblico. Inoltre, dettaglio non influente, Jersild aveva posto le domande ai *Greenjackets* prendendo chiaramente le distanze da quanto essi sostenevano.

Posta in questi termini sembrerebbe che la Corte abbia acconsentito alla piena facoltà di esprimere discorsi d'odio, prediligendo così la libertà di manifestazione del pensiero rispetto agli eventuali danni, seppure indiretti, che questi potrebbero produrre. Infatti, il caso è quello che forse più di tutti ha tratto in inganno i commentatori, essendo stato considerato l'esempio di un atteggiamento tollerante nei confronti dei discorsi d'odio¹⁷⁷. Invece, una lettura più attenta convince che esso sia perfettamente in linea col caso *Glimmerin*. I giudici non hanno mai affermato nella motivazione che contenuti e toni utilizzati dai *Greenjackets* potessero essere coperti dall'art. 10 Cedu. È vero piuttosto il contrario¹⁷⁸, visto che nella premessa della motivazione si ribadiva l'importanza di combattere ogni forma e manifestazione di discriminazione razziale¹⁷⁹. Nel caso di specie non si trattava di sindacare i discorsi razziali, ma di capire se un professionista dell'informazione avesse svolto il proprio lavoro nel rispetto dei doveri e delle responsabilità prescritte dall'art. 10 Cedu¹⁸⁰. Nulla esclude quindi che qualora la

¹⁷⁶ *Jersild c. Danimarca* del 23 settembre 1994.

¹⁷⁷ Parecchie furono le critiche espresse da parte di molti studiosi. Cfr., *ex multis*, G. COHEN-JONATHAN, *Discrimination raciale et liberté d'expression*, in «R.U.D.H.», n. 10 del 1995, 1 ss.; I. INGRAO, *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, in «Riv. int. diritti umani», 1994, 578 ss.; V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e "libertà altrui"*, in «Giur. cost.», 1995, 4585 ss.

¹⁷⁸ *Ibidem*, par. 35.

¹⁷⁹ *Ibidem*, par. 30. Conviene con questa lettura P. Caretti, il quale rivela come «l'assoluzione» del giornalista si deve al fatto che la Corte europea ha rintracciato nell'intervista la volontà di screditare il messaggio razzista, grazie alla pura e semplice descrizione dell'ignoranza e della povertà di spirito di coloro che lo lanciavano». P. CARETTI, *Freedom of thought and instigation of hatred in the italian legal order*, in *Italian National reports to the XVIth International congress of comparative law*, 625 ss.

¹⁸⁰ Sull'intervista diffamatoria, G.E. VIGEVANI, *Diritto di cronaca ed intervista diffamatoria*, in

Corte si fosse trovata a giudicare delle cose dette dai *Greenjackets* le avrebbe ritenute contrarie ai principi della Convenzione.

Certamente meno equivoca è invece la soluzione adottata nel caso *Norwood c. Regno Unito*, dove la Corte dichiara l'inammissibilità del ricorso con poche e succinte righe. L'esposizione di un poster con lo sfondo delle *Twin Towers* in fiamme e il cui intento è sostenere l'espulsione di cittadini islamici dal suolo inglese rappresenta una gratuita e veemente accusa a un intero gruppo di fedeli, a cui viene genericamente attribuita la paternità dell'attacco terroristico dell'11 settembre. Ciò sarebbe incompatibile con i valori proclamati e garantiti dalla Convenzione, in particolare la tolleranza, la pace sociale, la non discriminazione¹⁸¹.

Altrettanto *tranchant* sono le motivazioni del caso *Pavel Ivanov c. Russia*¹⁸², che aveva ad oggetto la pubblicazione di articoli in cui s'incolpava il popolo ebraico di aver cospirato contro la Russia e di avere diffuso l'ideologia fascista. Anche in questo ricorso la Corte, con un'identica e sommaria argomentazione quale quella proposta nel caso *Norwood*, non ammette alcuna forma di accusa generalizzata, considerandola un grave incitamento all'odio.

Si sintonizza, poi, sulla stessa lunghezza d'onda anche nel caso *Leroy c. Francia*, seppure in questa circostanza siano gli occidentali statunitensi ad essere offesi. In particolare, viene giustificata la condanna da parte della Francia a un disegnatore per delle vignette che lasciavano sottintendere come gli americani avessero meritato di subire gli attacchi alle Torri Gemelle. La Corte non riscontra gli estremi di un lecito diritto di critica all'imperialismo americano sia per le immagini e il linguaggio scelti dal ricorrente sia per il luogo in cui le vignette erano state diffuse, ovvero i Paesi Baschi. Sotto il primo profilo, la Corte ha interpretato le caricature come la glorificazione del terrorismo islamico, mentre per il secondo ha ritenuto importante considerare le specificità storiche di quell'area, luogo di sanguinosi attentati terroristici compiuti per protesta politica e pertanto terreno fertile per nuove rivolte violente.

Anche nel caso *Solaus* si decide ancora una volta a favore della Francia, che aveva condannato uno scrittore per aver pubblicato un libro dal titolo «*The colonisation of Europe*», col sottotitolo «*Truthful remarks about immigration and Islam*»¹⁸³. Questo viene considerato una fonte d'istigazione all'odio contro la comunità musulmana, soprattutto per l'utilizzo di un linguaggio militaresco e per l'esplicito invito a scatenare una guerra etnica di riconquista per combattere tale nemico¹⁸⁴. Tut-

AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 87 ss.; C. MALAVENDA, C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Le regole dei giornalisti*, Bologna, 2012.

¹⁸¹ *Norwood c. Regno Unito* del 16 novembre 2004. Sul poster era riportata la seguente frase: "Islam out of Britain – Protect the British People".

¹⁸² *Pavel Ivanov c. Russia* del 20 febbraio 2007.

¹⁸³ *Soulas e altri c. Francia* del 10 luglio 2008.

¹⁸⁴ *Ibidem*, par. 43.

tavia, inaspettatamente, Strasburgo risolve il caso constatando la non violazione dell'art. 10 e rifiutandosi contestualmente di considerare l'art. 17, liquidando la censura proposta dallo Stato in questa sola riga: «il passaggio del libro incriminato non appare abbastanza grave da giustificare la sua applicazione»¹⁸⁵.

Oltre alla consueta apoditticità con cui la Corte si esprime, è interessante anche la premessa della motivazione volta a dimostrare la sua propensione a sostenere politiche statali che perseguono la tutela dell'ordine sociale a discapito delle libertà individuali. Infatti, si riconosce alla Francia il merito di essere uno di quei paesi che cerca di fronteggiare da tempo il problema dell'immigrazione, sforzandosi di attuare politiche di inclusione sociale: spetta, dunque, soltanto allo Stato decidere se punire certi comportamenti, perché solo dall'interno si possono valutare le difficoltà e gli ostacoli che si frappongono al raggiungimento di un obiettivo importante qual è quello della civile convivenza.

Poste tutte queste premesse, la Corte arriva finalmente a giustificare la limitazione del pensiero d'odio per evitare danni indiretti nel caso *Feret c. Belgio*¹⁸⁶, dove il ricorrente è un noto esponente politico di estrema destra. La Corte fornisce questa motivazione per confermare la condanna inflitta dal Belgio: «l'incitamento all'odio non necessariamente deve richiamare un atto di violenza o ad altri atti criminosi. Attacchi che si concretizzano in insulti, la messa in ridicolo o la calunnia ai danni di specifici gruppi di una popolazione sono motivi sufficienti per le autorità per combattere l'*hate speech*, sfavorendo così la libertà d'espressione esercitata in maniera irresponsabile»¹⁸⁷. Quindi, la Corte sposta più in avanti la linea tra la manifestazione del pensiero lecita e quella illecita, mettendo al di là dello steccato non solo le parole che prefigurano un chiaro e imminente pericolo, ma anche quelle espresse con imprudenza e che in un ipotetico futuro possano destabilizzare l'ordine democratico.

Più in generale la sentenza colpisce per il ridimensionamento della posizione di riguardo che Strasburgo aveva da sempre riservato ai personaggi noti, non certo per garantire loro un personale privilegio, ma per permettere ai cittadini di venire a conoscenza di tutto ciò che riguarda i comportamenti di chi riveste un ruolo pubblico. In definitiva, è come se Strasburgo abbia voluto attribuire una diver-

¹⁸⁵ *Ibidem*, par. 48.

¹⁸⁶ *Feret c. Belgio* del 16 luglio 2009, cit.

¹⁸⁷ *Ibidem*, par. 73 (traduzione nostra). Il ricorrente è il Presidente del partito politico belga *Front National* il quale, durante una campagna elettorale, oltre a tenere comizi dai toni efferati, aveva fatto distribuire degli stampati in cui si illustrava con veemenza il programma di governo incentrato sull'opposizione all'islamizzazione del Belgio. Questo prevedeva, tra i diversi punti, il rimpatrio forzato degli immigrati e la concessione dell'asilo politico ai soli cittadini europei. I giudici interni lo condannano quindi a scontare una pena detentiva di dieci mesi, a svolgere attività di volontariato per un totale di 250 ore in un centro per l'integrazione di stranieri migranti e all'interdizione dall'elettorato passivo per sei anni. Strasburgo, dando ragione allo Stato, non riscontra quindi la violazione dell'art. 10 Cedu.

sa accezione alla funzione didattico/terapeutica della libertà d'espressione: se un tempo era considerata cruciale per la realizzazione della forma di Stato democratica in forza proprio dell'utilizzo di pensieri che scioccano, inquietano o disturbano, ora la sua limitazione risulta essenziale per il suo mantenimento. Per questo motivo quegli stessi pensieri scomodi oggi sono considerati un pericolo da evitare.

Tutti i casi finora analizzati e risolti a favore della condanna dell'*hate speech* perseguono l'obiettivo della tutela dell'ordine pubblico e della pace sociale, anche quando gli *haters* non sono personaggi politici di spicco. Infatti, eccetto *Glimmerin* e *Feret*, gli altri casi non hanno per protagonisti uomini pubblici che, attraverso opinioni a sfondo razzista, potrebbero conquistare la maggioranza politica e così attuare in concreto una politica discriminatoria; i ricorrenti sono cittadini qualsiasi che poco tollerano gli immigrati perché ritenuti responsabili di alcuni problemi della società.

Sono allora due i nodi su cui si vuole riflettere: il primo è legato all'opportunità di punire qualunque discorso d'odio, anche quello proferito da chi non ha il potere di indirizzare l'opinione pubblica, il secondo è legato alla possibilità di censurare qualunque idea politica anche se sconveniente, in forza della difesa della convivenza pacifica. È inevitabile chiedersi, infatti, se non sarebbe forse più opportuno intervenire cautamente con lo strumento giuridico in ossequio anche al diritto ad essere informati, oltre che del diritto d'informare, come la stessa Convenzione prescrive. Eppure la Corte sembra ignorare questa scelta, preferendo "proteggere" a monte l'ordinamento democratico – un atteggiamento questo che non viene smentito in altre successive sentenze a quella *Feret* come *Le Pen c. Francia*¹⁸⁸ e *Vona c. Ungheria*¹⁸⁹. Nella prima si conferma la legittima punibilità delle dichiarazioni dell'allora segretario del partito del *Front National* contro la comunità musulmana, nel secondo si avalla la decisione dell'Ungheria di sciogliere un'associazione politica che ricordava il movimento nazista ungherese (*Arrow Cross*) e che propagandava idee discriminatorie ai danni della minoranza Rom¹⁹⁰.

Infine, a sigillare l'esigenza di tutelare anticipatamente la pacifica convivenza è la sentenza *Atamanbuck c. Russia*, secondo cui, anche nei discorsi dove non ci sono tracce di istigazioni alla violenza o d'istigazione al compimento di atti di discriminazione, lo Stato nazionale è comunque legittimato a condannare chi, pubblicamente, alimenta seri pregiudizi ai danni di minoranze etniche¹⁹¹.

¹⁸⁸ *Le Pen c. Francia* del 20 aprile 2010.

¹⁸⁹ *Vona c. Ungheria* del 9 luglio 2013.

¹⁹⁰ Nello specifico, la Corte ricorda che «*the State cannot be required to wait, before intervening, until a political movement takes action to undermine democracy or has recourse to violence. Even if that movement has not made an attempt to seize power and the risk of its policy to democracy is not imminent, the State is entitled to act preventively if it is established that such a movement has started to take concrete steps in public life to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy*» (par. 57).

¹⁹¹ *Atamanbuck c. Russia* dell'11 febbraio 2020.

2.4.5. *La giurisprudenza Cedu del danno indiretto per costruire il nuovo diritto a non avere paura?*

È prevalentemente la tutela dell'ordine pubblico a spingere la Corte ad acconsentire alla restrizione dei discorsi d'odio, anche se la prospettiva adottata è, come si è tentato di spiegare, inevitabilmente anticipata. Anzi, è così anticipata da limitare perfino quei discorsi dove vi è soltanto una percezione dell'incitamento all'odio, essendo scarsamente verificabile il loro impatto violento e sovversivo. Strasburgo è arrivata quindi implicitamente a sostenere che l'*hate speech* debba essere vietato qualora rappresenti anche solo un potenziale pericolo per la pace sociale, abbandonando l'*incitement test* che essa stessa aveva elaborato, per abbracciare il *bad tendency test* che vieta espressioni certamente aberranti sul piano morale, ma di dubbia offensività in termini giuridici¹⁹².

Così, il faro per l'Europa da oltreoceano non è affatto la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense del *clear and present danger* o delle *fighting words*, bensì la teoria espressa dai membri della *Critical Race Theory*, già spiegata nel precedente capitolo. Come si diceva, essa si basa sul presupposto che le offese gratuite a danno delle minoranze creano gravi disagi a livello psicologico e sociale in termini di autostima e di accettazione, tali non solo da ledere la dignità umana, ma da contaminare anche l'ambiente circostante, provocando il rischio di disordini con una conseguente instabilità politica. Sicuramente la sentenza *Feret* è quella che offre più chiaramente questa chiave di lettura, combinando appunto l'esigenza di proteggere la dignità umana con l'esigenza di prevenire tendenze antidemocratiche. Ma anche le sentenze *Norwood* e *Soulas* in qualche modo riecheggiano l'impostazione dei teorici americani, paventando la lesione della reputazione di interi gruppi minoritari.

Dignità e reputazione, tuttavia, nella giurisprudenza europea non vengono mai invocati da soli, ma sempre in tandem con la protezione dell'ordine pubblico, persino nei casi di negazionismo dove l'operazione potrebbe risultare più semplice¹⁹³.

Alla base di tale scelta si potrebbe ipotizzare che la Corte non si voglia spingere in un'interpretazione della Convenzione che non trovi una giustificazione testuale: la tutela della reputazione, a cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 10, riguarda destinatari singoli ed identificabili piuttosto che generici ap-

¹⁹² Sul timore che manifestazioni di dissenso espresse con odio possano essere pericolose per la pacifica convivenza, cfr. la più recente decisione *Belkacem c. Belgio* del 20 luglio 2017, dove la Corte ha ritenuto essere abuso di diritto *ex art. 17* le affermazioni registrate in alcuni video e postati sul portale youtube del ricorrente di religione musulmana, che invitava a ingaggiare una lotta contro il dominio di chi professa altre religioni.

¹⁹³ Questa rappresenta una sostanziale differenza con l'impostazione scelta dai giudici italiani che usano l'argomento della dignità come vincente. È tipico della legislazione e della giurisprudenza francese invocare, invece, anche il reato per la diffamazione di gruppo. Per una breve ricostruzione dell'argomento v. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'egualianza e difesa dello Stato*, cit.

partenenti a gruppi minoritari; mentre la dignità è un valore che non viene mai espressamente invocato in nessuna parte del testo e dei suoi protocolli aggiuntivi, eccetto che nel preambolo del Protocollo 13 relativo «all'abolizione della pena di morte in tutte le circostanze». Viceversa, risulta esplicito nella Cedu l'obiettivo di salvaguardare un regime politico effettivamente democratico, che trova la sua ragion d'essere nella tutela dell'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 17.

Ciò malgrado, sono la protezione della dignità e della reputazione i valori a cui la Corte mira, grazie allo sviluppo di una giurisprudenza che protegge la democrazia in una prospettiva fin troppo anticipata rispetto all'ipotetico pericolo. Proprio perché dignità umana e reputazione di gruppo non sono direttamente invocabili, è la tutela dell'ordine pubblico a farsi garante al loro posto.

È ragionevole supporre, inoltre, che il motivo per cui la Corte si premura di offrire una tutela indiretta a questi valori è legato non solo alla sconvenienza e inopportunità dei messaggi d'odio sul piano identitario e morale, ma piuttosto alla paura che gli ordinamenti nazionali, nonostante le ormai consolidate tradizioni democratiche, non riescano da soli a vincere la sfida contro gli estremisti senza avere l'appoggio delle istituzioni europee, da sempre disposte a sacrificare la libertà della manifestazione del pensiero quando si ritiene che questo rappresenti un'ipotetica minaccia.

Dietro a decisioni in cui si punisce chi non ha rispetto per le minoranze, paventando un "eventuale" pericolo di discriminazione nei loro confronti, come è accaduto nel caso *Feret* nei confronti degli immigrati, oppure nel caso *M'Bala M'Bala* nei confronti degli ebrei, si cela l'intento di contribuire a costruire un altro diritto, quello che si può definire come diritto "a non aver paura", che trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di proteggere le minoranze da vessazioni e risentimenti.

Sembrano allora confermate le parole del costituzionalista inglese McCrudden, il quale già in un articolo del 1995 avvertiva della china paternalistica su cui iniziava a scivolare la Corte di Strasburgo¹⁹⁴, quando ancora i paesi europei non immaginavano affatto di dover fronteggiare i problemi relativi ai flussi immigratori e al terrorismo di matrice islamica.

A questo si deve aggiungere che, da quando scriveva McCrudden e dal caso *Feret*, è emerso un risvolto nuovo e del tutto controproducente di questa giurisprudenza "protettiva" di Strasburgo: come si è visto, si è infatti venuto a costruire una sorta di automatismo tra la diffusione di espressioni che evocano periodi infelici della nostra storia – ad esempio attraverso il riferimento ai loro personaggi o ai loro simboli – e la condanna per garantire la pace e il rispetto di tutti. La Corte sembra non volersi più curare delle specificità del caso, anche quando le espressioni offensive sono utilizzate per protestare contro le politiche di discriminazione.

È quanto avvenuto con la decisione *Nix c. Germania* del 2018, dove il ricor-

¹⁹⁴ C. MC CRUDDEN, *Freedom of Speech and Racial Equality*, in P.B.H. BIRKS (a cura di), *Pressing Problems in the Law*, vol. 1, *Criminal Justice and Human Rights*, Oxford, 1995, 125 ss.

rente, un nepalese musulmano naturalizzato in Germania, aveva denunciato in un suo blog il dirigente di una scuola per aver discriminato la propria figlia nella scelta del percorso scolastico¹⁹⁵. In particolare, lo aveva paragonato a Himmler, postando una foto di questo in uniforme nazista sotto il suo nome. Secondo la Corte, come per le autorità statali, il paragone infelice tra Himmler e l'impiegato pubblico è condannabile in forza della legge tedesca che punisce la propaganda di materiali e simboli di organizzazioni incostituzionali¹⁹⁶. Nonostante la stessa Strasburgo riconosca che il ricorrente aveva l'intento di denunciare il comportamento discriminatorio della scuola nei confronti di studenti di altre etnie, ciò non è sufficiente per sollevarlo dall'accusa penale. Il motivo? Quel blog specifico non spiegava chiaramente che il paragone a Himmler era stato fatto per accusare la scuola di razzismo e, quindi, per sollevare un problema d'interesse generale. Rimasto isolato rispetto ad almeno altri sei blog scritti sullo stesso argomento, con esso si faceva un uso gratuito di simboli nazisti.

Quale sarebbe stato allora il comportamento corretto del ricorrente per non incorrere in una condanna? La stessa Corte europea lo spiega, affermando che egli avrebbe dovuto prendere le distanze dall'ideologia nazista, scrivendo esplicitamente nel blog che l'utilizzo di una foto di una gerarca nazista con la svastica aveva un preciso intento di denuncia¹⁹⁷.

¹⁹⁵ *Nix c. Germania*, 13 marzo 2018.

¹⁹⁶ Cfr. gli artt. 86 e 86a del codice penale tedesco che nella versione ufficiale in inglese recitano rispettivamente: «[Dissemination of propaganda material of unconstitutional organizations] "(1) Whosoever within Germany disseminates or produces, stocks, imports or exports or makes publicly accessible through data storage media for dissemination within Germany or abroad, propaganda material 1. of a political party which has been declared unconstitutional by the Federal Constitutional Court or a political party or organization which has been held by a final decision to be a surrogate organization of such a party; 2. of an organization which has been banned by a final decision because it is directed against the constitutional order or against the idea of the comity of nations or which has been held by a final decision to be a surrogate organization of such a banned organization; 3. of a government, organization or institution outside the Federal Republic of Germany active in pursuing the objectives of one of the parties or organizations indicated in Nos 1 and 2 above; or 4. the contents of which are intended to further the aims of a former National Socialist organization; shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. ... (3) Paragraph 1 above shall not apply if the propaganda material or the act [in question] is meant to serve civil education, to [combat] unconstitutional movements, to promote art ..., science, research or teaching, to report on current or historical events, or [to serve] similar purposes. (4) If the guilt is of a minor nature, the court may order a discharge under this provision»; «Using symbols of unconstitutional organizations] "(1) Whosoever 1. domestically distributes or publicly uses, in a meeting or in written materials (section 11(3)) disseminated by him, symbols of one of the parties or organizations indicated in Nos 1, 2 and 4 of Article 86 § 1; or 2. produces, stocks, imports or exports objects which depict or contain such symbols for distribution or use in Germany or abroad in a manner indicated in No 1, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. (2) Symbols within the meaning of paragraph 1 above [means] in particular flags, insignia, uniforms and parts thereof, slogans, and forms of greeting. Symbols which are so similar as to be mistaken for those named in the first sentence shall be [deemed to be] equivalent to them. (3) Article 86 §§ 3 and 4 shall apply mutatis mutandis».

¹⁹⁷ *Nix c. Germania*, cit., parr. 53-55.

Naturalmente il fatto che il caso abbia avuto luogo in Germania – dove la protezione della democrazia è sancita costituzionalmente – pesa molto sulla decisione della Corte, attenta per sua stessa natura ad apprezzare le tradizioni costituzionali dei singoli Stati. E tuttavia viene da chiedersi se nel caso di specie non avrebbe potuto decidere diversamente: davvero non appariva chiaro dal blog che il ricorrente stava denunciando un atto di discriminazione? Davvero i lettori devono essere condotti per mano nella lettura e nell'interpretazione dei messaggi?

In ultima analisi pare emergere da questa giurisprudenza una totale sfiducia nelle capacità critiche dell'opinione pubblica, considerata incline a farsi trascinare ciecamente da idee razziste, senza ad esempio mai riflettere sugli interlocutori che, come nel caso di specie, sono tra quelli che il razzismo lo subiscono.

Siamo dunque di fronte a una situazione paradossale. Per evitare il propagarsi di idee razziste si finisce col punire la vittima di atti razzisti. Torna allora l'interrogativo che attraversa tutto il presente lavoro: meglio limitarsi a punire solo gli atti concreti che discriminano, o anche il “parlare discriminando”?

Come si vedrà nel prossimo capitolo, anche i giudici italiani tentano di seguire la strada europea, rispondendo in modo affermativo alla domanda sull'opportunità di condannare il pensiero e non solo l'azione discriminatoria.

CAPITOLO III

IL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE IN ITALIA: NESSUNA PROTEZIONE PER I DISCORSI D'ODIO RAZZIALE

SOMMARIO: Premessa: un'Italia in linea col panorama internazionale. – Sezione I. *Il quadro legislativo*. – 1.1. Le leggi penali contro l'*hate speech*. – 1.2. I contenuti iniziali della legge n. 654 del 1975 e le sue successive modifiche. – 1.3. L'abrogazione della legge n. 654 del 1975. – 1.4. Il recepimento della direttiva antidiscriminazione. – 1.5. Il progetto di legge per il contrasto all'omofobia e l'introduzione della nuova aggravante per negazionismo. – 1.5.1. La proposta di legge per contrastare l'omofobia e la transfobia. – 1.5.2. L'introduzione dell'aggravante per negazionismo. – 1.6. In direzione contraria: la depenalizzazione del reato d'ingiuria. – Sezione II. *L'applicazione giurisprudenziale*. – 2.1. Un primo sguardo generale. – 2.2. Le pronunce della Cassazione penale degli anni '90. Alcune coordinate definitive. – 2.2.1. In bilico tra pericolo concreto e pericolo presunto. – 2.2.2. La Cassazione penale dagli anni 2000. Una diversa concezione di limite all'*hate speech*. – 2.2.3. Il reato di diffusione di idee razziali, paradigma del limite logico personalista. – 2.2.4. Un'importante conferma: il noto caso Tosi. – 2.2.5. Ulteriori conferme. – 2.2.6. Limite logico personalista *vs.* critica politica. – 2.2.7. Limite logico personalista *vs.* simboli politici. – 2.2.8. L'applicazione delle circostanze aggravanti: il definitivo abbandono del criterio del pericolo. – 2.2.9. I giudici ordinari penali e il reato di propaganda e d'istigazione. – 2.2.10. (*segue*) L'applicazione delle circostanze aggravanti. – 2.2.11. (*segue*) Una rara eccezione. – 2.3. I giudici civili e il divieto di discriminazione. – 2.3.1. Verso una nuova definizione di molestia. – 2.3.2. La parola come atto di discriminazione. Il caso "zingaropoli". – 2.3.3. La parola come atto che condiziona. Altri casi sulla cartellonistica. – 2.3.4. La fuga dalle cause penali alle cause civili. Una pluralità di tutele. – 2.3.5. Il tipo di sanzione comminata. Oscillazioni. – 2.3.6. Qualche considerazione conclusiva: il politicamente corretto come linea di confine tra pensiero lecito e pensiero illecito. – 2.4. La propaganda dell'odio *on line*. Alcune sentenze chiave.

Premessa: un'Italia in linea col panorama internazionale

Di fronte al dilagante fenomeno dell'*hate speech* l'ordinamento italiano reagisce con la stessa severità che, si è visto, è oramai consueta nella comunità internazionale, in particolare nel diritto europeo.

Le assonanze sono in parte dovute alla peculiare organizzazione "formale"

dei rapporti tra il diritto sovranazionale europeo e il diritto interno. Principio del primato, *incorporation*, vincolatività della Carta di Nizza – per quanto riguarda l'Unione – parametro interposto di costituzionalità della Cedu e della sua giurisprudenza¹ – per quanto riguarda il Consiglio d'Europa – rappresentano tutti fattori che impongono obblighi giuridici al nostro ordinamento. Cionondimeno, in particolare per il tema qui in oggetto, è possibile riscontrare influenze che travalicano lo stretto rapporto tra fonti, interessando piuttosto la sfera politico-sociale.

Per la Corte di Strasburgo, si è detto, la manifestazione del pensiero d'odio non trova copertura nella Cedu, o perché è considerata, in ultim'analisi, finalizzata all'obiettivo di distruggere i diritti e le libertà previsti nella stessa Convenzione, oppure perché è percepita come una minaccia – indiretta – alla pacifica convivenza, intesa soprattutto in termini di coesione sociale². Come si è già visto per i giudici europei e, più in generale, per le istituzioni internazionali, anche in Italia si parte dal presupposto che i discorsi d'odio non siano costituzionalmente protetti, sia in ragione della loro pericolosità per la tenuta dell'ordinamento democratico sia in ragione della loro presunta minaccia alla convivenza pacifica tra i gruppi sociali, i quali dovrebbero godere di pari dignità e dovrebbero essere considerati eguali.

La tesi più accreditata è quella secondo cui sussiste un rapporto di proporzionalità diretta tra il numero di esternazioni di idee d'odio e la commissione di atti di violenza, o discriminatori: all'aumentare dei primi aumenterebbero anche i secondi. Le risposte giuridiche allora s'indirizzano solo in senso punitivo: a livello legislativo non mancano proposte per inasprire i reati già previsti e per introdurre nuove fattispecie penali; mentre a livello giudiziario si persegue l'obiettivo di applicare rigorosamente le disposizioni esistenti, sia in ambito penale sia in ambito civile.

Quanto queste soluzioni rientrino nella cornice costituzionale è motivo di molti dubbi. I principi e i diritti in gioco sono chiari: art. 3 sul principio d'egualianza; art. 21 sul diritto alla libera manifestazione del pensiero; art. 25 sul principio di tassatività delle norme penali; se si vuole, l'art. 18 sulla libertà d'associazione; l'art. 117, comma 1, sul rispetto degli obblighi internazionali. Non è però affatto pacifico che si possa rispondere, come si fa, escludendo i discorsi d'odio dal novero della libertà della manifestazione del pensiero per favorire esclusivamente beni altrettanto meritevoli di tutela. L'impostazione adottata dagli operatori giuridici non segue tanto le logiche di bilanciamento tra diritti che farebbe propendere per il divieto dell'*hate speech* solo alla presenza di concreti inte-

¹ Per un approfondimento sulla teorizzazione e rispetto di tale parametro si rimanda al par. 2 del quarto capitolo.

² Sulla giurisprudenza da danno indiretto si rimanda ai parr. 2.4.2-2.4.3-2.4.4 del secondo capitolo.

ressi da salvaguardare. Viene piuttosto offerta una tutela anticipata di questi ultimi (per evitare danni indiretti, come direbbe la Corte di Strasburgo), facendoli prevalere in ogni circostanza perché le parole d'odio rappresentano sempre principi di azione: discriminatoria, violenta, di disconoscimento del prossimo.

Quanto quindi teorizzato da filosofi del diritto come Waldron, Heyman, dagli esponenti della CRT, o ancora dalla dottrina penalistica minoritaria italiana, che per prima aveva proposto limiti logici alla manifestazione del pensiero, trova ampio spazio nel nostro ordinamento.

Per dimostrare questa tendenza in atto, nel presente capitolo si procederà attraverso l'analisi del quadro legislativo sul tema (sezione I), per passare poi a esaminare la giurisprudenza che ne ha dato applicazione (sezione II).

Nel capitolo successivo ci si proporrà di verificare la conformità costituzionale di tale legislazione cercando di valutare anche il comportamento dei giudici, i quali finora non l'hanno mai contestata davanti al giudice delle leggi.

SEZIONE I – IL QUADRO LEGISLATIVO

1.1. *Le leggi penali contro l'hate speech*

La punizione dell'*hate speech* trova spazio nella legislazione italiana solo dopo la fine del secondo conflitto mondiale, dietro l'impulso della comunità internazionale decisa a mostrare un forte segnale di discontinuità rispetto ai fatti tragici legati all'Olocausto. La prima legge sui discorsi d'odio, la legge n. 654 del 1975, viene approvata per ratificare e dare esecuzione alla Convenzione internazionale dell'Onu sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965³.

Da un punto di vista strettamente normativo, non era difficile inserire la nuova fattispecie dell'odio razziale tra gli illeciti penalmente rilevanti, in quanto non rappresentava altro che un'aggiunta al lungo elenco dei reati d'opinione già esistente⁴. A nulla valsero le perplessità manifestate ai tempi da diversi studiosi circa la compatibilità di tali reati con la nuova Carta costituzionale del 1948, in particolare per il mancato rispetto del principio della tassatività delle norme penali, per l'incerta concreta offensività dei comportamenti, e, conseguentemente, per il dubbio di un'ingiustificata limitazione alla libertà d'espressione⁵.

Più che porsi il problema di rispettare la Costituzione da poco entrata in vigore, il legislatore ha approvato una legge, simbolica in quel dato momento sto-

³ Tale legge non va confusa con la cosiddetta legge Reale, n. 152 del 1975, la quale mira a tutelare l'ordine pubblico inteso in senso strettamente materiale. Questa infatti nasce allo scopo di far fronte alle tante manifestazioni violente che si verificarono durante gli anni di piombo.

⁴ In generale sui reati d'opinione si rimanda alla parte introduttiva del presente lavoro.

⁵ Di ciò si tratterà ampiamente nel quarto capitolo.

rico, che proteggesse tutte le razze da qualunque tipo di discriminazione. Il risultato è stato quello di adottare un testo che rappresentava una mera copia della Convenzione di New York, veicolando un messaggio fondamentale: per evitare il ripetersi degli errori e degli orrori del passato bisognava escludere dal novero delle opinioni lecite quelle che contenessero un qualsivoglia germe razzista. Pertanto, la legge nasceva con un marchio indelebile che, come si vedrà, avrebbe condizionato il dibattito successivo, soprattutto a livello parlamentare in sede di proposte di modifiche al suo contenuto.

Invero, questa non è l'unica legge speciale approvata allo scopo di evitare le derive pericolose dell'esercizio della manifestazione del pensiero. Un'ulteriore legge, approvata ancor prima di quella contro l'*hate speech* e sempre su impulso della comunità internazionale, è quella relativa alla prevenzione e repressione del delitto di genocidio, legge n. 962 del 1967. Quest'ultima introduce all'art. 8 due specifici reati, quello di pubblica istigazione a commettere i delitti di genocidio e il reato di apologia dei medesimi delitti, entrambi puniti con la detenzione dai tre ai dodici anni.

Inoltre, esistono disposizioni legate al tema dell'*hate speech* nel settore delle telecomunicazioni. Ad esempio, l'art. 4, lett. b) della legge n. 112 del 2004, meglio conosciuta come legge Gasparri, vieta la trasmissione di programmi «che contengono incitamenti all'odio comunque motivato». Da ultimo, si segnala la procedura avviata dall'Autorità Garante nelle Telecomunicazioni per stilare un regolamento atto a contrastare l'istigazione all'odio che ha come movente l'etnia, il sesso, la religione o la nazionalità nei servizi media audiovisivi⁶.

Tuttavia, per i fini che qui interessano, si analizzeranno solo i contenuti della legge n. 654 del 1975 che prevede specificamente il reato di *hate speech*. Questa, per comodità, verrà d'ora in avanti chiamata legge anti *hate speech*.

1.2. *I contenuti iniziali della legge n. 654 del 1975 e le sue successive modifiche*

La disposizione riguardante l'oggetto di questo lavoro è il comma 1 dell'art. 3 della legge anti *hate speech*, il quale ha subito nel tempo ben tre modifiche.

Il testo originario così recitava: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della Convenzione è punito con la reclusione da uno a quattro anni: a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale; b) chi incita in qualsiasi modo alla

⁶ Autorità Garante nelle Comunicazioni, Delibera n. 25/19/CONS., «Consultazione pubblica sullo schema di regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all'*hate speech*», del 22 gennaio 2019, <https://www.agcom.it/documents/10179/13446572/Delibera+25-19-CONS/9e06b04c-9a35-40de-88d2-62f2580dc25d?version=1.0>.

discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale». Questo articolo sollevava due questioni problematiche: l'una relativa all'ammontare della pena da comminare, l'altra inerente alla determinazione delle condotte punibili. Se alla prima si è posto riparo con le successive modifiche, differenziando la pena a seconda del tipo di reato, alla seconda non si è mai prestata una sufficiente attenzione, visto che quelle stesse modifiche non hanno fatto altro che complicare il lavoro degli interpreti in sede applicativa.

Infatti, avendo ripreso pedissequamente l'enunciato dell'art. 4 della Convenzione per la lotta alle discriminazioni razziali⁷, nel testo erano presenti tre diverse forme di reato: *hate speech*, *hate crime* e un terzo tipo di reato per così dire "ibrido". Se la fattispecie dell'*hate speech* era ed è quella che fa riferimento alla «diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale»; la fattispecie dell'*hate crime* si poteva e si può ancora identificare come «l'incitamento alla commissione o la commissione di atti di violenza»; invece, molti dubbi – allora come oggi – permangono circa l'inquadramento del reato «d'incitamento in qualsiasi modo alla discriminazione». Tale ipotesi veniva accumulata all'incitamento alla commissione di atti violenti, per cui il legislatore dell'epoca la faceva verosimilmente rientrare tra i crimini d'odio e non tra i discorsi d'odio. Del resto, l'esigenza di una sua più precisa catalogazione non si poneva affatto, in quanto tutte le fattispecie ora richiamate venivano punite con lo stesso tipo di pena – la reclusione da uno a quattro anni – col risultato di una sostanziale assimilazione tra le tre diverse ipotesi di reato.

L'art. 3 viene modificato con la legge n. 205 del 1993, meglio nota come legge Mancino, che converte il d.l. n. 122 del 1993. Il legislatore è stato spinto a ritoccare tale disposizione come reazione agli accadimenti del biennio 1992-93, caratterizzato da un clima incandescente a causa dell'espansione di gruppi giovanili di naziskin in tutta Europa. Tanti furono gli episodi di violenza, soprattutto aggressioni e incendi di centri sociali, motivati prevalentemente dall'odio esplicitamente manifestato nei confronti dei nuovi immigrati.

⁷ Nella parte che qui interessa si riporta l'art. 4 della Convenzione internazionale di New York per la lotta alle discriminazioni razziali del 1956: «Gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore, o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell'articolo 5 della presente Convenzione, ed in particolare: a) A dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento».

Tuttavia, con la modifica all'art. 3, la confusione terminologica permane⁸, anzi nientemeno si aggrava. Più specificamente, il nuovo testo presenta due novità: da un lato si prevedono due differenti pene edittali, fino a tre anni per il reato di *hate speech*, da tre mesi a quattro anni per il reato di *hate crime*; dall'altro lato si trasferisce la locuzione «incitamento alla commissione di atti di discriminazione» dalla lett. b) alla lett. a), relativa alla diffusione dei discorsi d'odio, con l'aggiunta di ulteriori motivi di discriminazioni punibili di tipo razziale, etnico, nazionale e religiose.

In tal modo, se si rimedia al difetto legato all'ammontare della pena, non viene invece colmata la lacuna relativa alla configurazione del reato "ibrido", che da "incitamento a qualsiasi discriminazione" nel nuovo testo diventa "incitamento alla commissione di atti di discriminazione".

Il legislatore ha sì riconosciuto la diversa gravità dei reati di *hate speech* e di *hate crime*, ma allo stesso tempo la novella del testo ha prodotto due importanti conseguenze: innanzitutto ha equiparato la "diffusione di idee fondate sull'odio razziale" e "l'incitamento alla commissione di atti discriminazione"⁹, due fattispecie che hanno invece una portata differente: la prima rientra nell'ambito dell'espressione di un'opinione, anche se aberrante; mentre la seconda travalica il pensiero, che "si fa" incitamento a compiere un atto discriminatorio. In questo caso, si potrebbe dire, allora, che il pensiero non è più solo pensiero, bensì diventa azione, come affermerebbero i sostenitori del limite logico alla libertà d'espressione. Tuttavia, proprio perché la legge non distingue più le due ipotesi, si apre alla possibilità di intendere anche la diffusione di idee d'odio come "principio d'azione discriminatoria".

In secondo luogo, ha svelato finalmente ciò che il testo originario celava circa i beni oggetto di tutela. Quando il vecchio testo metteva insieme, sotto il cappello del reato dell'*hate crime*, "l'incitamento alla discriminazione" e "l'incitamento alla commissione di atti violenti" la protezione non poteva che riguardare l'ordine pubblico: il pensiero è punito perché azione sovversiva che mette a rischio la sicurezza. Avendo la modifica scorporato le due fattispecie, spostando l'incitamento alla commissione di atti discriminatori nella tipologia del reato di *hate speech*, si è ammesso che i beni oggetto di tutela sono anche l'eguaglianza e la dignità. In effetti, l'incitamento al compimento di atti discriminatori esorterebbe

⁸Dopo l'approvazione della legge n. 205 del 1993, il comma 1 dell'art. 3 diventa: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito: a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

⁹Sulla confusione tra le fattispecie anche E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, Torino, 2008.

gli astanti a disconoscere chi è diverso per razza, etnia, religione, con la conseguenza di pretendere l'esclusione dei gruppi additati dal godimento di posizioni soggettive. In questo caso il pensiero è appunto punito perché si fa azione discriminatoria e non azione sovversiva.

Alla vigilia del nuovo millennio il clima politico cambia radicalmente. I maggiori avversari della penalizzazione dell'*hate speech*, in particolare il partito della Lega – che ricoprirà un ruolo rilevante nelle legislature del primo decennio – spingono per una modifica all'art. 3 allo scopo di ridurre lo spazio applicativo¹⁰. Si procederà, pertanto, all'approvazione della legge n. 85 del 2006¹¹.

L'impianto della disposizione non muta. Ciò su cui s'interviene è ancora una volta la misura della pena per l'*hate speech* che viene ulteriormente ridotta (reclusione fino ad un anno e sei mesi oppure il pagamento di una multa fino a sei mila euro). In secondo luogo cambia la forma verbale per via della sostituzione dei verbi "diffondere" con "propagandare", e "incitare" con "istigare".

Si riteneva che queste modifiche avrebbero limitato il più possibile l'applicazione dei reati previsti ai soli casi più gravi. Invece, da un lato, come si vedrà nell'analisi dei casi, la variazione letterale non ha sortito alcun effetto, visto che i giudici hanno continuato a considerare i nuovi verbi come sinonimi dei vecchi; dall'altro lato la novella ha trascurato di modificare la disposizione relativa alla circostanza aggravante, che era stata introdotta dalla legge Mancino, la quale dispone che: «per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà». Come si dirà, l'applicazione di tale aggravante ha ancora di più influenzato i giudici nell'adozione di un'interpretazione estensiva dell'intera legge sui reati d'odio, in controtendenza con la *ratio* sottesa alla modifica del 2006.

In conclusione, per come concepita, questa modifica non è affatto servita a contenere le ipotesi di punibilità dei pensieri d'odio, nonostante i propositi dei proponenti¹². Essa ha piuttosto sortito l'effetto contrario di soddisfare il biso-

¹⁰ Molti in dottrina hanno espresso rilievi critici rispetto all'approvazione della modifica che qui si sta trattando. C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», n. 2 del 2016, 893 ss.; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», n. 2 del 2007, 689 ss.; M. PELLISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 8 del 2006, 960 ss.; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, in «Corr. giur.», n. 6 del 2006, 745 ss.

¹¹ Art. 13 della legge n. 85 del 2006, dal titolo «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione». Si ricorda che in quella legislatura – la XIV – erano stati affidati a esponenti leghisti ben due ministeri di rilievo. In particolare, a Roberto Castelli quello della Giustizia e a Roberto Maroni il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

¹² Nella relazione a firma della Deputata Carolina Lussana (del gruppo parlamentare della Lega), che accompagna la proposta di legge, si esprime esplicitamente il proposito di attuare una

gno di punire comportamenti ritenuti inaccettabili e percepiti come pericolosi socialmente. Inoltre, ha mancato un'altra volta di fornire maggiore determinatezza al reato ibrido (d'incitamento alla commissione di atti di discriminazione).

D'altronde, giova ripeterlo, la preoccupazione del Parlamento italiano è sempre stata quella di adeguarsi alle indicazioni della comunità internazionale, accettando le diverse tipologie di reato previste dalla Convenzione di New York.

1.3. *L'abrogazione della legge n. 654 del 1975*

La recente approvazione del d.lgs. n. 21 del 2018, che ha introdotto nel codice penale gli artt. 604 *bis* e 604 *ter*, rubricati rispettivamente «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa» e «Circostanza aggravante»¹³, rappresenta la prova evidente di come il legislatore attuale abbia intrapreso un percorso diverso rispetto a quello del 2006, non preoccupandosi affatto della probabile espansione applicativa della legge anti *hate speech*.

Le disposizioni in oggetto hanno rispettivamente abrogato l'art. 3 della legge n. 654 del 1975 e l'art. 3 del d.l. n. 122 del 1993 convertito nella legge n. 205 del 1993 (legge Mancino), pur mantenendone assolutamente inalterato il testo. L'aspetto tuttavia interessante e degno di nota riguarda la collocazione di queste leggi speciali nel codice, avendole trasferite in una sezione creata appositamente e denominata «Dei delitti contro l'eguaglianza» (sezione I *bis*), in seno al Titolo XII «Dei delitti contro la persona». Su questo punto è bene avanzare qualche riflessione.

Come si dirà a breve nell'analisi della giurisprudenza sul tema, il tipo di bene ritenuto leso ha influito sull'interpretazione dei giudici circa l'applicazione dei reati di *hate speech*. Fino a quando l'oggetto di tutela si riteneva essere solo l'ordine pubblico, i giudici difficilmente ravvisavano i presupposti per l'applicazione della legge anti *hate speech*. Invece, nel momento in cui il reato ibrido dell'incitamento al compimento di atti di discriminazione è stato fatto ricadere tra le ipotesi di *hate speech*, anziché di *hate crime*, essi hanno trovato terreno fertile per interpretare l'intera disposizione in senso personalista, considerando preminenti anche la tutela della dignità e dell'eguaglianza.

Il dato normativo attuale, che prevede esplicitamente di punire il discorso d'odio perché lesivo dell'eguaglianza, non farà che – in nome di tale principio –

revisione ai reati d'opinione diventati ormai anacronistici, che comprimono eccessivamente lo spazio dei diritti di libertà di tutti i cittadini, in particolare la libertà di manifestazione del pensiero (A.C. 5490. XIV legislatura).

¹³ Per un primo commento critico a tale modifica del codice penale cfr. I. SPADARO, *Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del "nuovo" reato di istigazione all'odio razziale*, in «Dirittifondamentali.it», n. 1 del 2019, 1 ss.

sollevare i giudici dall'onere di dimostrare caso per caso la concreta portata dell'offesa. Ne è una chiara dimostrazione il provvedimento preso dal Procuratore della Repubblica di Torino a pochi mesi dall'inserimento del reato di *hate speech* nel corpo del codice penale. Egli ha infatti ravvisato la necessità di riorganizzare i lavori dell'Ufficio dando priorità ai casi di *hate speech*, con la raccomandazione di non archivarli per particolare tenuità del fatto, come invece prescriverebbe l'art. 131 *bis* c.p.¹⁴.

1.4. *Il recepimento della direttiva antidiscriminazione*

Ad orientare i giudici nel senso di un'interpretazione a maglie larghe delle fattispecie previste non sono soltanto l'impianto della legge n. 654 del 1975 e le sue relative modifiche, soprattutto quelle della legge Mancino. L'equivoco generato dalla formula del nostro reato ibrido, "istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali", ha prodotto come conseguenza quella di applicare all'*hate speech* anche il d.lgs. n. 215 del 2003, che dà attuazione alla direttiva comunitaria 2000/43/CE «per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica».

È una novità importante che non solo conferma la direzione "punitiva" intrapresa dal nostro ordinamento nei confronti dei discorsi d'odio, ma che in aggiunta offre la possibilità di far uso della disciplina civilistica accanto al diritto penale.

In generale, il decreto legislativo nasceva con l'obiettivo di evitare situazioni discriminatorie, dirette e indirette, che si manifestano nell'ambiente di lavoro – per ottenere un'occupazione – oppure per l'accesso alle prestazioni sociali¹⁵ in modo da attenuare manifestazioni di razzismo a sfondo culturale e religioso¹⁶.

¹⁴Per il testo integrale delle direttive della Procura di Torino cfr. il sito web <http://www.procura.torino.it/#top>.

¹⁵Come specificato nell'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 215 del 2003, «il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale, secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree:

a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni; e) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; f) assistenza sanitaria; g) prestazioni sociali; h) istruzione; i) accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio».

¹⁶*Ibidem*, art. 1, comma 1: «Il presente decreto reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, disponendo le misure necessarie affinché le differenze di razza o di origine etnica non siano causa di di-

Le disposizioni ivi contenute sono tese a tutelare le vittime di discriminazioni per fatti avvenuti nei contesti sopra elencati, mentre non hanno niente a che vedere con la prevenzione di comportamenti discriminatori indotti dalla diffusione di idee razziste. Eppure, due articoli di questa legge hanno fatto da grimaldello affinché l'intero testo legislativo potesse offrire tutela alle vittime a cui vengono indirizzate offese razziste. L'uno attiene alla definizione di molestia per discriminazione (comma 3 dell'art. 2), l'altro attiene alla legittimazione ad agire in giudizio (art. 5).

Prevedere che possano essere considerate discriminazioni anche le molestie, ovvero «quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo»¹⁷ è come avallare l'ipotesi che qualunque idea di natura razzista possa legittimare i presunti offesi ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni¹⁸. Come sottolineato da alcuni, la definizione normativa di molestia è criticabile per la sua superficialità e ambiguità. Troppo ampia e troppo suscettibile di essere interpretata soggettivamente, soprattutto per la scelta dell'aggettivo "indesiderati", che fa ricadere sull'interprete, a seconda della propria personale sensibilità, la scelta di definire quali sono i comportamenti molesti volti a violare la dignità o a creare un clima ostile ed intimidatorio¹⁹.

Ma proprio tale formulazione vaga ha permesso quanto già accennato, ovvero affiancare alla tutela penale una tutela civile per contrastare il fenomeno delle manifestazioni d'odio. Addirittura, come si vedrà nell'analisi della giurisprudenza, la tendenza è quella di preferire ormai quest'ultima, sia per la maggiore facilità con cui possono essere denunciati i fatti sia per ottenere il riconoscimento dei danni a titolo di risarcimento per l'offesa ricevuta.

Inoltre, la tutela civilistica trova ancora più spazio grazie al fatto che la normativa anti discriminazione autorizza le associazioni iscritte in un apposito registro ad agire non solo in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione²⁰, ma anche «nei casi di discriminazione collettiva qualora non

scriminazione, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini, nonché dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso».

¹⁷ *Ibidem*, art. 2, comma 3.

¹⁸ *Ibidem*, art. 4, comma 4: «Con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti. Al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate».

¹⁹ In tal senso, M. ACIERNO, *La tutela delle discriminazioni nel d. lgs. n. 215 /2003*, in «Dir. imm. citt.», n. 3 del 2004, 43 ss.

²⁰ *Ibidem*, art. 5, comma 1: «Sono legittimati ad agire ai sensi dell'articolo 4, in forza di delega, rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a so-

siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione»²¹.

In sintesi, il recepimento della direttiva va nella direzione di quanto prospettato dagli studiosi della *Crt* americani, in particolare da Richard Delgado, che insistono sulla possibilità di congegnare un sistema puntuale di risarcimento dei danni da offese razziste²². Nonché, viene surrettiziamente accolta la tesi di Waldron sulla necessità di riconoscere il gruppo come soggetto attivo e passivo, dando la possibilità di sporgere denuncia a chi lo rappresenta²³.

1.5. Il progetto di legge per il contrasto all'omofobia e l'introduzione della nuova aggravante per negazionismo

L'analisi della disciplina penale e quella civile mostra come per contrastare il discorso d'odio razziale il legislatore non abbia scelto altra via se non quella sanzionatoria. Nel campo penale lo fa in modo abbastanza esplicito (eccetto, come si è visto, il tentativo compiuto con la modifica del 2006 alla legge n. 654 del 1975 che mirava a ridurre l'ambito d'applicazione, riducendo anche le pene), mentre nel campo civile lo fa indirettamente, o forse addirittura involontariamente.

Questo tipo d'impostazione spiega anche il perché si sia tornati a discutere dell'introduzione di nuove fattispecie aggravanti, quali quella per l'omofobia e per il negazionismo.

Nonostante i due argomenti non rientrino nel campo d'indagine di questo lavoro, un breve cenno può servire per inquadrare più compiutamente il tema delle manifestazioni dell'odio, non ultimo per le esigenze di coordinamento tra i diversi testi legislativi, spesso connotati da patenti contraddizioni. In altri termini, la presente analisi farà emergere come il legislatore non abbia in mente un disegno preciso nel considerare i reati che incidono sulla libera manifestazione del pensiero, combattuto tra l'esigenza di mostrare di adottare una linea severa verso chi parla in modo abietto e l'esigenza di salvaguardare un diritto di libertà costituzionalmente garantito.

Anche per quanto riguarda il contrasto all'omofobia e al negazionismo il legislatore si conferma punitivo, sottolineando la valenza deterrente del sistema sanzionatorio.

stegno del soggetto passivo della discriminazione, le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione».

²¹ *Ibidem*, art. 5, comma 3. A confermare la legittimazione attiva delle associazioni nelle controverse in materia di discriminazioni basate sulla etnia e razza e quelle basate sulla nazionalità cfr. Cass. civ. nn. 1165 e 11166 dell'8 maggio 2017; n. 28745 del 7 novembre 2019.

²² Cfr. il par. 2.1 del primo capitolo di questo volume.

²³ *Ibidem*, par. 2.2.

Fino alla scorsa legislatura (la XVII) in Parlamento si proponeva di annoverare tra i reati d'odio anche quelli che interessano le minoranze LGBT (lesbiche, omosessuali, bisex e transessuali) e il negazionismo, seguendo per le prime un percorso in gran parte tracciato dalle istituzioni europee²⁴ e per il secondo le indicazioni non solo dell'Unione europea²⁵, ma anche di alcuni al-

²⁴ Sulla base di diverse disposizioni del trattato europeo le istituzioni si muovono in molteplici direzioni per contrastare i comportamenti omofobici. Sicura fonte di legittimazione sono l'art. 2 del TUE (l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, dell'uguaglianza e della tutela dei diritti umani); l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che sancisce il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulle tendenze sessuali); l'art. 10 del TFUE, il quale stabilisce che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Il divieto di discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale trova un ulteriore riferimento normativo nell'art. 19 del TFUE. La disposizione prevede che «il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». In tale contesto normativo il Consiglio europeo ha stilato il cosiddetto programma di Stoccolma 2010-2014 con il quale si afferma che una delle priorità delle politiche dell'Unione sia appunto la lotta all'omofobia. Pertanto, alcune disposizioni volte a tutelare le persone in condizione di vulnerabilità in ragione del loro orientamento sessuale sono contenute nella direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, sotto il profilo del riconoscimento della sussistenza di rischio di persecuzione. Prosegue inoltre l'esame della proposta di direttiva orizzontale anti discriminazioni, relativa alla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, anche al di fuori della sfera lavorativa, presentata dalla Commissione europea il 2 luglio 2008 (COM(2008)426). Dal canto suo, il Parlamento europeo approva annualmente risoluzioni volte a coinvolgere le attività degli Stati membri e della Commissione europea nella lotta all'omofobia, come la risoluzione del 6 aprile 2007, del 24 maggio del 2012 e del 12 dicembre del 2012.

²⁵ Certamente influente sulla proposta di legge in discussione in Parlamento nella scorsa legislatura (A.S. 54, recante «Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, e modifica all'articolo 414 del codice penale») era la Decisione Quadro (2008/913/GAI) del Consiglio dell'Unione europea, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. Tale Decisione, all'art. 1, comma 1, chiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché siano resi punibili *inter alia*: «c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro; d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale

tri Stati²⁶. Sono stati così avanzati parallelamente due progetti di legge, di cui quello sul negazionismo ha visto la luce²⁷, mentre quello sull'omofobia, presentato il 15 marzo del 2013, rimasto fermo in prima lettura al Senato, è ormai decaduto per l'insediamento delle nuove Camere.

gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro».

²⁶ Gran parte dei paesi europei ha adottato una legge che proibisce il discorso negazionista, seppure con notevoli differenze di disciplina. Si passa, infatti, dai paesi che puniscono soltanto la menzogna di Auschwitz, come il Belgio, l'Austria e la Germania, ai paesi – soprattutto dell'est – che estendono il divieto anche agli orrori prodotti dal comunismo, alla Francia che condanna chi nega i crimini contro l'umanità dichiarati tali da una Corte internazionale. Restano, invece, privi di legislazione l'Inghilterra e gli stati scandinavi. Per una rassegna delle legislazioni europee si rimanda al sito curato dalla Società italiana di storia contemporanea <http://sisso.it/index.php?id=25>. Invece, per un approfondimento dottrinale sul tema del negazionismo si rimanda ai diversi studi prodotti più di recente tra cui: D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; nonché il volume curato da G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012 (in particolare i saggi di L. CAJANI, R. D'ORAZIO e C.M. CASCIONE). Tra gli articoli apparsi in riviste giuridiche, si vedano M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in «www.penalecontemporaneo.it» del 7 gennaio 2014, 1 ss.; C. CARUSO, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti"*. Una rilettura dell'art. 21 cost., in «Quad. cost.», n. 4 del 2013, 795 ss.; M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della corte europea dei diritti umani*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2011, 65 ss.; G. DELLA MORTE, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in «Dir. pubbl. comp. eur.», n. 3 del 2014, 1181 ss.; E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in «www.penalecontemporaneo.it» del 29 ottobre 2013, 1 ss.; S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2013, 879 ss.; O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato – profili ricostruttivi*, in «Diritti umani e diritto internazionale», n. 5 del 2011, 85 ss.; G.M. TERUEL LOZANO, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in «Rivista AIC», n. 2 del 2014, 1 ss.; G.E. VIGEVANI, *Diritto, verità e storia: la criminalizzazione della negazione della Shoah*, in G. FERRI (a cura di), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Napoli, 2015, 291 ss. Tra la letteratura straniera si evidenziano I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009; L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011; L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, Jean Monnet Working Paper n. 10/09, New York, New York School of Law, disponibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536078; ID., *Lois mémorielles et liberté d'expression: de la controverse à l'ambiguïté*, in «Rev. fr. dr. const.», 2012, 563 ss.; J.R. RESINA, J.L. CRESTANI, J.C. DE CASTRO ROCHA, *Negationism and Freedom of Speech*, Manchester, 2009; I. SHAHNAZAROVA, *Criminalisation of genocide denial and freedom of expression*, in «Int'l J. of H.R. and Const. St.», 1.4, 2013, 322 ss.

²⁷ Legge n. 115 del 2016, approvata il 16 giugno 2016, che prevede l'aggiunta dell'art. 3 bis alla legge n. 654 del 1975 e che dispone quanto segue: «Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

1.5.1. *La proposta di legge per contrastare l'omofobia e la transfobia*

Nonostante la proposta legislativa sull'omofobia e la transfobia²⁸ sia stata accantonata, si ritiene tuttavia opportuno analizzare i punti a cui si era approdati soprattutto perché, strettamente intrecciati al testo della legge n. 654 del 1975, essi sono indicativi di un modo di procedere del legislatore mosso più dall'esigenza di dare un segnale culturale chiaro, prendendo le distanze e condannando i predicatori d'odio di qualsiasi genere, che dall'intento di disciplinare compiutamente e coerentemente la materia. Infatti, la legge anti *hate speech* avrebbe subito delle modifiche prescindendo da un coordinamento, al suo interno, delle sue singole parti.

A detta degli esponenti politici favorevoli alla proposta, finalmente la stessa protezione riservata alle minoranze razziali e religiose avrebbe potuto essere offerta anche alle minoranze omosessuali e transessuali²⁹. L'obiettivo sarebbe stato raggiunto sia grazie all'introduzione – nella lett. a) del comma 1 dell'art. 3 della legge anti *hate speech* – di un nuovo motivo di discriminazione legato all'identità sessuale sia grazie alla previsione – nel comma 1 dell'art. 3 della legge Mancino n. 205 del 1996 – delle ulteriori circostanze aggravanti per omofobia e transfobia³⁰.

Tali disposizioni rappresentavano il frutto di una lunga discussione alla Camera, che ha licenziato un testo a tinte più tenui rispetto a quello inizialmente previsto. Molto sinteticamente, sempre nell'ottica di voler dimostrare una certa intransigenza nei confronti di chi non tollera le diversità, nella sua prima stesura il contenuto della proposta si prefiggeva nientemeno di aumentare le ipotesi ap-

²⁸Proposta di legge A.C. 245, recante «Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654 e al decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia», approvato in prima lettura dalla Camera con il nuovo titolo «Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia» e che si è fermato all'esame del Senato, alla Commissione Giustizia in sede referente.

²⁹Non a caso, durante la giornata mondiale contro l'omofobia del 2013, era tornata sul tema l'allora Presidente della Camera Laura Boldrini, ricordando il bisogno di accelerare l'iter legislativo. In particolare, si insisteva sull'importanza di «riaffermare la necessità di un impegno culturale, ma anche di efficaci deterrenti. La legge che introduce nell'ordinamento il reato specifico può aiutare il nostro Paese a prendere atto dei cambiamenti già avvenuti nella società. La norma, votata alla Camera e adesso all'esame del Senato, da sola non sarà certo sufficiente ma colmerà un vuoto legislativo che pesa e ci farà fare un altro passo avanti sulla strada dei diritti». Inoltre, nella stessa occasione, anche alcuni esponenti del PD (Partito Democratico), Matteo Colaninno e Monica Cirianna, ribadivano la necessità di approvare la legge in quanto avrebbe costituito un valido deterrente «contro chi oggi crede di poter usare l'arma dell'orientamento sessuale per relegare alcuni cittadini in una categoria di serie b».

³⁰Il comma 1 dell'art. 3 della legge Mancino n. 205 del 1996 sarebbe diventato, qualora fosse stata approvata la proposta, «Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per motivi di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso o relativi all'identità sessuale della vittima, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime motivi, la pena è aumentata fino alla metà».

plicative della legge (attraverso il ritorno all'uso dei verbi “diffondere” e “incitare”, invece che “propagandare” e “istigare”³¹) e di inasprire le pene previste, da un lato eliminando la possibilità di erogare una multa in luogo della reclusione; dall'altro lato limitando le ipotesi di derogare all'applicazione della circostanza aggravante, con la conseguenza d'impedire al giudice di valutare qualsiasi circostanza attenuante, ivi compresa la minore età dell'autore del reato³².

Come si diceva, il testo licenziato alla Camera e trasferito al Senato non accoglieva tutte queste modifiche, ma al contempo presentava un ulteriore nodo problematico, indice delle difficoltà incontrate per trovare un giusto compromesso tra l'esigenza di arrestare un fenomeno sociale in continua espansione – quale la manifestazione di sentimenti d'odio – e quella di tutelare la libertà d'espressione. Si proponeva, infatti, d'introdurre un nuovo articolo alla legge anti

³¹ Un ritocco linguistico abbastanza inutile visto che la sostituzione di “diffondere” e “incitare” con “propagandare” ed “istigare”, occorsa con la legge n. 85 del 2006, non ha determinato alcun cambiamento in termini applicativi poiché i giudici, come dichiarato alla prima occasione che gli si è presentata (Cass. pen., III sez., 7 maggio 2008, n. 37581), non hanno attribuito alcun riconoscimento alla nuova scelta semantica, considerando i nuovi verbi come sinonimi dei vecchi. Evidentemente il progetto puntava a comunicare la scelta di non lasciare impuniti i predicatori d'odio in quanto, nel comune sentire, i termini diffusione e incitamento inducono l'opinione pubblica a ritenere possibile l'aumento di condanne rispetto a quanto accadrebbe con i termini propagandare ed istigare.

³² Il nuovo testo del comma 2 dell'art. 3 della legge Mancino avrebbe recitato: «La circostanza aggravante prevista dal comma 1 è sempre considerata prevalente sulle ritenute circostanze attenuanti, ai fini del bilanciamento di cui all'articolo 69 del codice penale». Una scelta questa foriera di molte ambiguità, che non avrebbe lasciato al giudice di apprezzare né le concrete modalità dell'azione, né le caratteristiche personali del reo. Dalla scheda tecnica fornita dai funzionari della Camera si evince come essi stessi suggerissero di essere molto cauti con tale previsione, invitando a considerare con attenzione la disposizione della proposta di legge che elimina dalla salvaguardia delle circostanze attenuanti il richiamo all'art. 98 del codice penale. Particolarmente incoerente appariva la nuova norma sul bilanciamento della circostanza aggravante con le attenuanti rispetto ad una giurisprudenza costituzionale di cui si trova una puntuale rassegna nella stessa scheda tecnica. Innanzitutto, si cita la sentenza della Corte costituzionale n. 38 del 1985 con la quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulle aggravanti per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico (art. 1, comma terzo, del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, così come convertito nell'art. 1 della legge 6 febbraio 1980, n. 15), ha sottolineato che «l'autentica preoccupazione del legislatore è stata soltanto quella di non consentire che l'aggravante che introduceva potesse essere posta nel nulla dal potere discrezionale del giudice mediante il suo dissolvimento nel giudizio di equivalenza o addirittura di prevalenza delle attenuanti: ed è questo appunto ciò che soltanto si è inteso vietare. Ma si tratta già di una grave limitazione, che non avrebbe potuto sopportarne una ancora più ampia senza alterare in modo irragionevole l'integrità del giudizio di valore dell'illecito nei suoi criteri e nella sua globalità. Tanto più poi se si considera che autorevoli voci della dottrina ritengono che, a differenza del giudizio di equivalenza, quello di prevalenza è privo di fondamento logico e può condurre a gravi arbitri». Inoltre, con la pronuncia n. 168 del 1994, la Corte ha introdotto – con una sentenza di tipo additivo – un limite, non previsto dalla legge, alla comparazione tra circostanze, sottraendo al giudizio di bilanciamento l'attenuante della minore età di cui all'art. 98 c.p. nel caso in cui concorra con una o più aggravanti che comportino la pena dell'ergastolo o che accedano ad un reato per il quale è prevista la pena base dell'ergastolo.

hate speech, che – se approvato – avrebbe creato ancora più confusione circa la delimitazione dell'area della illiceità penale del pensiero d'odio. Si trattava del proposto art. 3 *bis*, il cui testo avrebbe dovuto disporre: «Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

Che significato attribuire a questa aggiunta? Una lettura avulsa dal resto del contesto normativo potrebbe suggerire che la *ratio* fosse quella di derogare finalmente alla punibilità dei discorsi d'odio. Affermare, infatti, che non rappresentano discriminazioni le opinioni che rientrano nella sfera del pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio e alla violenza, equivale a sostenere che possono essere espressi anche i pensieri più beceri preoccupandosi solo delle loro conseguenze materiali, ovvero l'istigazione nel senso della dottrina americana delle *fighting words*.

Non pare tuttavia pienamente sostenibile una simile interpretazione restrittiva che limiti la punibilità alle sole “parole bellicose”. Ci sono almeno due elementi che fanno pensare piuttosto al contrario: innanzitutto, nello stesso testo dell'art. 3 *bis* si citano come due ipotesi distinte “l'istigazione alla violenza” e “l'istigazione all'odio”, affermando di riflesso che non sono punite solamente le istigazioni che hanno come unica conseguenza la violenza; in secondo luogo, si sarebbe dovuto porre mano all'intero testo del comma 1 dell'art. 3 della legge anti *hate speech*, lasciando invariata la parte sull'istigazione alla violenza ed eliminando invece la parte relativa alla propaganda di idee d'odio e all'istigazione alla discriminazione.

Viene allora da domandarsi quale valenza avrebbe potuto assumere il nuovo articolo, se non quello di tranquillizzare chi, tra le forze parlamentari, non accetta di buon grado i reati d'opinione. “Tanto rumore per nulla”? Il dubbio sorge spontaneo, soprattutto in considerazione del fatto che l'incombente di dover decidere se si è di fronte a un reato d'odio avrebbe continuato a ricadere sui giudici a fronte di un testo legislativo assai suscettibile di molteplici interpretazioni, complicando invece che agevolare il loro compito.

1.5.2. *L'introduzione dell'aggravante per negazionismo*

L'altra strada intrapresa dal Parlamento che, viceversa, incide realmente sulla punibilità dei discorsi d'odio, vista l'approvazione definitiva della legge, è quella relativa al negazionismo³³. Anche in questo caso l'analisi del dibattito parlamen-

³³ Disegno di legge A.S. 54, cit.

tare aiuta a comprendere meglio il punto di vista del legislatore circa l'*hate speech*, nonostante il negazionismo non sia assimilabile ai reati d'odio. Al di là delle tante riflessioni che si potrebbero fare riguardo all'opportunità di disciplinare penalmente il negazionismo³⁴, per i fini che qui interessano si può trarre per l'ennesima volta la conclusione che gran parte della classe politica sia mossa dalla convinzione che lo strumento penale offra la soluzione per contrastare il fenomeno razzista.

La nuova legge n. 115 del 2016 modifica il testo della legge n. 654 del 1975 grazie all'aggiunta di un comma 3 *bis* all'art. 3, oltre che ad alcune modifiche alle lett. a) e b) del comma 1 dello stesso articolo. E come la discussione della legge sull'omofobia anche quella sul negazionismo ha incontrato diversi ostacoli durante l'iter. Il testo licenziato ha infatti subito significativi cambiamenti rispetto a quello inizialmente presentato.

Nella prima fase si pensava di costruire un'autonoma fattispecie di reato che avrebbe punito «con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 10.000 euro chiunque [ponesse] in essere attività di apologia, negazione, minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale». Il testo invece approvato abbandona quest'idea, limitandosi a prevedere un'aggravante, punita con la reclusione da due a sei anni, nei casi in cui la propaganda, l'istigazione e l'incitamento si fondino «in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra» come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale (art. 6, crimine di genocidio; art. 7, crimini contro l'umanità; art. 8, crimini di guerra), ratificato dall'Italia con la legge n. 232 del 1989.

A onor del vero, il testo prodotto in ultima lettura ha corretto il tiro rispetto a quello licenziato primariamente, richiedendo di verificare che propaganda, istigazione e incitamento siano foriere di un pericolo imminente³⁵. Tuttavia, il tentativo di attenuare la portata della sanzione attraverso la specificazione della sussistenza del pericolo concreto potrebbe essere solo apparente. Infatti, il punto critico che rende incerta l'interpretazione dell'intero impianto legislativo riguarda proprio la giustificazione della punibilità sulla base del pericolo individuato. È

³⁴Per i commenti della dottrina si rimanda *supra* nota n. 26.

³⁵Nella versione iniziale della legge, accanto alla punibilità della negazione si prospettava l'ipotesi di comminare lo stesso tipo di pena per la propaganda di idee, per la distribuzione, divulgazione e pubblicizzazione «di materiale o informazioni, con qualsiasi mezzo, anche telematico, fondati sulla superiorità o sull'odio razziale, etnico o religioso», o ancora, «con particolare riferimento alla violenza e al terrorismo, per chi [avesse fatto] apologia o [avesse incitato] a commettere o avesse commesso atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, anche mediante l'impiego diretto od interconnesso di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili». Un testo, questo, che avrebbe potuto difficilmente conciliarsi con le lett. a) e b) del medesimo articolo.

verosimile che, in base agli elementi considerati, il pericolo presunto possa essere confuso con un pericolo concreto e viceversa.

Inoltre, stupisce il fatto che l'elenco delle azioni delittuose non si esaurisca con l'indicazione della propaganda e dell'istigazione, estendendosi anche all'incitamento. Come già ribadito più volte, i giudici hanno sempre considerato l'istigazione uguale all'incitamento, ritenendo che la sostituzione nella legge n. 85 del 2006 del verbo "incitare" col verbo "istigare" non fosse altro che una precisazione linguistica, non tale da modificare la portata incriminatrice della norma³⁶. Al contrario, il legislatore ne ha sempre sottolineato la diversità, optando per l'istigazione quando ha voluto mostrarsi più rigoroso nella delimitazione delle ipotesi di reato. Infatti, il Parlamento ha sempre ritenuto che, a differenza dell'incitamento, l'istigazione presupponga una completa adesione al contenuto del messaggio da parte di chi lo riceve³⁷, così da costituire un atto più offensivo e pericoloso. Ma per i giudici, si è detto, non vi è differenza. Dunque, quando i giudici applicheranno la norma a casi di istigazione e quando a casi di incitamento?

In definitiva, la nuova modifica non necessariamente condurrà i giudici a mitigare le sanzioni com'era nello scopo di chi voleva si prevedesse solo l'aggravante. Bisognerà fidarsi in una interpretazione rigorosa della legge, che però non sarà garantita se si ricalcheranno le orme già seguite per il reato di *hate speech*, dove ormai predomina l'applicazione dei limiti logici alla manifestazione del pensiero.

1.6. *In direzione contraria: la depenalizzazione del reato d'ingiuria*

La stessa maggioranza che appoggiava l'estensione del reato di *hate speech* ai casi di omofobia e di negazionismo – mostrando quindi un atteggiamento penale intransigente – con la legge n. 67 del 2014 ha delegato il Governo ad attuare la riforma del sistema sanzionatorio per perseguire l'obiettivo di decongestionare il sistema penale nel rispetto dei principi dell'offensività dei comportamenti e della frammentarietà e sussidiarietà della sanzione. In particolare, ai fini che qui interessano, con il d.lgs. n. 7 del 2016 si è proceduto alla depenalizzazione del reato d'ingiuria previsto all'art. 594 c.p.³⁸.

³⁶ Cass. pen., III sez., n. 37581, cit.

³⁷ Convengono con questa interpretazione A. BONOMI, G. PAVICH, *Reati in tema di discriminazione: Il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 ottobre 2014, 1 ss.

³⁸ Fino al momento della sua abrogazione l'art. 594 c.p. recitava così: «Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 516. Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa. La pena è della reclusione fino a un anno o della multa fino a euro 1.032 se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone».

Lungi dal voler disquisire in questa sede sul merito della scelta³⁹, si vuole qui prendere atto di un comportamento incoerente, che va nella direzione contraria rispetto al piano di politica criminale in tema di *hate speech*.

La trasformazione del reato d'ingiuria in un illecito civile, oltre a porre alcuni problemi interpretativi a cui i giudici hanno dovuto prontamente far fronte⁴⁰, introduce nell'ordinamento un elemento di contraddizione molto forte e che in

³⁹ Naturalmente si muove dal presupposto che il legislatore ha piena discrezionalità di decidere sulla tipicità dei reati e delle relative pene edittali, pur nei limiti dei vincoli che la Costituzione impone a tal proposito. La giurisprudenza costituzionale in merito è sterminata. A titolo esemplificativo, sull'inammissibilità di questioni volte a creare nuove norme penali, a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore, *ex multis*, sentt. n. 161/2004 e n. 49/2002; ordd. n. 65/2008 e n. 164/2007; sull'inammissibilità di questioni volte ad aggravare le conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato, *ex multis*, ordd. n. 285/2012, n. 204/2009, n. 66/2009 e n. 5/2009; sulla possibilità di derogare alla discrezionalità legislativa in ottemperanza al rispetto di principi costituzionali preminenti, in particolare la ragionevolezza cfr. le più recenti sentt. n. 236/2018 e n. 143/2018. In dottrina tra i molti, G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, 396 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2007, 739 ss., 741; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2002, 366 ss.; D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012; N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015, 55 ss.

⁴⁰ Trattandosi di un *abolitio criminis* si paventano due tipi di rischi. Il primo riguarda gli effetti della denuncia. Siccome questa può essere adesso presentata solamente in sede civile, si potrebbero avere esiti incerti. Il legislatore si è limitato esclusivamente a prevedere una sanzione pecuniaria civile attraverso l'esborso di una somma di denaro, tra l'altro non già in favore del danneggiato bensì alla Cassa delle Ammende. Considerando che, per definizione, l'ingiuria è un'offesa formulata da un soggetto nei confronti e alla presenza della vittima a cui la medesima offesa è rivolta, per il danneggiato si pone il problema di dimostrare il danno in sede civile, dove la propria testimonianza non viene mai ammessa. Di conseguenza, nei casi in cui l'ingiuria venga consumata soltanto alla presenza del reo e della vittima, senza cioè altre persone nelle vicinanze quali possibili testimoni in un eventuale processo, diventerà non più punibile. Il secondo rischio attiene al diritto intertemporale, in particolare relativo alla possibile revoca delle statuizioni civili eventualmente adottate con sentenze di condanna non ancora definitive pronunciate prima dell'entrata in vigore del decreto. A tal proposito, con la sent. 23 febbraio 2016, n. 7125, la V sez. della Corte di Cassazione aveva subito rimesso alle Sezioni Unite il quesito interpretativo in questi termini: «Se, a seguito dell'abrogazione dell'art. 594 c.p. ad opera dell'art. 1, d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, debbano essere revocate le statuizioni civili eventualmente adottate con la sentenza di condanna non definitiva per il reato di ingiuria pronunciata prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto». Con un provvedimento di pochi giorni successivo il Presidente della Corte, ritenuto che non sussisteva alcun contrasto giurisprudenziale, restituiva la questione al collegio remittente. Il contrasto però non si è fatto attendere e questa volta le Sezioni Unite con la sent. 29 settembre 2016, n. 46688 hanno concluso per l'impossibilità, per il giudice dell'impugnazione, di pronunciarsi sulle statuizioni civili. Per un commento critico all'impianto dell'intero decreto legislativo e alla sentenza delle Sez. Un., S. UC-CI, *Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 1 del 2017, 171 ss.

sede applicativa può condurre a risultati schizofrenici per il mancato tentativo di coordinare la modifica con la legge anti *hate speech*.

Come ormai noto, in base a quest'ultima è, infatti, possibile punire con la pena detentiva la propaganda d'idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale per offese che ledono la personalità di un gruppo, mentre con la depenalizzazione dell'ingiuria si solleva da qualunque responsabilità penale chi rivolge lo stesso tipo di offese a una persona singola e precisamente individuata⁴¹. Inoltre, come si vedrà, la giurisprudenza sull'applicazione dell'aggravante per motivi razziali nei casi d'ingiuria e di diffamazione è abbastanza nutrita, apparendo un punto fermo per la salvaguardia dell'onore e della reputazione delle persone offese in queste circostanze. Appare chiaro allora come il legislatore, depenalizzando l'ingiuria – uno di quei reati che più consentono la punibilità di offese verbali per ragioni legate a presunte discriminazioni – proceda in direzione opposta rispetto alle norme anti *hate speech*, attraverso le quali invece insiste sull'opportunità di salvaguardare le minoranze con strumenti di diritto penale.

Delle due l'una, o il Parlamento non ha considerato l'impatto che la normativa sull'ingiuria ha sulla razionalità dell'impianto generale della legge anti *hate speech* e, in particolare, sull'applicazione dell'aggravante per ingiuria; oppure l'*hate speech* rappresenta in realtà un semplice manifesto politico, pronto ad essere sbandierato non appena si verificano episodi riprovevoli nei confronti di gruppi emarginati per razza, religione od orientamento sessuale. Quest'ultima ipotesi sembra peraltro suffragata dalla circostanza che finora la questione non è mai stata considerata seriamente, rinunciando a modellare una legislazione che sia almeno coerente nel disciplinare tematiche tra di loro affini⁴².

In questa sorta di caos normativo non era difficile prevedere l'immediata reazione da parte di alcuni giudici per sottolineare le incoerenze legislative. Si possono a tal proposito citare due esempi. Il primo riguarda la domanda pregiudiziale posta alla Corte di Giustizia dell'Unione europea da un giudice di Pace di Taranto⁴³. A

⁴¹ Cass. pen., V sez., n. 2461 del 18 gennaio 2019. In particolare, la Suprema Corte, proprio a seguito della depenalizzazione dell'ingiuria, cancella l'accusa mossa a un uomo, finito sotto processo e condannato sia in primo che in secondo grado per avere rivolto epiteti offensivi e razzisti nei confronti di una ragazzina. Revoca inoltre le statuizioni civili decise nei giudizi di merito in favore della parte offesa, sulla base della sentenza delle Sez. Un. (v. *supra* nota precedente).

⁴² Come detto in occasione della modifica alla legge n. 645 del 1975 apportata con la legge n. 85 del 2006, l'unica forza parlamentare che si oppone strenuamente al reato di *hate speech* è la Lega. Ne è una patente dimostrazione anche il fatto che, nella primavera del 2014, alcuni componenti dello stesso partito si sono fatti promotori di un'iniziativa referendaria per abrogare la legge Mancino. Un tentativo però risultato vano per l'insufficienza del numero di firme raccolte. Inoltre, nel luglio 2018 l'allora Ministro della famiglia Fontana, esponente anch'egli della Lega, era tornato ad avanzare la proposta di abrogare la stessa legge seguendo le vie parlamentari. Ricontrando però l'opposizione del Movimento 5 Stelle, alleati di governo, la presentazione del progetto di legge è stata accantonata.

⁴³ La presente direttiva è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 212 del 2015 e si pone come

suo parere la Direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato osterebbe all'abrogazione del reato d'ingiuria perché imporrebbe norme minime a protezione delle vittime (Considerando n. 67), sulla base del principio secondo cui «un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti fondamentali delle vittime» (Considerando n. 9). In definitiva, richiamando anche gli artt. 2 e 3 della Costituzione e gli artt. 49 e 53 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, il giudice ritiene indispensabile la sanzione penale, denunciando inoltre una disparità di trattamento tra l'abrogato reato di ingiuria e l'attuale reato di diffamazione, distinguendosi solo per la presenza o l'assenza della parte offesa⁴⁴. Naturalmente, la Corte di Giustizia si è pronunciata con un'ordinanza d'inammissibilità, ritenendo di essere manifestamente incompetente a giudicare della questione, data l'assenza di collegamento con il diritto dell'Unione⁴⁵.

Il secondo esempio riguarda il tentativo da parte di un Giudice di Pace di Venezia di far dichiarare la nuova normativa incostituzionale. Al pari del giudice di Taranto, egli sostiene che la depenalizzazione dell'ingiuria lede gli artt. 2 e 3 cost.: l'art. 3, in quanto si determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento rispetto al reato di diffamazione; l'art. 2, perché i diritti inviolabili dell'uomo possono essere tutelati solo attraverso norme incriminatrici, in quanto «le norme penali sono poste, ontologicamente, a difesa dei diritti inviolabili dell'essere umano e ciò sia per l'efficacia deterrente della sanzione penale che per l'adeguatezza delle sanzioni amministrative o civili che appaiono inconciliabili a prevenire, ricomporre o reprimere le condotte lesive dei diritti fondamentali»⁴⁶.

La pronuncia nel senso dell'inammissibilità della questione da parte della Corte costituzionale è scontata. Pur ribadendo il carattere fondamentale del diritto all'onore e come tale ascrivibile al novero dei diritti inviolabili *ex art. 2 cost.*, non può sostenersi l'obbligo per l'ordinamento di prevedere sanzioni penali a tutela di un diritto, pur fondamentale. Ciò ricade nella piena facoltà discrezionale del legislatore, «libero di valutare se sia necessario apprestare tutela penale a un determinato diritto fondamentale, o se – invece – il doveroso obiettivo di proteggere il diritto stesso dalle aggressioni provenienti dai terzi possa essere efficacemente assicurato mediante strumenti alternativi, e a loro volta meno incidenti sui diritti fondamentali del trasgressore, nella logica di ultima *ratio* della tutela penale che ispira gli ordinamenti contemporanei»⁴⁷.

Eppure, nonostante questo tipo di argomentazione sia la più ovvia in consi-

obiettivo quello di tutelare le persone offese. Per un commento alla normativa, M. CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento italiano*, in «penalecontemporaneo.it», 19 gennaio 2016.

⁴⁴ Istanza per il procedimento pregiudiziale d'urgenza promossa del Giudice di Pace di Taranto il 15 settembre 2016.

⁴⁵ Corte di Giustizia C-484/16 del 13 dicembre 2016.

⁴⁶ Corte cost. n. 37 del 2019, par. 1.3 del Ritenuto in fatto.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 7.3 del Considerato in diritto.

derazione dell'intero impianto costituzionale, si registra recentemente la tendenza da parte dei giudici ordinari di considerare necessarie le sanzioni di tipo penale per assicurare la protezione dei diritti fondamentali. Ciò forse in conseguenza di una precisa (ir)responsabilità del legislatore di aver spesso richiamato l'adequatezza di una giustizia punitiva per delitti che coinvolgono la sfera delle idee.

Del resto queste due decisioni non rappresentano che una prima anticipazione del filone giurisprudenziale in tema di *hate speech* di cui adesso ci si occuperà e che risulta ancora più indicativo del presunto automatismo tra la tutela dei diritti e l'obbligo della sanzione penale.

SEZIONE II – L'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

2.1. *Un primo sguardo generale*

Dal quadro legislativo descritto si evince come non sia mai stato precisato il bene giuridico da tutelare attraverso la punibilità dell'*hate speech*. L'unico dato certo è che i discorsi sulla razza sono vietati perché pericolosi. Tuttavia, quale sia il tipo di pericolo da evitare non è chiaro: pericolo per la sicurezza? (in questo caso dovrebbero essere puniti i discorsi che incitano ad azioni concrete, nel senso delle dottrine del *clear and present danger* e delle *fighting words* americane); pericolo per la pace sociale? (in questo caso dovrebbero essere puniti i discorsi che minacciano l'ordinamento democratico, secondo la teoria dei limiti logici all'italiana); pericolo per la convivenza? (in questo caso sarebbero puniti i discorsi che incitano alla discriminazione, pregiudicando l'eguaglianza e la dignità delle persone offese, secondo la teoria dei limiti logici all'americana).

Le modifiche che si sono succedute non hanno assolutamente fatto chiarezza, oscillando tra l'intento di restringere le ipotesi ai soli casi di pericolo concreto, qual era lo scopo della legge n. 85 del 2006, e l'intento di tutelare l'eguaglianza, qual è lo scopo sia dell'inserimento della legge anti *hate speech* nel codice penale tra i «Delitti contro la persona» sia della previsione dell'aggravante per negazionismo. Tutto ciò in controtendenza rispetto alla decisione di depenalizzare l'ingiuria, che pure rappresenta un'offesa alla personalità.

A fronte di un corpo di norme così incerto e a tratti contraddittorio è pressoché inevitabile che ricada sui giudici l'onere di accertare l'idoneità di certe frasi intolleranti a integrare le fattispecie della propaganda di idee razziste e dell'istigazione a commettere atti discriminatori, o atti violenti. La domanda cruciale che emerge da questi casi è se le frasi espresse possano essere punite per il solo contenuto – razzista – oppure se debbano avere la forza di condizionare gli astanti per indurli ad adottare azioni a sfondo razzista⁴⁸. Se si risponde positivamente alla

⁴⁸ Potrebbero valere le considerazioni svolte in merito ad altre questioni che coinvolgono gli

prima ipotesi la tutela riguarda esclusivamente il gruppo offeso, in caso contrario la tutela garantisce la pace sociale e solo di riflesso il gruppo. Tuttavia, anche quando si ritiene che il bene oggetto di tutela sia la pacifica convivenza, la soluzione dei casi resta comunque difficile per l'aleatorietà dei fattori legati alla potenza delle parole. Si può davvero stabilire con certezza che queste sono capaci di persuadere chi ascolta a commettere atti violenti?

Non sorprende quindi che situazioni simili siano state giudicate in modo diverso. Particolarmente in questo ambito, i convincimenti soggettivi del singolo giudice occupano uno spazio rilevante nonostante lo sforzo di imparzialità⁴⁹, confermando la celebre frase di Terenzio *tot capita, tot sententiae*.

Ad esempio, perché l'affermazione «Bisognerebbe mettere una tutina da leprotti agli extracomunitari e far esercitare i nostri cacciatori. Tin! Tin!» non ricade nell'ambito di applicazione della legge n. 654 del 1975? E perché, al contrario, affermare che «Non voglio più vedere etnie straniere per le strade, né rappresentanti neri, gialli, marroni, grigi, [...], nulla avendo costoro da insegnare, se non la civiltà del deserto» è considerato atto oggettivamente pericoloso che determina la concreta realizzabilità di reazioni d'intolleranza e discriminazione?

Entrambe queste frasi sono state pronunciate dalla stessa persona, l'ex sindaco di Treviso Giancarlo Gentilini, militante del partito della Lega, la cui insofferenza nei confronti degli extracomunitari è nota ai più. In entrambi i casi la condotta è censurabile visto l'auspicio di allontanare gli stranieri con metodi non proprio pacifici. Eppure, nel primo caso il Tribunale di Treviso lo aveva assolto⁵⁰, nel secondo il Gip del Tribunale di Venezia lo aveva invece condannato⁵¹. A cosa allora si deve questa differente valutazione di applicabilità del reato? Forse bisogna guardare anche alle date. Tra la prima e la seconda sentenza sono trascorsi nove anni, un lasso di tempo in cui la geografia sociale in Italia è profondamente cambiata.

Fermo restando il contesto, il mezzo di comunicazione, la rilevanza pubblica degli *haters* sono tutti criteri che, vedremo, guidano i giudici nelle loro decisioni, è soprattutto il periodo storico di riferimento a condizionare l'operato dei giudici. Fino alla vigilia del nuovo millennio il fenomeno migratorio non era ancora considerato un allarme sociale come oggi, ragion per cui le manifestazioni d'odio nei confronti di altre etnie non venivano percepite né pericolose, né tan-

immigrati e che costringono il giudice ad essere sociologo, o nientemeno antropologo. In generale, sul ruolo dei giudici nelle società sempre più multiculturali, cfr. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, Milano, 2012.

⁴⁹ Parla di discrezionalità dei giudici determinata da un complesso intreccio fra conoscenza giuridica, sensibilità, cultura ed esperienza personale la sociologa Gabriella Turnaturi in G. TURNATURI, *La nuova cultura dell'individuo emozionale e sempre emozionato*, in «Questione Giustizia», 29 marzo 2019.

⁵⁰ Tribunale di Treviso, sent. n. 492/2000, est. Toppan.

⁵¹ Tribunale di Venezia, sez. Gip, 2009.

to meno discriminatorie. Conseguentemente il numero delle denunce era esiguo e ancora più esigue erano le condanne, tant'è che il reato di cui qui si discute era oggetto di analisi solamente degli studiosi, i quali si interrogavano sulla sua compatibilità con il principio del diritto penale minimo e del principio costituzionale del pluralismo.

L'atteggiamento dei giudici era molto prudente: essi dimostravano di fare lo sforzo di circoscrivere l'applicazione della legge penale a casi limite attraverso la verifica del nesso di causalità tra parola e azione violenta. Da poco più di un decennio, invece, si tende ad allargare le maglie delle ipotesi di punibilità.

I toni intrisi di odio sono simili a quelli usati in passato – i due casi a cui più sopra si è accennato sono davvero esemplificativi – ma col mutamento del paesaggio sociale e il conseguente aumento della diffidenza manifestata nei confronti dei nuovi immigrati si è accresciuto il grado di sensibilità dei magistrati, che esprimono nelle sentenze tutta la loro avversione e disapprovazione verso i comportamenti razzisti⁵². Anche coloro i quali si mostrano più rigorosi nell'identificazione delle ipotesi di reato motivano in punto di diritto la loro severità individuando nell'ordinamento un vincolo giuridico generale al pensiero: questo non può avere un contenuto a sfondo razzista.

Varia il grado di punibilità a seconda della sua pericolosità, oppure a seconda dell'intensità dell'offesa prodotta, ma l'idea razzista di per sé stessa sembra in ogni caso costituire una fattispecie non coperta dalla protezione costituzionale assicurata alla libera manifestazione del pensiero. “L'idea” discriminatoria è equiparata al “comportamento” discriminatorio anche quando quella stessa idea non si traduce di fatto in un comportamento razzista. Il pensiero d'odio non è un pensiero, bensì principio d'azione, violenta o discriminatoria che sia. In sostanza, la giurisprudenza si è evoluta nel senso di riconoscere limiti logici alle espressioni del pensiero, motivo per cui non è mai stata posta finora una questione di costituzionalità per manifestare il dubbio che la punibilità dell'*hate speech* contrasti con la libera manifestazione del pensiero.

Compendia in modo chiaro questo assunto una sentenza della quinta sezione penale della Cassazione, che nel 2008 si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 1, comma 2, lett. e) della legge n. 241 del 2006, relativo ai reati esclusi dalla concessione dell'indulto⁵³.

La disposizione in oggetto esclude espressamente l'indulto «per i reati per i

⁵² Non a caso la Procura della Repubblica del Tribunale di Torino ha di recente stilato alcune linee direttrici per contrastare con fermezza i reati motivati dall'odio. In ragione di un clima socio politico ostile all'accoglienza, con il conseguente aumento della commissione di reati nel circondario torinese, il Procuratore aggiunto Armando Spataro sollecita il trattamento prioritario di tutti i procedimenti iscritti per i suddetti reati, evitando il più possibile di archiviare i casi per tenuità del fatto, eccetto che per quelli ritenuti meritevoli di evidente positiva valutazione. Cfr. http://www.procura.torino.it/allegatinews/direttive_reati_odio_razziale_affari_immigrazione.pdf.

⁵³ Cass. pen., V sez., 16 ottobre 2008, n. 41266.

quali ricorre la circostanza aggravante di cui all'articolo 3 del decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205», cioè la stessa aggravante prevista dalla legge Mancino, a corredo delle ipotesi di reato previste dalla legge n. 654 del 1975. Si è quindi posto questo dubbio interpretativo: l'indulto è escluso solo in presenza dell'aggravante, o anche in relazione al più generico reato di *hate speech*? Per la difesa bisognava adottare un'interpretazione letterale, circoscrivendo l'applicazione dell'indulto alla sola aggravante, altrimenti si sarebbe operata un'analogia in *malam partem*. La Cassazione, invece, opponeva un'interpretazione sistematica, in considerazione dell'intento originario del legislatore, ovvero la volontà di punire attraverso le leggi approvate tutti i comportamenti che generano odio, sia quelli costituenti reato sia quelli che costituiscono aggravanti dei reati comuni. Così, nella sentenza si legge che «l'area dell'esclusione dell'indulto sta nella sostanza dell'aggressione al bene protetto dalla previsione normativa»⁵⁴ a prescindere dal tipo di comportamento da cui è originata, se derivante dal reato di propaganda di idee d'odio o di istigazione a commettere atti di discriminazione o atti di violenza, o se derivante dall'ipotesi prevista per applicare la circostanza aggravante, ovvero per finalità di discriminazione o d'odio etnico, nazionale, razziale o religioso. Non sussisterebbe, quindi, alcun motivo per ritenere che l'esclusione dell'indulto sia riservata solo a questa seconda ipotesi, visto che il fenomeno criminoso riguarda entrambi.

Questa sentenza è indicativa della posizione attuale della giurisprudenza rispetto all'incriminazione delle idee che esprimono odio: qualunque natura esse abbiano – vuoi di propaganda, vuoi di istigazione a commettere atti discriminatori, o perché aggravanti di reati comuni – sono tutte punibili e così gravi da poter essere private della possibilità di beneficiare dell'indulto. È questo un atteggiamento ormai comune, ma a cui si è arrivati gradualmente.

Quante e quali siano le motivazioni addotte in sede giurisprudenziale sarà l'oggetto di questa parte del lavoro.

Le decisioni verranno analizzate in senso cronologico per evidenziare come il giudizio dipenda soprattutto dal contesto storico-sociale in trasformazione e saranno suddivise tra quelle penali e quelle civili, sempre più frequenti da quando è stata recepita la direttiva europea contro le discriminazioni.

In particolare, per i giudizi penali si prenderanno in considerazione dapprima i casi più rilevanti della Cassazione e in seguito quelli dei giudici ordinari. Per entrambe le giurisdizioni si esaminerà sia l'applicazione del reato di propaganda (un tempo “diffusione”) e del reato d'istigazione (precedentemente “incitamento”) alla commissione di atti di discriminazione *ex art. 3, comma 1, lett. a)* della legge n. 654 del 1975 sia l'applicazione della circostanza aggravante *ex art. 3 del d.l. n. 122 del 1993, convertito con modificazioni nella legge n. 205 del 1993 (c.d. legge Mancino)* «per i reati punibili con pena diversa da quella dell'erga-

⁵⁴ *Ibidem.*

stolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso».

2.2. *Le pronunce della Cassazione penale degli anni '90. Alcune coordinate definitorie*

Negli anni novanta le sentenze penali sul reato di *hate speech* sono molto rare. In particolare, la lett. a) dell'art. 3 della legge n. 654 del 1975, nella versione modificata dalla legge Mancino n. 205 del 1993, non è mai stata applicata per valutare il reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, mentre in alcune occasioni è venuta in rilievo l'applicazione di quello che abbiamo definito reato "ibrido", ovvero dell'incitamento a commettere atti di discriminazione, sia in relazione alla diretta violazione dell'art. 3, lett. a) della legge anti *hate speech*, sia in relazione all'applicazione dell'aggravante ex art. 3 della legge Mancino.

Poiché questi pochi casi si sono risolti tutti in Cassazione, è interessante vedere quali linee il giudice di legittimità ha seguito.

I giudici erano prevalentemente orientati ad applicare la legge anti *hate speech* ai casi in cui il comportamento degli imputati fosse ritenuto contrario all'ordine pubblico, orientandosi come la Corte Suprema statunitense la quale, come spiegato, giustifica le condanne sul presupposto della pericolosità delle cose dette. Tuttavia, anche i giudici italiani incontravano le stesse difficoltà della Corte americana nel fissare gli standard per riconoscere le parole bellicose (*fighting words*) e le parole che rappresentano un pericolo attuale (*clear and present danger*). Ne è conseguita una certa difformità interpretativa, in quanto in alcune decisioni risulta decisivo riscontrare un pericolo concreto, in altre è sufficiente individuare un pericolo astratto⁵⁵.

In genere, si accorda un'estensione della disciplina del pericolo astratto a quelle situazioni di pericolo derivanti da processi tecnologici legati alla produzione di massa (ad esempio alimenti, medicinali) e beni superindividuali e collettivi, come ambiente ed economia pubblica. Molti dubbi permangono invece per le espressioni d'odio: quale dei due tipi di pericolo adottare? Mentre il pericolo concreto restringerebbe l'applicazione della nostra legge n. 654 del 1975 solo a quei casi in cui la propaganda delle idee d'odio e l'istigazione a compiere atti discriminatori sfociano in un atto violento tangibile, il pericolo astratto pone il giudice nella condizione di applicare la legge per offrire una tutela anticipata a favore non solo dei destinatari del messaggio d'odio, ma più in generale a favore dell'intero ordina-

⁵⁵Pur sinteticamente, è opportuno qui ricordare la categorizzazione penalistica del pericolo. Il pericolo astratto è presunto nella stessa condotta, mentre il pericolo concreto rappresenta un elemento essenziale della fattispecie, la cui esistenza dev'essere accertata dal giudice nel caso di specie. Cfr. D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2005; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.

mento per proteggere la pace sociale, un bene questo che potrebbe essere considerato anch'esso superindividuale o collettivo al pari dell'ambiente.

La scelta tra i due criteri di pericolo dipende molto dall'approccio adottato dai giudici per tutelare il bene di riferimento: se ci si pone nell'ottica del rispetto rigoroso dei principi costituzionali della necessaria offensività, si esigerà la sussistenza di un pericolo concreto, indipendentemente da quali effetti distorsivi potrebbero produrre gli *hate speeches* nel lungo periodo; al contrario, se a preoccupare è il contesto di riferimento, si prediligerà la tutela anticipata offerta dalla configurazione del pericolo astratto, che si ritiene porti con sé il vantaggio di arrestare probabili episodi di violenza in futuro.

È evidente che aderendo al primo approccio si rimane strettamente ancorati ai principi del pluralismo democratico, presupponendo un ordinamento capace di proteggersi dai propri nemici e che ricorre solo *in extremis* alla limitazione di libertà fondamentali per tutelare l'ordine pubblico materiale; invece, col secondo approccio, il mantenimento della pace sociale diventa un principio prioritario e difficilmente derogabile rispetto al principio democratico e alla tutela delle libertà individuali. In sintesi, l'applicazione della legge anti *hate speech* attraverso la lente del pericolo astratto si mostrerebbe sempre e in ogni caso ragionevole – ragionevolezza nell'accezione qui di “congrua”⁵⁶ – per la funzione che essa assolve, ovvero assicurare un adeguato livello di convivenza sociale.

Dai casi decisi nel periodo di riferimento emerge come i giudici non diano una risposta unanime. Tra questi, mentre c'è chi sostiene indispensabile verificare il pericolo concreto, altri preferiscono accordare una tutela anticipata, accontentandosi di verificare il pericolo in astratto. Si apre così la strada alla punibilità degli *hate speeches* anche quando non si riscontra una concreta minaccia. Vediamoli più da vicino.

2.2.1. *In bilico tra pericolo concreto e pericolo presunto*

Inizialmente pareva che unicamente in presenza di un pericolo concreto si potessero punire associazioni, organizzazioni, movimenti o gruppi incitanti alla discriminazione razziale. Sulla scorta di un precedente che dimostrava una certa riluttanza a offrire una tutela anticipata per la mera diffusione di frasi allarmanti solo ipoteticamente foriere di atti violenti⁵⁷, la Cassazione, nella sentenza n. 434

⁵⁶ Sul concetto di ragionevolezza nel senso di legge congrua, V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. 1, Bologna, 2018, 171.

⁵⁷ Cass. pen., I sez., n. 556 del 1995. La Cassazione esclude l'applicazione delle circostanze aggravanti per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, *ex art. 1 del d.l. n. 625 del 1979 (convertito dalla legge n. 15 del 1980)*, concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica. Ciò, in quanto il semplice fatto di diffondere idee e di adottare comportamenti contrari ai valori tutelati dalla Costituzione – in particolare all'art. 3 cost. sul principio d'eguaglianza – non presuppone che il reato sia stato commes-

del 1999, è persino giunta a negare l'applicazione dell'aggravante per discriminazione razziale *ex lege* Mancino, malgrado nel caso di specie l'azione violenta si fosse consumata⁵⁸.

I giudici di legittimità fanno notare come quelli di merito non avessero «in alcun modo spiegato come dalla valutazione dei fatti accertati e dagli elementi circostanziali emersi dal dibattimento abbiano desunto prova delle finalità di discriminazione razziale perseguite dagli aggressori dell'extracomunitario»⁵⁹. L'inseguimento per strada e l'aggressione di un giovane straniero anticipata dalla domanda «dove hai rubato le biciclette?» non rappresentavano, quindi, elementi sufficienti per scorgere «serie» motivazioni razziali ed etniche tali da qualificare il reato aggravato. Per la Cassazione gli indici rivelatori – raccolti nella stessa sentenza in una sorta di decalogo da tener presente in tutti i casi simili – sono altri: parole e gesti provocatori con chiaro riferimento alla diversità della razza, di nazionalità e di colore; atteggiamenti di odio, d'insofferenza o d'intolleranza inequivocabilmente manifestati ed espressi; personalità del soggetto, notoriamente incline a commettere violenza a incitare a commettere e a predicare violenza per i suddetti motivi; l'appartenenza a gruppi ed associazioni che perseguono finalità di discriminazione e di odio etnico, nazionale, razziale, o religioso. In sostanza, per la Cassazione il movente razziale deve esplicitarsi con insulti che si sostanziano attraverso parole e atteggiamenti razzisti inequivocabili.

Le motivazioni di questa sentenza, per nel lodevole intento di ancorare la punibilità dell'*hate speech* a criteri concreti di pericolo, lasciano spazio a qualche ambiguità. Da un lato dimostrano lo sforzo di limitare il più possibile l'applicazione di un'aggravante davvero difficile da configurare: di fronte all'incertezza del movente – cioè il proposito di discriminare – si richiama alla prudenza e alla necessità di riscontrare scrupolosamente gli elementi discriminatori che la Corte si sforza di precisare nel decalogo da essa stessa stilato. Dall'altro lato suscitano perplessità perché, dal resoconto dei fatti, è alquanto difficile immaginare che i due imputati non siano stati mossi da un moto di disprezzo verso l'extracomunitario aggredito. Lo stereotipo secondo il quale gli immigrati delinquono, o siano inclini a delinquere è noto. Si ha ragione di credere che il comportamento degli accusati non sarebbe stato il medesimo qualora si fossero imbattuti in un cittadino italiano che trasportava a mano due biciclette. I giudici di merito si erano basati proprio su quest'evidenza, che definiremmo sociologica. Nulla avevano aggiunto su un piano più strettamente giuridico, non avendo fatto emergere

so con le suddette finalità. A tal fine dev'essere dimostrata l'esistenza di un atto sovversivo la cui conseguenza è minacciare l'assetto istituzionale. Più nello specifico, secondo i giudici, l'aggravante per reato di terrorismo appare eccessiva rispetto al modo in cui si erano svolti i fatti; inoltre non erano stati raccolti indizi sufficienti per poter affermare con certezza che il gruppo incriminato avesse reali intenti sovversivi.

⁵⁸ Cass. pen., III sez., n. 434 del 1999.

⁵⁹ *Ibidem*.

con precisione l'intenzione degli individui, incriminati durante la fase del dibattimento. La loro condanna si fondava sull'aggressione della vittima, senza che nelle motivazioni si fosse fatto cenno alla configurabilità del pericolo, se astratto o concreto.

Nientemeno, con maggiore scrupolo, si sarebbe potuto identificare il reato non tanto come di *hate speech*, bensì di *hate crime*, vista l'aggressione consumata. Eppure, nel merito si è trascurato di valutare la situazione più a fondo, facendo emergere tutta la complessità che in genere caratterizza i casi d'odio, dovuta in particolare a due motivi: innanzitutto alla confusione della lettera legislativa, in merito alla distinzione dei tipi di reato⁶⁰; in secondo luogo, al forte condizionamento sociale e culturale dei giudici. Si corre così il rischio di mettere da parte qualsiasi tentativo di bilanciare il principio democratico – che si sostanzia anche attraverso la libera espressione di idee – e la pacifica convivenza, che si materializza anche attraverso il rispetto degli altri.

Il caso si è chiuso con la richiesta di accertare con maggiore cura l'intenzione degli accusati, tuttavia questa pronuncia rivela qualcosa di più generale che orienterà da qui a venire l'interpretazione del reato sul discorso d'odio. Se è vero che i giudici della Cassazione mostrano cautela pretendendo prove specifiche per accertare la sussistenza di un pericolo concreto, allo stesso tempo non sembrano essere contrari all'ipotesi di punire questo tipo di idee. Essi, infatti, svelano una certa predisposizione a considerare illecito qualunque pensiero razzista. Infatti, pur non avendo riconosciuto l'applicazione dell'aggravante, ad una attenta lettura della sentenza si evince che qualsiasi espressione da cui traspare intolleranza verso altri gruppi etnici è potenzialmente punibile, a condizione che disprezzo e ostilità siano stati manifestati senza equivoci. Il dubbio che, per quanto riprovevoli, certe frasi possano trovare una copertura costituzionale rientrando nel diritto alla manifestazione del pensiero non trapela affatto. È questo un primo esempio di come, al pari di altre occasioni di cui si dirà, i giudici non abbiano mai preso in considerazione di porre la questione al giudice delle leggi.

Pertanto, seguendo l'impostazione secondo la quale il pensiero è sanzionabile se espressione di disprezzo e ostilità, la prima sezione della Cassazione non ha mostrato alcuna remora nel condannare un gruppo di tifosi ultras che durante una partita calcistica, esibendo uno striscione ai danni degli ebrei che riportava la scritta «miliardi al ghetto, e alle borgate?», urlavano e davano fuoco a una bandiera raffigurante la stella di David⁶¹.

A onor del vero, in questo caso, il reato contestato era quello «d'incitamento alla commissione di atti di violenza» ex art. 3, comma 1, lett. b) della nostra legge. Si era cioè di fronte a quella fattispecie che il legislatore, seppur implicitamente, ha identificato come reato di *hate crime*, ovvero la violenza mossa dall'odio. Ciò,

⁶⁰ Di questo si è detto approfonditamente nel par. 1.2 di questo stesso capitolo.

⁶¹ Cass. pen., I sez., n. 724 del 1998.

tuttavia, non esime dallo svolgere alcune considerazioni in merito alle conclusioni a cui la Cassazione è giunta, in quanto le argomentazioni utilizzate fanno chiarezza anche sull'interpretazione della lett. a) sull'*hate speech*. Infatti, l'attenzione è stata posta sulla portata e il significato dell'incitamento, non sul tipo di atto contestato, ovvero se di discriminazione oppure di violenza.

Più in particolare, i giudici avevano ritenuto che la protesta dei tifosi esulasse dalla manifestazione del dissenso politico in quanto non si era limitata alla semplice esposizione di uno striscione con cui si criticava il presunto sperpero del denaro pubblico a vantaggio della comunità ebraica, a scapito di alcuni quartieri disagiati di Roma. L'aver contestualmente bruciato il drappo, simbolo dell'ebraismo, rappresentava secondo i giudici un atto di incitamento alla violenza, «escludendosi, dato l'inequivocabile contesto, che il gesto potesse interpretarsi come critica nei confronti della politica dello Stato di Israele»⁶².

Sarebbe già sufficiente fermarsi a questo punto della motivazione per avanzare alcune prime osservazioni: quale sarebbe il giusto contesto per dare fuoco a un simbolo come espressione di dissenso politico? Lo stadio non rappresenterebbe anch'esso un luogo dove si può dissentire? E, in caso si rispondesse negativamente, in base a quali motivazioni? E se quegli stessi ultras, magari anche coi capelli rasati e ricoperti di tatuaggi raffiguranti simboli nazisti, avessero sfilato in una manifestazione organizzata per protestare contro le politiche d'Israele, il loro corteo sarebbe stato legittimo?

In ultimo, quello che sembra emergere dalle parole dei giudici è che una folla di tifosi particolarmente aggressivi non abbiano in alcun caso il diritto di dimostrare disprezzo verso gli ebrei. Quindi non è tanto il luogo o l'estemporaneità del gesto, ma è piuttosto il modo di comportarsi a configurare il reato. Però, se pur fosse opportuno considerare inaccettabile un atteggiamento provocatorio, questo sarebbe davvero sufficiente per stabilire la sua idoneità a incitare i presenti a commettere atti violenti? In questo caso non si è piuttosto di fronte al reato di vilipendio alla bandiera, punibile, secondo l'orientamento della Cassazione, qualora si dimostri schernimento, o gratuito disprezzo verso lo Stato che essa rappresenta⁶³? Ebbene, secondo i giudici «a nulla rileva che, nell'immediatezza del fatto, quell'incitamento e quella provocazione non siano stati raccolti dai presenti, non essendo il conseguimento di tali effetti richiesto dalla norma incriminatrice, che si limita a prevedere un reato di pura condotta e di pericolo astratto e non essendo revocabili in dubbio la carica provocatoria e la potenzialità di un gesto simbolicamente violento compiuto alla presenza di una vasta ed eterogenea platea»⁶⁴.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Cfr. Cass., sent. n. 23690/2011; Cass., sent. n. 35523/2007; Cass., sent. n. 22891/2006; Cass., sent. n. 48902/2003; Tribunale di Cagliari, sent. 29 ottobre 2003.

⁶⁴ Cass. pen., I sez., n. 724, cit.

Da queste poche ma significative righe della motivazione emerge in maniera chiara che, almeno in questo caso, l'impostazione precedente, secondo cui andava verificato il pericolo concreto in ossequio ai principi del diritto penale minimo, viene abbandonata a favore della tesi di un diritto penale simbolico. Ma non si era detto che l'intenzione del legislatore attraverso la modifica della legge Mancino del 1993 era quella di distinguere con più chiarezza i reati di *hate speech* e di *hate crime*, sostituendo perciò "incitamento alla discriminazione" con "incitamento a commettere atti discriminatori" per l'*hate speech*, e "incitamento alla violenza" con "incitamento a commettere atti di violenza" per l'*hate crime*? Se così è, di fronte a forme di tutela per loro natura preventiva ed anticipata, il giudice dovrebbe almeno preoccuparsi di dimostrare che la condotta provochi in concreto i fatti istigati⁶⁵. Le conclusioni della Cassazione nel caso di specie contraddicono questa premessa, spianando la strada per una più flessibile applicazione del criterio del pericolo.

Questo cambio di rotta, tuttavia, era stato in un certo senso preannunciato. Infatti, già precedentemente a questa sentenza, i giudici di legittimità avevano fatto intravedere la direzione verso cui si stavano indirizzando attraverso tre pronunce che aprono alla possibilità di considerare equivalenti la legge n. 645 del 1952 (legge Scelba) – relativa al divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista – e la legge Mancino, in quanto entrambe contemplano il divieto di attività razziste seppure queste abbiano una finalità diversa: la propaganda razzista vietata dalla legge Scelba è diretta alla ricostituzione del partito fascista, il divieto di propaganda a cui fa riferimento la legge Mancino è volto a impedire la commissione di atti di discriminazione o di violenza. A prescindere dunque dalla scopo, si afferma che la priorità è scongiurare che dalla diffusione di ideologie razziste derivi odio, violenza e persecuzione⁶⁶.

Come si diceva, già nella prima delle tre decisioni il riferimento al pericolo risulta descritto in modo molto generico (il pericolo che dalla manifestazione di idee razziste derivi odio, violenza, persecuzione), senza specificare se si tratta di una fattispecie di pericolo astratto, oppure di pericolo concreto. La propaganda, che potrebbe concretizzarsi in "diffusione" di idee razziali o "incitamento" alla commissione di atti di discriminazione razziale (per usare le parole scelte dal legislatore del 1993, mentre nella versione attuale si usano invece "propaganda" e "istigazione"), rileva penalmente se si dimostra che il pensiero espresso abbia come obiettivo quello di promuovere «ideologie contenenti il germe della sopraffazione od enunciazioni filosofico-politico-sociali (quali il primato delle razze superiori, la purezza della razza)»⁶⁷ che sfocerebbero in atti di discriminazio-

⁶⁵ In tal senso anche E. FIORINI, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, in «Cass. pen.», n. 1 del 1999, 984 ss.

⁶⁶ Cass. pen., I sez., 30 settembre del 1993, pubblicata in «Cass. pen.», n. 1 del 1995, 686 ss.

⁶⁷ *Ibidem*.

ne. In tal caso la punibilità del pensiero non limiterebbe il diritto della libertà d'espressione, la quale potrebbe vertere sulla questione della razza solo se, per usare le parole della Cassazione, «correlata a riferimenti antropologici, biologici e culturali», oppure se volta a manifestare «opinioni sul fenomeno dell'immigrazione, verso la quale si può professare opposizione che si basi ad esempio su motivi economici, di lavoro, sanitari, d'ordine e di sicurezza sociale»⁶⁸.

Riflettiamo di più su queste ultime parole: «si può professare opposizione all'immigrazione che si basi ad esempio su motivi [...] d'ordine e di sicurezza sociale», si può cioè dissentire nella misura in cui il fenomeno migratorio viene percepito come pericoloso per l'ordine e la sicurezza sociale. Allo stesso tempo però, il mantenimento dell'ordine e la salvaguardia della sicurezza sociale rappresentano gli scopi che l'ordinamento si prefigge limitando e punendo i pensieri d'odio.

Come uscire da tale *impasse*?

In questo caso i giudici considerano il pensiero razzista illecito *tout court*, senza neanche fare lo sforzo di giustificare l'applicazione del reato e ciò in quanto si è riconosciuto un principio d'azione nelle parole espresse dagli imputati. Infatti, riportando le frasi incriminate – «noi razzisti europei non siamo affatto pacifisti», «la presenza di allogeni è doppiamente grave. E se in questo scontro senza tregua gli allogeni rappresentano l'arma rivolta alla distruzione di quanto resta della nostra stirpe fin dalla sua essenza custodita nel sangue, noi razzisti siamo chiamati a contrastarne con tutti i mezzi gli effetti letali» – i giudici hanno esplicitamente riconosciuto che non ci si stava muovendo nell'ambito della libertà di pensiero, di opinione democratica, ma che si stava sconfinando nella manifestazione d'intolleranza razziale in contrasto con i principi di eguaglianza e democratico in senso lato.

Eguaglianza e democrazia, dunque, e non solo l'ordine pubblico sono i principi a cui si fa riferimento quando si valutano gli *hate speeches*. Tutti beni oggetto di tutela che, ancora per un breve periodo, continueranno ad essere garantiti attraverso il riscontro del pericolo – concreto o soprattutto astratto poco importa – affinché l'applicazione del reato resti ancorato a un parametro più obiettivo, anche se il più delle volte solo in apparenza.

Infatti, l'argomento del pericolo è quello principale utilizzato anche nelle altre due sentenze che la Cassazione penale pronuncia nel 1999 a distanza di pochissimi giorni, sull'applicazione della legge Mancino in luogo della legge Scelba⁶⁹.

I casi sono identici: la legge Scelba non è applicabile perché non si può dimostrare che il gruppo che propaga l'ideologia razzista persegue la finalità di ricostituire il partito fascista. Si può e si deve invece verificare, secondo i giudici, la possibilità di applicare la legge Mancino, qualora lo scopo dello stesso gruppo sia quello d'incitare a commettere atti di discriminazione. Così, in en-

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cass. pen., I sez., 2 giugno 1999, n. 1475; Cass pen., I sez., 16 giugno 1999, n. 7812.

trambe le decisioni, la Cassazione afferma che, come nella legge Scelba, anche nella legge Mancino l'intervento penale si giustifica per scongiurare il ricorso collettivo a pratiche di natura discriminatoria di tipo razziale. Quello che si deve dimostrare è che la propaganda assuma, sul piano penale, le caratteristiche dell'incitamento: «Entrambe riconducibili alla sfera dell'istigazione indiretta per il fatto di integrare un principio di azione, ovvero di essere caratterizzate dalla netta prevalenza di momenti emotivi e irrazionali, le due condotte si differenziano per il loro porsi come antecedenti più o meno immediati di fatti criminosi. Con questa differenza: mentre la propaganda identifica in sé un'azione volta a far proseliti, l'incitamento fa nascere e alimentare lo stimolo che spinge all'azione di discriminazione, e, quindi, realizza un fatto ontologicamente più grave»⁷⁰.

Riassumendo, la Corte compie tre passi: col primo riconosce alla legge Mancino l'obiettivo di vietare atteggiamenti razzisti, col secondo ne restringe la punibilità solo a quelli che indurrebbero a discriminazioni o violenza. Sembra così che il requisito del pericolo, addirittura concreto, torni in auge. Col terzo passo essa tuttavia torna indietro, limitandosi a dire che le frasi incriminate⁷¹ nel caso di specie costituiscono manifestazione di intolleranza razziale, professione di ideologia razzista in contrasto con i principi di eguaglianza e democrazia, senza però dimostrare come mai esse assumano le caratteristiche dell'incitamento quale principio d'azione imminente, come essa stessa avrebbe stabilito nelle linee interpretative date. Ancora una volta il criterio del pericolo viene preannunciato come cruciale per distinguere i casi punibili da quelli non punibili, ma viene ignorato di nuovo al momento della decisione del fatto.

Inoltre, non si capisce come mai la Cassazione abbia sentito la necessità di distinguere la propaganda atta a fare proseliti dall'incitamento alla discriminazione, affermando che la norma penale si applica solo quando c'è incitamento. Eppure è lo stesso legislatore che nella versione del 1993 accomuna propaganda e incitamento disciplinandoli entrambi alla lett. a) del primo comma dell'art. 3 della legge contro l'*hate speech*, prevedendo così la stessa pena edittale. In definitiva, anche in questa circostanza il giudice sembra smarrito a causa di una legge che lo mette di fronte a diverse strade interpretative.

2.2.2. *La Cassazione penale dagli anni 2000. Una diversa concezione di limite all'hate speech*

Durante i primi anni del nuovo millennio l'atteggiamento altalenante tra l'applicazione del pericolo concreto e del pericolo astratto si ridimensiona a favore del secondo. Questo verrà richiamato non tanto a protezione della pacifica con-

⁷⁰ Cass. pen., n. 7812, cit.

⁷¹ Queste le frasi pronunciate: «È un'infezione l'unione tra persone di razze diverse»; «Sono bastardi i meticci, cioè le persone di sangue misto».

vivenza, quanto a tutela della personalità degli individui offesi, per poi successivamente essere anch'esso abbandonato, in quanto i giudici inizieranno a interpretare i discorsi d'odio come reati a dolo generico.

Gli *obiter dicta* della giurisprudenza degli anni novanta avevano preparato il terreno per un'interpretazione della legge anti *hate speech* in senso personalista, così come si è rivelato cruciale il cambiamento contestuale della lettera della legge. Infatti, la modifica delle frasi "incitamento alla discriminazione" con "incitamento a commettere atti di discriminazione" avvenuta con la legge Mancino ha lasciato spazio sufficiente ai giudici per spostare la tutela su un diverso oggetto. È stato correttamente sostenuto che, attraverso la punibilità dell'incitamento alla discriminazione, in termini generali, il bene che la legge intende proteggere è solo la pacifica convivenza, poiché se si incita alla discriminazione sussiste il pericolo che chi accoglie la provocazione metta in atto delle rappresaglie. Con l'incitamento a commettere atti di discriminazione il bene da tutelare diventa anche l'eventuale soggetto discriminato, il quale va dunque protetto perché eguale agli altri e con pari dignità. Poco importa se l'incitamento alla commissione della discriminazione sia accolta in concreto dagli astanti, l'incriminazione riguarderebbe piuttosto "l'invito" a commettere singoli atti discriminatori, i quali sarebbero lesivi della personalità degli appartenenti ai diversi gruppi etnici⁷².

Avendo questa giurisprudenza individuato un diverso bene oggetto di tutela – che sarebbe protetto attraverso reati a dolo generico e pericolo astratto – traccia anche la strada per una nuova concezione del limite logico alla libertà d'espressione: il pensiero azione è punito non perché manifestazione di un atteggiamento emotivo e irrazionale che mette a rischio l'ordine pubblico, ma perché compromette l'inclusione a pieno titolo delle minoranze nella società, secondo quanto rivendicato dalla più recente dottrina americana⁷³.

Riassunta per sommi capi questa nuova impostazione della giurisprudenza, si vedrà ora più nel dettaglio come si sviluppano le argomentazioni dei giudici, di Cassazione e di merito, sia in relazione all'incitamento alla commissione di atti di discriminazione (istigazione nella versione odierna della legge) sia in relazione alla diffusione di idee fondate sulla diversità della razza (propaganda, nella versione odierna della legge) sia in relazione all'applicazione della circostanza aggravante.

2.2.3. *Il reato di diffusione di idee razziali, paradigma del limite logico personalista*

La sentenza spartiacque tra le due diverse concezioni di limite logico, quello finalizzato alla protezione dell'ordine pubblico e quello finalizzato alla tute-

⁷² In tal senso A. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in «Questione Giustizia», n. 2 del 1997, 476 ss.

⁷³ Si rimanda alla sez. II del primo capitolo.

la della persona, risale al 2001 ed è della prima sezione della Cassazione⁷⁴.

Il caso di specie offriva l'occasione per distinguere le tre diverse fattispecie a) della diffusione di idee razziste (reato di *hate speech*); b) dell'incitamento alla discriminazione (reato ibrido); c) della costituzione e partecipazione ad associazioni – nel caso di specie “*Skin heads Italia*” – il cui scopo è incitare alla discriminazione e alla violenza per motivi razziali, *ex art. 3*, comma 3 della nostra legge (reato di *hate crime*). Invece, la Cassazione, così come aveva fatto la Corte d'appello, le accomuna tutte quante e condanna i membri dell'associazione *Skin heads* per aver distribuito volantini durante alcune manifestazioni pubbliche.

Le argomentazioni addotte non si basano affatto sulla sussistenza del pericolo – concretamente o astrattamente inteso – di eversione dell'ordine democratico. Al contrario, avendo esplicitamente escluso la necessità di dover procedere a una simile verifica, il ragionamento principale della motivazione ruota attorno al concetto di discriminazione razziale inteso, conformemente agli obblighi internazionali assunti con la ratifica della Convenzione di New York, come confligente col principio d'eguaglianza. Ciò, pertanto, giustificherebbe la repressione della diffusione di idee o comportamenti contrari alla Costituzione. Anzi, è questa la prima volta in cui i giudici, in particolare di primo grado, disattendono l'eccezione di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 21 cost. proposta dagli avvocati difensori. Nella motivazione si legge che «il diritto di libera manifestazione del pensiero non può dilatarsi sino a comprendere la diffusione di idee ed altre condotte che neghino la personalità e la dignità dell'uomo, valori questi che sono affermati dalla Costituzione come principi fondamentali e non tollerano alcuna forma di gerarchia fondata sull'appartenenza ad un gruppo etnico, nazionalità e razza»⁷⁵. Dal canto suo, la Cassazione ribadisce quanto espresso nel primo grado, affermando che «il diritto alla libera manifestazione del pensiero, tutelato dall'art. 21 della Costituzione, non può essere esteso fino alla giustificazione di atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in una esternazione delle proprie convinzioni, ledano tuttavia altri principi di rilevanza costituzionale ed i valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno ed internazionale»⁷⁶. Dunque, per la Cassazione l'esternazione delle convinzioni equivale ad atti e comportamenti che ledono la pari dignità sociale, prescindendo dagli effetti che si esplicano in concreto⁷⁷.

⁷⁴ Cass. pen., I sez., n. 341 del 2001, rel. La Goia.

⁷⁵ *Ibidem*, par. 2 dello Svolgimento del processo.

⁷⁶ *Ibidem*, par. 1 dei Motivi della decisione.

⁷⁷ Sul significato costituzionale del rispetto della pari dignità sociale lesa dalla manifestazione del pensiero si tornerà diffusamente nel quarto capitolo, a cui qui si rimanda.

2.2.4. *Un'importante conferma: il noto caso Tosi*

Salito agli onori della cronaca per la notorietà del protagonista della vicenda, il cosiddetto caso Tosi⁷⁸, oggetto del presente paragrafo, risulta cruciale per comprendere l'applicazione delle norme anti *hate speech* in chiave personalista. Con almeno cinque pronunce (i primi tre gradi di giudizio, una seconda pronuncia della Corte d'appello di Venezia a seguito di un rinvio da parte della Cassazione, una seconda decisione della Cassazione), i giudici scoprono finalmente le carte prendendo una chiara posizione interpretativa su questo reato.

Il caso prende le mosse nel 2001 quando a Verona sei esponenti del partito della Lega, tra cui il sindaco uscente della città (che all'epoca era consigliere comunale all'opposizione), organizzano la raccolta di firme per chiedere all'amministrazione comunale di allontanare i Rom e i Sinti dal territorio, comprendendo tra questi anche gli iscritti regolarmente all'anagrafe.

La questione giuridica principale è stabilire la motivazione di questa iniziativa, se dettata dall'astio, o finalizzata a ripristinare la legalità attraverso lo sgombero dei campi Rom abusivi. Nel primo caso saremmo di fronte a espressioni che manifestano un'idea di superiorità razziale nei confronti di persone che andrebbero allontanate per il solo fatto di appartenere a questa etnia. Nel secondo caso, saremmo di fronte a dichiarazioni politiche atte a far emergere un problema di illegalità, seppure espresse in modo discriminatorio.

Più in particolare, per pubblicizzare la raccolta delle firme si era tenuta una conferenza stampa sull'iniziativa, erano state rilasciate diverse interviste ai quotidiani locali ed erano stati distribuiti volantini e affissi manifesti per la città e nei comuni limitrofi con il seguente testo: «No ai campi nomadi. Firma anche tu per mandare via gli zingari».

Già la sentenza di primo grado del Tribunale di Verona risulta importante per gli argomenti avanzati⁷⁹. Dopo aver svolto un'accurata ricostruzione della nozione storica e sociologica di razzismo, essa giunge al cuore della questione risolvendola sulla base dell'applicazione dei due limiti logici: l'uno a tutela del rispetto dell'ordine pubblico, noto da sempre a costituzionalisti e penalisti, l'altro a tutela del rispetto della persona, di nuova affermazione e, come visto, teorizzato oltreoceano. Il primo viene richiamato per respingere come manifestamente infondata la questione di costituzionalità del reato d'incitamento alla discriminazione rispetto all'art. 21 cost., ritenendo che «l'incitamento ha un contenuto

⁷⁸Tra i tanti commenti in dottrina in relazione alle sentenze Tosi, C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di cassazione*, in «L'indice penale», 2009, 207 ss.; L. PICOTTI, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, in «Dir. imm. citt.», 2005, 69 ss.; C. CARUSO, *Dialettica della libertà di espressione: il caso "Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 133 ss.

⁷⁹Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203.

fattivo d'istigazione ad una condotta che realizza un *quid pluris* rispetto alla mera manifestazione di opinione personale», rendendosi così pericoloso per l'ordine pubblico, «inteso quale buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza»⁸⁰. Il secondo serve per specificare che il reato d'incitamento è di pura condotta e di pericolo astratto, visto che «oggetto della tutela penale è anche, e soprattutto, la dignità di ogni uomo ad essere considerato come egli è per razza, etnia, per nazione e per credo religioso. [...] il bene della dignità umana, [al contrario dell'ordine pubblico], rileva sempre e comunque, indipendentemente dalla circostanza che la c.d. pace pubblica possa essere messa in pericolo dalla condotta vietata dalla legislazione antirazzista»⁸¹.

Ecco quindi una prima svolta, il limite logico personalista viene finalmente messo a nudo non tanto in riferimento al principio d'eguaglianza, quanto in riferimento alla dignità umana che «va rispettata, compresa come tale e tollerata, al di là che il singolo uomo abbia maturato una consapevole convinzione del proprio status, del proprio valore, dei propri diritti»⁸². Posta la questione in questi termini l'*hate speech* non potrà mai essere giuridicamente accettabile o modulabile a seconda del contesto in cui viene diffuso e ciò per due motivi: per l'impossibilità di dimostrare che simili pensieri non ledano la dignità umana; per l'impossibilità di far valere il diritto fondamentale di manifestare le proprie opinioni rispetto alla tutela della dignità dell'umanità intera⁸³. Inutile dire che quest'ultima prevale sempre.

Nella prima sentenza, tuttavia, si ragiona ancora sulla fattispecie dell'incitamento a commettere atti di discriminazione, in quanto pubblico ministero e giudici di primo grado accorpano in un'unica condotta i due reati di diffusione di idee discriminatorie e d'incitamento, considerando che l'affissione dei manifesti e la distribuzione dei volantini fosse strumentale alla realizzazione della raccolta delle firme. In sostanza, accogliendo le tesi dell'accusa, i giudici di primo grado rinvencono nella petizione e non nei manifesti il nucleo fondamentale della condotta criminosa.

La Corte d'appello, invece, scinde i due reati e, seguendo un'argomentazione che a parere della Cassazione risulterà illogica e da motivare nuovamente, condanna gli imputati solo per il reato di diffusione di idee razziali e non più per incitamento⁸⁴. Il contenuto della petizione non rappresentava infatti un illecito di per

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ Nel quarto capitolo si affronterà più approfonditamente il principio del rispetto della dignità umana a livello costituzionale, avanzando l'ipotesi che la lettura data dal Tribunale di primo grado di Verona abbia aperto alla possibilità di considerarla un valore super costituzionale non bilanciabile con altri.

⁸⁴ Corte d'appello di Venezia, IV sez., 30 gennaio 2007, n. 186.

sé, che istigava gli amministratori a compiere atti discriminatori nei confronti degli zingari Sinti. La difesa aveva convinto la Corte che il fine della petizione fosse esortare le autorità comunali a ripristinare la legalità, impegnandosi a non istituire nuovi campi abusivi e provvisori. La stessa difesa, però, non aveva convinto i giudici d'appello a ritenere insussistente anche il reato di diffusione di idee razziali. Secondo i giudici distrettuali, infatti, coi manifesti e i volantini «gli imputati si erano prefissi non solo uno scopo propedeutico all'oggetto della petizione, ma anche quello più vasto di propagandare idee dirette a mandare via gli zingari in quanto tali e comunque a discriminarli nei termini previsti dalla norma»⁸⁵. Conseguentemente, il fatto si sarebbe consumato nel momento stesso in cui l'idea discriminatoria è stata portata a conoscenza; anzi, nel caso di specie, è stata addirittura propagandata al pubblico al fine di condizionarne e influenzarne il comportamento⁸⁶.

Investita a sua volta della questione, la Cassazione conferma che il reato di propaganda si consuma nel momento stesso in cui l'idea viene divulgata, trovando così un ancoraggio giuridico per affermare che di fronte al reato di diffusione (oggi di propaganda), basta verificare l'esistenza di un dolo generico, senza più porsi neanche l'esigenza di accertare un pericolo astratto, «essendo sufficiente la consapevolezza della condotta determinata in maniera esclusiva o quanto meno assolutamente prevalente da ragioni di superiorità ovvero di odio razziale o etnico»⁸⁷. È per questo, inoltre, che il criterio del pericolo concreto non rileva minimamente, in quanto «l'oggetto specifico della tutela penale – e non solo per la diffusione (o propaganda), ma anche per l'incitamento (ora istigazione) – non è costituito dall'ordine pubblico, che ha una rilevanza indiretta, ma dalla tutela della dignità umana»⁸⁸.

Riassumendo sinteticamente, nel caso Tosi innanzitutto viene esplicitamente riconosciuta l'applicazione del limite logico personalista, che coinvolge non solo il rispetto del principio dell'eguaglianza, ma anche il rispetto della dignità. In secondo luogo, per la prima volta, si opera una distinzione tra il reato di diffusione e il reato d'incitamento, così come si riconosce sufficiente il dolo generico per il reato di diffusione (oggi propaganda) di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, mentre per l'incitamento (oggi istigazione) alla commissione di atti di discriminazione si richiede il dolo specifico. Da ultimo, viene definitivamente abbandonato il parametro del pericolo concreto per la tutela dell'ordine pubblico, nonostante fosse stato ancora invocato nella sentenza di primo grado.

⁸⁵ *Ibidem*, 32.

⁸⁶ In questo passaggio i giudici hanno specificato come la modifica alla legge n. 654 del 1975 derivante dall'approvazione della legge n. 12 del 2006 (con cui erano stati sostituiti i termini diffusione con propaganda e incitamento con istigazione) non avesse nel caso di specie alcun rilievo. Un orientamento questo che è poi stato confermato nella successiva sentenza della Cassazione relativa allo stesso caso.

⁸⁷ Cass. pen., III sez., 13 dicembre 2007, n. 13234.

⁸⁸ *Ibidem*.

Poste queste coordinate, sarà difficile per i casi futuri tornare indietro: la sufficienza del dolo generico e la tutela della dignità umana – invece che dell'ordine pubblico – genererà un numero di condanne superiori alle assoluzioni. La stessa Cassazione ribadisce che le idee punibili sono solo quelle che esprimono superiorità e odio (desiderare la morte o un grave danno per la persona, non semplice avversione o antipatia). Al tempo stesso non si può non osservare come il discrimine tra odio e avversione non sia definibile a priori e molto dipende dalle valutazioni soggettive del giudice più che dal contesto⁸⁹.

L'esempio è fornito dallo stesso caso Tosi. Coerentemente all'impostazione data dalla Cassazione – questo il punto particolare del caso di specie – il giudice di appello viene invitato a rivedere la decisione affinché accerti che il tipo di discriminazione divulgata fosse dettata da un vero sentimento di odio e superiorità razziale e non da un mero pregiudizio razziale. In sostanza, i giudici di legittimità invitano quelli distrettuali a verificare che le frasi pronunciate dall'ora uscente sindaco Tosi in conferenza stampa e quelle scritte sui manifesti e sui volantini volessero esprimere intolleranza verso l'appartenenza etnica dei soggetti (zingaro, nero, ebreo, ecc.) e non fossero finalizzate a denunciare i loro comportamenti, in quanto «la discriminazione per l'altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l'altrui criminalità»⁹⁰. In sintesi, bisognava identificare il tipo di messaggio che gli imputati volevano comunicare: allontaniamo gli zingari perché sono tutti ladri, o allontaniamo gli zingari ladri?

Con questa precisazione, invero assai curiosa, i giudici della Cassazione hanno tentato d'indicare la strada dell'archiviazione dei processi penali ogni qual volta si pronuncino frasi frutto di meri pregiudizi razziali, sempre più frequenti nelle odierne società multiculturali. Allo stesso tempo, però, non si è fatta alcuna menzione circa il dubbio che il reato della propaganda di idee discriminatorie possa confliggere con la libertà di manifestazione del pensiero, a maggior ragione quando tali espressioni indicano un dissenso o una presa di posizione politica, non importa quanto condivisibile. È come se si fosse imposto un codice di comunicazione, del politicamente corretto, che non può essere infranto.

In ultim'analisi la stessa Cassazione chiedeva ai giudici d'appello di verificare che quanto predicato dal partito di Tosi non fosse altro che una delle tante e ormai note montature leghiste contro gli immigrati. Frasi del tipo «no agli zingari», oppure «via gli zingari da casa nostra» e le dichiarazioni pubbliche di Tosi a favore di una «cacciata dei nomadi», potevano rientrare nell'ordinaria e ormai barbara dialettica politica per rafforzare stereotipi di lungo corso, quali ad esem-

⁸⁹ I giudici in genere trascurano il presupposto secondo il quale non tutti i discorsi estremi sono discorsi d'odio punibili. Per una distinzione tra discorsi d'odio punibili e non punibili cfr. J.T. NOCKLEBY, *Hate Speech*, in L.W. LEVY, K.L. KARST (a cura di), *Encyclopedia of the American Constitution*, vol. 3, Detroit, 200, 1277 ss.; cfr., altresì, I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009.

⁹⁰ *Ibidem*.

pio l'inclinazione dei Rom alla delinquenza. La propaganda fatta nel caso di specie poteva non aggiungere nulla di nuovo rispetto al modo di pensare di un certo elettorato, visto che le idee divulgate sono sintomo da tempo di una certa parte del patrimonio culturale della società occidentale. Si dubita quindi che avessero la forza di «condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di una vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata»⁹¹ tale da giustificare una condanna penale⁹². Eppure, la Corte d'appello adduce argomentazioni giuridiche finalizzate a dimostrare che la propaganda leghista non fosse frutto di un pregiudizio, bensì di un sentimento dettato da un odio così forte da desiderare di vedere Rom e Sinti soccombere. La stessa Cassazione, nuovamente investita, ha ritenuto la sentenza d'appello ben motivata nonostante avesse precedentemente invitato a distinguere con cura l'offesa dal semplice pregiudizio. È stato sufficiente verificare alcuni precisi elementi legati al contesto temporale, ambientale e politico. Infatti, volantini e manifesti riportavano la frase inequivocabilmente discriminatoria «via gli zingari da casa nostra», che non faceva alcun riferimento all'esigenza del ripristino della legalità. Inoltre, le accuse di furti mosse da Tosi in conferenza stampa non si rivolgevano a persone ben individuate o a gruppi definiti, mentre l'arco temporale durante il quale si sono succeduti i fatti non era stato affatto breve (da tempo erano note e diffuse le idee degli imputati i «ripulire la città» da Rom e Sinti)⁹³.

Si trattava dunque di odio o pregiudizio? La conclusione del caso non sembra aver aiutato a stabilire la difficile linea di demarcazione tra i due moventi; i giudici hanno precauzionalmente sottaciuto la differenza, accomunando tutte le azioni compiute sotto il cappello dell'odio.

2.2.5. *Ulteriori conferme*

Non è un caso che la complessa distinzione tra odio e pregiudizio di cui si diceva abbia condizionato le sorti di un'altra vicenda che coinvolgeva anche questa volta un consigliere comunale del partito della Lega di Trento.

Durante un'assemblea consiliare in cui si discuteva della situazione degli asili nido in città, l'imputato si spingeva ad etichettare con forti epiteti i Rom come «zingari» assassini, pigri, vanitosi, aguzzini perché, nonostante non mandassero i loro bambini nel nido allestito nel campo nomade della città, usufruivano tutti

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² Se il sistema giuridico fosse coerente e perseguisse questo tipo di reato in ogni circostanza (ormai molte da quanto si evince sfogliando i giornali tutti i giorni. È sufficiente limitarsi alla lettura di alcuni titoli di certe testate, oppure ascoltare interventi ed esternazioni di alcuni esponenti politici), il numero di condanne lieviterebbe a dismisura, anche perché, come la Cassazione ha stabilito, questi reati possono essere perseguiti d'ufficio nonostante la remissione di querela. Cfr. Cass. pen., V sez., 12 dicembre 2007, n. 5302; Cass. pen., V sez., 26 aprile 2011, n. 54694.

⁹³ Cass. pen., IV sez., 10 luglio 2009, n. 41819.

della mensa scolastica messa a disposizione. L'imputato suggeriva allora di avviare "un sequestro di Stato" per spezzare la catena generazionale che avrebbe dato altrimenti continuità a una sedicente cultura caratterizzata da condotte criminose. Per questi motivi egli veniva accusato del reato di propaganda d'idee fondate sulla superiorità e discriminazione razziale, *ex lett. a*), art. 1 della nostra legge anti *hate speech*.

In primo grado il Tribunale di Trento lo aveva assolto, affermando che le frasi del consigliere esprimessero mera insofferenza e non convincimento di una superiorità od odio. Tale conclusione era supportata da uno spunto argomentativo fornito dalla prima pronuncia della Cassazione sul caso Tosi, ovvero che non può qualificarsi come odio qualsiasi sentimento di avversione o antipatia, perché l'odio razziale sottintende il desiderio di morte o di grave danno per la persona. Secondo il giudice di primo grado, nel caso di specie non era ravvisabile tale elemento in quanto l'offesa rappresentava la premessa per convincere l'ente comunale a sottrarre i bambini nomadi dalle rispettive famiglie al fine di evitare il loro sfruttamento. Semmai, secondo il Tribunale, che pure ha ammesso la "volgarità, l'insolenza e il malvezzo" di alcuni aggettivi, questi integravano il reato di diffamazione e non quello di propaganda o incitamento all'odio razziale. L'operato del consigliere veniva quindi considerato alla stessa stregua di una polemica inutile, priva di elementi istigatori.

In appello i giudici confermano l'assoluzione dell'imputato, ma non perché le dichiarazioni non fossero infarcite di elementi discriminatori⁹⁴, bensì perché non erano accompagnate da atti propagandistici, volti a raccogliere consensi attorno all'idea divulgata. Ad esempio, poiché non si era accertata l'avvenuta divulgazione della seduta consiliare si è ritenuto che quanto espresso fosse rimasto tra le mura della sala del Consiglio comunale.

Nessun argomento prospettato in primo e in secondo grado convince la Cassazione, la quale accoglie le tesi accusatorie del Procuratore Generale sia in relazione al contenuto delle frasi espresse sia riguardo alla loro divulgazione. Sotto il primo profilo, riconoscendo la natura discriminatoria delle dichiarazioni del consigliere, essa ravvisa anche una espressa volontà di discriminare. Perciò, il comportamento adottato non poteva essere qualificato meramente diffamatorio, così come invece aveva sostenuto il Tribunale di Trento. Sotto il secondo profilo, la giustificazione addotta in appello non era ragionevole, visto il generale carattere pubblico delle assemblee consiliari e dei documenti prodotti.

In conclusione, la Cassazione non spiega lo sconfinamento dal terreno del pregiudizio a quello dell'odio, confermando ancora una volta che l'interpretazione data ai fatti in questo settore finisce per mutare a seconda di come sono

⁹⁴ Nella sentenza si legge che nel discorso pronunciato dal consigliere comunale vi era traccia di «un sentimento di avversione nient'affatto superficiale nei confronti dei soggetti di etnia sinti, determinata proprio dal loro essere zingari e non già da specifiche e concrete condotte». Cass. pen., I sez., 22 novembre 2012, n. 47894.

percepiti da chi li giudica. Nel caso di specie un consigliere comunale interviene polemicamente con impeto su un problema sentito – quello dei bambini nomadi che disertano la scuola – mettendo in risalto i pregiudizi su Rom e Sinti. Condotta questa certamente censurabile e che agli occhi del giudice è discriminatoria.

2.2.6. *Limite logico personalista vs. critica politica*

C'è un ulteriore aspetto che nella sentenza trentina viene in rilievo e che è stato parzialmente decisivo nella sentenza Tosi⁹⁵, nonché determinante in un caso che ha visto coinvolto l'ex sindaco di Treviso Gentilini: ovvero l'estrema importanza del ruolo sociale rivestito dall'imputato.

Da quanto si evince in queste tre decisioni, il fatto di svolgere attività politica aggrava la posizione dell'imputato invece che agevolarla. In genere, l'esercizio del diritto di critica politica è maggiormente tutelato per consentire all'uomo pubblico di accendere gli interessi dell'opinione pubblica su qualunque tema⁹⁶. Per i discorsi d'odio si parte dal presupposto contrario: proprio perché i personaggi noti esercitano un maggiore grado d'influenza su chi ascolta, la propaganda di idee – inaccettabili sul piano etico – risulterà ancora più efficace. La conseguenza sarebbe offrire al politico che esprime idee razziste la possibilità di compiere scelte discriminatorie una volta ottenuto il consenso dell'elettorato.

Guardando più da vicino ai tre casi qui citati, la qualifica di soggetto pubblico che propaganda un'idea razzista incide certamente nella vicenda Tosi: nella sentenza di primo grado viene infatti respinta la tesi difensiva incentrata sul legittimo esercizio del diritto di critica, accogliendo proprio la tesi opposta circa la maggiore capacità persuasiva del personaggio noto nei confronti dell'elettorato⁹⁷.

Ancora più esplicito è il giudice per l'udienza preliminare che ha condannato l'ex sindaco di Treviso Gentilini per istigazione a commettere atti di discriminazione durante un comizio elettorale. In questa decisione si fa leva soprattutto sulla qualità dell'imputato, tratteggiato come persona «di elevatissima considerazione, esponente di primo piano del partito manifestante, caratterizzato da un legame forte con il territorio e da una politica di tutela della specificità culturale e sociale del territorio»⁹⁸. Non accogliendo la tesi difensiva che avanzava l'ipotesi dell'esercizio di

⁹⁵ Sul punto sia consentito il rimando a P. TANZARELLA, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in «Dir. imm. citt.», n. 4 del 2010, 50 ss., 63.

⁹⁶ G.E. VIGEVANI, *Diritto di cronaca e intervista diffamatoria*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 87 ss., 95.

⁹⁷ Il punto è compiutamente analizzato da L. PICOTTI, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, cit.

⁹⁸ Tribunale di Venezia, sez. Gip, 26 ottobre 2009. In particolare il sindaco Gentilini veniva accusato di istigazione all'odio razziale per aver invitato durante un comizio a fare pulizia etnica

critica politica, il giudice ha puntualizzato come «il tono, l'impostazione oratoria, la tecnica dimostrativa e la perorazione sono espressioni sì di passione politica, volta peraltro, nell'occasione, a scatenare la passione della folla, la condivisione delle idee marcatamente discriminatorie, l'estensione del consenso a questo programma di sostanziale pulizia etnica, razziale e religiosa. [...] Il contesto è quello di un grande raduno politico, davanti ad una folla plaudente, coesa, adesiva e pertanto suggestionabile, pronta all'accoglienza di un siffatto verbo non certo in metafora ma in concretezza e consequenzialità»⁹⁹.

Sullo stesso tipo di argomentazione si è incentrata la motivazione della condanna della Cassazione nel caso del consigliere comunale trentino. Mentre i giudici dell'appello avevano considerato l'attività politica dell'imputato come un elemento di favore, il giudice di legittimità afferma che l'esercizio di una pubblica funzione dovrebbe indurre a una maggiore prudenza nell'esercitare la libertà d'espressione, oltre che a un maggiore impegno nell'assicurare il rispetto della dignità dei gruppi sociali minoritari¹⁰⁰.

In altri termini, per gli *hate speeches* la critica politica soccombe di fronte alla tutela della personalità di intere collettività in applicazione di quello che è stato definito in questo lavoro limite logico personalista. Eppure, soltanto nel 2000 il Tribunale di Treviso aveva assolto in un altro caso lo stesso Gentilini¹⁰¹. Allora il giudice ritenne che le frasi espresse non integravano il reato di *hate speech* (in particolare di incitamento a commettere atti di violenza, *ex* lett. b della n. 654 del 1975), sia perché mancavano riferimenti a fatti o persone determinate sia perché si trattava soprattutto di frasi pronunciate in modo estemporaneo ed occasionale¹⁰². Pur tuttavia quelle dichiarazioni furano rilasciate durante una conferenza stampa con un alto livello di pubblicità dallo stesso uomo politico, molto noto a livello locale, le cui idee razziste erano già ai tempi conosciute a livello nazionale.

Cosa avrà convinto i giudici in favore di questo cambio di rotta giurisprudenziale? Certamente è mutato il contesto di riferimento: di fronte all'acuirsi del fenomeno migratorio alcuni schieramenti politici hanno approfittato dell'onda di disprezzo e paura nutriti verso gli extracomunitari per portare avanti una campagna elettorale contraria ai temi dell'accoglienza. Tale contesto ha influenzato i giudici, indirizzandoli verso un'applicazione rigida della legge, convinti che il diritto penale possa arginare comportamenti ritenuti allarmanti socialmente.

Inoltre, come visto, questa giurisprudenza, oltre che essere perfettamente in linea con gli orientamenti recenti della Corte europea di Strasburgo, che consi-

degli extracomunitari. La condanna espressa in questa sentenza verrà poi confermata in appello e in Cassazione. V. *infra* par. 2.2.9 in questo stesso capitolo.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cass. pen., I sez., sent. n. 47894, cit.

¹⁰¹ V. *supra* par. 2.1.

¹⁰² Tribunale di Treviso, sent. 6 giugno 2000, n. 492, cit.

dera preponderante la qualifica soggettiva di chi manifesta un pensiero d'odio¹⁰³, è legittimata dalla specifica scelta legislativa di prevedere tra le pene accessorie alla legge Mancino anche quella di vietare la partecipazione dei condannati per *hate speech*, «in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni»¹⁰⁴.

Le prime conclusioni che si possono trarre da quest'orientamento dei giudici sono essenzialmente due: la prima è relativa al soggetto che propaganda e incita alla discriminazione, per cui si riserva all'uomo politico una posizione meno favorevole, o almeno equiparata a qualunque altro funzionario pubblico a cui può essere applicata la circostanza aggravante comune *ex art. 61 c.p., n. 9* «per aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto».

La seconda conclusione è di ordine più generale e riguarda il diverso ruolo che oggi si attribuisce alla libertà della manifestazione del pensiero. Nella concezione di democrazia pluralista, la libertà d'espressione e di dissenso rappresentano un utile strumento, se non il migliore, per contrastare il potere¹⁰⁵. Tale libertà dovrebbe essere perciò sconfinata, soprattutto quando è esercitata da uomini politici (la formula tanto ripetutamente usata dalla Corte di Strasburgo secondo cui chi esercita il diritto alla manifestazione del pensiero rappresenta il cane da guardia dell'ordinamento, sarebbe indicativo di ciò). Ma ormai è così solo in parte: nelle costituzioni pluraliste dignitarie europee del secondo dopoguerra si è via via affermata l'idea che questa stessa libertà incontra una prima linea di confine proprio quando il pensiero d'odio è espresso da personaggi pubblici, i quali solo astrattamente e nel lungo periodo possono mettere in pericolo l'ordine costituito.

2.2.7. *Limite logico personalista vs. simboli politici*

I casi appena esaminati – Tosi in particolare – suggeriscono che nell'applicazione del reato di propaganda rileva non solo la qualifica soggettiva dell'imputato, ma che è sufficiente la ricorrenza del dolo generico. Un filone di decisioni indice di questo tipo di orientamento riguarda la propaganda razzista negli stadi.

La Cassazione non ha il minimo dubbio nel confermare il divieto di accesso nei luoghi sportivi¹⁰⁶ all'imputato che, ripetutamente denunciato, durante una

¹⁰³ Corte Edu, *Feret c. Belgio* del 16 luglio 2009, per il cui commento si rimanda al cap. II, par. 2.4.4 di questo volume.

¹⁰⁴ Legge n. 205 del 1993, lett. d) dell'art. 1 *bis* (legge Mancino).

¹⁰⁵ Da qui le concezioni storiche e filosofiche a supporto del divieto di punibilità dei discorsi d'odio che si sono indagate nel primo capitolo e a cui qui si rimanda.

¹⁰⁶ Cfr. art. 6, comma 1 della legge n. 401 del 1989, «Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive».

partita di calcio scherniva un calciatore di colore. Il ragionamento proposto non lascia adito a dubbi: se si è d'accordo sulla definizione di razzismo, «ovvero quel complesso di manifestazioni o atteggiamenti di intolleranza originati da profondi e radicati pregiudizi sociali ed espressi attraverso forme di disprezzo e di emarginazione nei confronti d'individui appartenenti a comunità etniche e culturali diverse, assai spesso ritenuti inferiori», ne consegue che il contenuto di un'idea razzista "è solo violenza"¹⁰⁷. Non vi è spazio per altri tipi di conclusione giuridica: manifestare razzismo, anche solo a parole, è considerato di per sé un atto violento che dev'essere punito a prescindere dal fatto che si tramuti in un'azione concreta. Parlare è dunque già discriminare, o, per meglio dire, si discrimina parlando secondo lo schema del limite logico personalista.

Lo stesso tipo di ragionamento viene proposto nei casi relativi al saluto romano. Scartata l'ipotesi di applicare la legge Scelba, n. 654 del 1952 che vieta la ricostituzione del partito fascista, trova invece applicazione proprio la nostra legge anti *hate speech*, in quanto, secondo la formula ripetuta più volte dai giudici, «il saluto romano costituisce una manifestazione esteriore che rimanda, per comune nozione storica, all'ideologia fascista e quindi a un'ideologia politica sicuramente non portatrice dei valori paritari e di non violenza, ma, al contrario, fortemente discriminante ed intollerante, ovvero ad un regime totalitario che ha emanato, tra l'altro, leggi di discriminazione dei cittadini per motivi razziali»¹⁰⁸. Questo gesto rappresenta per i giudici la volontà di compiere «una manifestazione esteriore che, nel contesto e nell'ambiente in cui si è consumata, non solo era idonea a provocare adesioni tra le numerose persone presenti, ma era inequivocabilmente diretta a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale etnico»¹⁰⁹. In sintesi, il criterio del pericolo (concreto o astratto) non viene minimamente considerato, né viene fatto il tentativo di indagare sull'effettiva intenzione di incitare all'odio. Si ritengono sufficienti il gesto oppure l'ostensione dei simboli caratteristici della dottrina fascista ad integrare la fattispecie di reato. Proprio a quest'ultimo riguardo, in almeno due casi la Cassazione conferma la condanna ai danni di coloro che negli stadi espongono il tricolore col fascio littorio nella parte bianca¹¹⁰ in applicazione della legge Mancino, che all'art. 2 punisce chi, in luoghi pubblici, «ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle associazioni che, in base all'art. 3 comma 3 della legge n. 654 del 1975, hanno tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

¹⁰⁷ Cass. pen., III sez., n. 1872 del 2007.

¹⁰⁸ Cfr. *ex multis*, Cass. pen., III sez., 11 ottobre 2007, n. 37390; Cass. pen., I sez., 17 giugno 2009, n. 25184; Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2012, n. 35549.

¹⁰⁹ Cass. pen., I sez., n. 25184, cit.

¹¹⁰ Cfr. Cass. pen., III sez., 8 marzo 2007, n. 9793; Cass. pen., III sez., 10 luglio 2007, n. 37390.

Da un punto di vista formale, non vi sarebbe nulla da eccepire sull'automatismo dell'applicazione della legge, vista la fattispecie di riferimento. Tuttavia, gli imputati di entrambe le vicende non erano affatto iscritti alle associazioni a cui la legge fa riferimento. Sarebbe allora la semplice adesione, pure informale, a gruppi del genere ad essere considerata punibile in base alla legge. Ma allora si è davvero sicuri che questo criterio venga sempre fatto rispettare?

Si prenda il caso di Forza Nuova, gruppo politico di estrema destra che frequentemente sostiene politiche per espellere gli immigrati. Alcuni dei suoi esponenti sono stati sì condannati, ma in riferimento alla sola aggravante per finalità razziali a seguito di un'aggressione e non per il reato principale di *hate speech*, ex art 3, comma 1, lett. a) della nostra legge. Il reato di propaganda di idee razziali o d'istigazione alla commissione di atti di discriminazione non è stato invece riscontrato, nonostante una parte della giurisprudenza avesse fatto leva sui suoi elementi costitutivi per giustificare la condanna¹¹¹.

Ancora un altro esempio. La nota organizzazione Casapound rientra tra le associazioni che fanno della superiorità razziale il proprio manifesto. Nella sezione "chi siamo" della loro pagina internet si possono leggere frasi del tipo: «ci troverai per strada, impegnati in azioni contro il degrado, in collette alimentari per le famiglie *italiane* bisognose, sulle barricate [...] a contrastare lo sfiguramento dei quartieri con l'arrivo di *falsi profughi*», oppure «solo Casapound può portare in Italia il vento della sovranità e identità che si respira in tutta Europa»¹¹². Eppure, questa associazione non ha subito condanne ed è molto attiva politicamente; in molte realtà vede anche la presenza dei propri esponenti nei consigli comunali. A fronte dei tanti casi in palese violazione della legge, almeno per quanto riguarda il reato associativo, ex art. 3, comma 3 della legge n. 654 del 1975¹¹³, non si riscontrano denunce e conseguenti condanne. Ciò, quindi, apre a un altro dubbio sull'utilità di una legge anti *hate speech*.

¹¹¹ Corte d'appello di Venezia, 2 giugno 2000. Nella sentenza si fa soprattutto riferimento al manifesto politico dell'associazione e al fatto che all'epoca dell'aggressione la città di Padova fosse stata tappezzata di cartelli marcatamente razzisti. In particolare, sui cartelli affissi in giro per la città si leggeva: «Che cosa ne pensate degli africani? Che vadano via tutti, meno negri meno tasse. Negri bestie, l'unica soluzione contro l'immigrazione è uccidere».

¹¹² <https://www.docdroid.net/iEyLzrj/brochurechisiamo.pdf.html#page=2>.

¹¹³ La disposizione così recita: «È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni».

2.2.8. *L'applicazione delle circostanze aggravanti: il definitivo abbandono del criterio del pericolo*

Non è solo per i casi di propaganda che il criterio del pericolo viene del tutto abbandonato. Anche nelle decisioni relative all'applicazione delle circostanze aggravanti si è ormai consolidata una giurisprudenza che tiene conto solo del manifesto pregiudizio espresso da chi ingiuria o diffama un appartenente ad altra etnia con toni razzisti, non rilevando affatto l'idoneità delle parole a provocare un'azione violenta o discriminatoria.

Su un totale di poco più di una decina di sentenze della Cassazione, il problema di verificare le conseguenze delle parole violente diventa secondario, dando luogo a soluzioni contraddittorie tra loro. Se infatti si vuole qui approfondire questo punto non è per mettere in dubbio l'applicazione della circostanza aggravante – la sola che si ritiene possa legittimamente aprire le porte alla punibilità di un'offesa che ha le sue origini nell'intento discriminatorio – ma per sottolineare come anche in questi casi i giudici non seguono tutti gli stessi criteri. Un esempio per tutti è il modo in cui l'epiteto «sporco negro» (declinato nei diversi casi anche al femminile e al plurale) è stato valutato.

In un primo caso, risalente ancora al 2005, durante una rissa l'aggressore si era rivolto ad alcune signore colombiane appellandole «sporche negre» e affermando, inoltre, «cosa fanno queste negre qua»¹¹⁴. L'accusa era quindi quella di ingiuria aggravata dalla finalità di discriminazione razziale, confermata in appello in quanto la frase adoperata «denota chiaramente che l'aggressione fu motivata da intolleranza e risentimento razziale»¹¹⁵. Ma la Cassazione non è affatto d'accordo con questa motivazione, sostenendo che «non può considerarsi sufficiente che l'odio etnico, nazionale, razziale o religioso sia stato, più o meno riconoscibilmente, il sentimento che ha ispirato dall'interno l'azione delittuosa, occorrendo invece che questa [...] si presenti come *intenzionalmente* diretta o almeno *potenzialmente idonea* a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto, riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro e nell'immediato, al *concreto pericolo* di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione»¹¹⁶.

Intenzionalità, idoneità a suscitare in altri lo stesso sentimento d'odio, concreto pericolo che si mettano in atto comportamenti discriminatori sono, dunque, i tre ingredienti essenziali affinché l'aggravante possa essere applicata. Inoltre, l'odio a cui la stessa Corte fa riferimento è quel «sentimento estremo di avversione implicante il desiderio del maggior male possibile per chi ne forma oggetto; ragion per cui non può l'interprete qualificare *sic et simpliciter* come odio qualsiasi sentimento o manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiu-

¹¹⁴ Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2005, n. 44295.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, Corsivo nostro.

to». In definitiva, è come se con questa decisione la Corte fosse tornata indietro, utilizzando più o meno le stesse argomentazioni addotte nel 1999 nel caso riguardante l'extracomunitario in bicicletta di cui si è già detto¹¹⁷.

Appena tre mesi dopo, però, sempre la stessa quinta sezione della Cassazione, nonostante i requisiti posti nella sentenza precedente, giunge ad una soluzione opposta¹¹⁸. Il caso è quello di una bambina dell'età di sei anni a cui è stata rivolta la frase «vai via di qua sporca negra». La Corte si sofferma lungamente sul significato proprio della locuzione di «sporco negro», affermando due principi: che negro è certamente un termine dispregiativo tramandato dall'epoca coloniale fino ai giorni nostri e che denota inferiorità razziale; che il suo utilizzo esprimerebbe l'intenzione di aggravare l'offesa per fini razziali «[inquinando] il costume sino al punto da radicare manifestazione di gruppo»¹¹⁹. Quindi «sporco negro» è frase idonea a fare proseliti razzisti. Che si tratti di discriminazione o di odio poco importa in questo caso per la Corte, visto che «il confine tra i due concetti è spesso non identificabile, senza che perciò si possa giungere a escludere l'ulteriore disvalore che permea il fatto»¹²⁰.

Ad allargare ancora di più le maglie per l'applicazione dell'aggravante è poi una sentenza del 2010 in cui, sempre in riferimento all'uso dell'epiteto «sporco negro», la Cassazione specifica che «non è necessario che la condotta incriminata sia destinata o, quanto meno, potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare il riprovevole sentimento o, comunque, il pericolo di comportamenti discriminatori o di atti emulativi»¹²¹. Cade quindi anche l'ultimo steccato dell'idoneità a suscitare proseliti che resisteva saldo fino a un caso deciso un paio d'anni prima, in cui la condotta criminosa degli aggressori era stata accompagnata con la frase aberrante «schiaccia il negro». In tal caso la Cassazione aveva confermato l'aggravante proprio perché essa favoriva nei presenti identico sentimento di disprezzo per motivi razziali¹²².

In conclusione, volendo sintetizzare il più possibile la posizione odierna della Cassazione sull'applicazione delle circostanze aggravanti, si può dire che è sufficiente sostenere da un lato che il bene leso non è l'ordine pubblico, bensì l'integrità morale dell'offeso¹²³; dall'altro, che la finalità dell'espressione ingiuriosa o

¹¹⁷ Cass. pen., n. 434 del 1999, cit.

¹¹⁸ Cass. pen., V sez., 17 marzo 2006, n. 9381.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Cass. pen., II sez., 21 luglio 2010, n. 2798.

¹²² Cass. pen., V sez., 7 ottobre 2008, n. 2745. Cfr. anche Tribunale di Venezia, Sez. Gip, 10 gennaio 2011, n. 2189.

¹²³ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., V sez., 5 aprile 2005, n. 19378; III sez., 4 aprile 2006, n. 11919, in cui si riscontra l'aggravante da discriminazione per motivi religiosi. Nel caso di specie veniva intimato a due donne islamiche, con parole e gesti offensivi, di togliere il velo.

diffamante è il rimarcare l'intolleranza nei confronti di chi appartiene ad altre razze ed etnie in termini di pregiudizio manifesto, non necessariamente di odio¹²⁴.

Nondimeno ci sono casi in cui l'aggravante prevista dalla legge Mancino, che ha come oggetto esclusivamente l'espressione di idee, viene applicata anche quando l'azione delittuosa (tentata rapina *ex art.* 628 c.p. e conseguenti lesioni personali volontarie *ex art.* 582 c.p.) si è consumata in assenza di esplicite manifestazioni verbali. Ossia, la comunicazione della discriminazione e del manifesto pregiudizio avverrebbe attraverso il tipo di atto commesso, nel caso di specie «di microcriminalità caratterizzato da violenze gratuite in effetti significative di un atteggiamento spregiativo eccedente il fine patrimoniale»¹²⁵.

Sembrano davvero lontani i tempi in cui il giudice di legittimità chiedeva di valutare in modo rigoroso il collegamento causale tra il fine discriminatorio e l'azione violenta, non dando per scontato che il movente è il pregiudizio razziale. Diversamente da allora il rapporto di causalità ha subito un'inversione, motivo per cui si risale al fine, ovvero la discriminazione razziale, basandosi esclusivamente sulla provenienza extracomunitaria della vittima aggredita.

Inoltre, avendo abbandonato il criterio secondo cui la manifestazione d'odio, per essere punita, deve avere una natura propagandistica atta a fare proselitismo d'odio, l'aggravante viene applicata anche per le minacce ingiuriose ricevute in comunicazioni private. È il caso, ad esempio, di un docente di storia offeso e minacciato telefonicamente per aver svolto ricerche sulle persecuzioni razziali anti-semita avvenute in Italia, in particolare quelle alla risiera di San Saba¹²⁶. Oppure, il caso della lettera con insulti e minacce razziste inviata all'Istituto Giuliano di storia, cultura e documentazione di Trieste¹²⁷. In entrambi i casi l'aggravante è stata riconosciuta senza alcuna difficoltà, essendosi i giudici basati sul mero contenuto delle idee espresse.

2.2.9. I giudici ordinari penali e il reato di propaganda e d'istigazione

I principi elaborati dalla Cassazione in questi decenni, secondo i passaggi fin qui esposti, appaiono così ben consolidati da permettere ai giudici di merito di applicarli senza la necessità di ricorrere ad argomentazioni accurate per giustifi-

¹²⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., V sez., 23 settembre 2008, n. 38591; V sez., 9 luglio 2009, n. 38597; V sez., 12 giugno 2013, n. 25870; V sez., 4 febbraio 2013, n. 30525.

¹²⁵ Cass. pen., II sez., 13 maggio 2012, n. 16328.

¹²⁶ Cass. pen., V sez., 19 ottobre 2011, n. 563. Il caso risulta peculiare anche perché la vittima non apparteneva alla razza discriminata. Ma in tal caso i giudici ribadiscono che la circostanza aggravante andava comunque applicata perché è indubbio che la condotta minacciosa sia stata mossa esattamente dalla finalità di esprimere alla vittima odio razziale, essendo del tutto indifferente la ragione per la quale, nelle intenzioni personali dell'agente, la persona offesa sia stata ricompresa tra quelli del bersaglio principale (gli ebrei nel caso di specie).

¹²⁷ Cass. pen., V sez., 21 maggio 2012, n. 19265.

care l'applicazione della legge anti *hate speech* e della legge Mancino sulle aggravanti. Infatti, la parte in motivazione risulta ormai essere un *cut and paste* dei passaggi argomentativi più salienti delle sentenze dei giudici di legittimità.

Innanzitutto, vengono puntualmente ribadite le affermazioni in relazione alla propaganda e all'istigazione. Il Tribunale di Firenze non ha dubbi nel condannare il titolare di una concessione radiofonica di Scandicci (Radio Studio 54 FM) per la propaganda di idee d'odio rivolte sia a Rom e Sinti sia ad extracomunitari che popolano la città¹²⁸. La tecnica argomentativa usata dal giudice monocratico è davvero rudimentale. Dapprima vengono elencate le frasi incriminate¹²⁹, di seguito si richiamano tre sentenze della Cassazione che più sostengono la decisione di condanna¹³⁰, tanto da poter limitare la propria argomentazione a un semplice «gli imputati vanno pertanto ritenuti responsabili».

Dello stesso tenore è il giudizio espresso dalla seconda sezione del Tribunale ordinario di Roma in un caso definito di propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale e religioso e di istigazione alla commissione di atti di discriminazione (lett. a, art. 3, comma 1 della legge anti *hate speech*) e di atti di violenza (lett. b, art. 3, comma 1 della stessa legge). In quella circostanza, nella giornata della memoria, la Sinagoga, l'Ambasciata d'Israele e il Museo ebraico di Roma ricevettero una lettera dal contenuto antiebraico accompagnata da tre teste di maiale sottovuoto. Nella motivazione si afferma succintamente che la commissione dei reati si evince dal clamore mediatico che la missiva ha ottenuto perché spedita durante la giornata della memoria¹³¹.

Altrettanto sintetica è la motivazione espressa dal Gip del Tribunale di Arez-

¹²⁸ Tribunale di Firenze, 7 gennaio 2014, n. 14/000002.

¹²⁹ *Ibidem*. In particolare, l'imputato aveva proferito frasi del tipo: «Sti zingari li troviamo ai semafori o a scippare»; «Campano solo andando a rubare»; «Questi personaggi stranieri ... vengono solo a romperci i coglioni»; «Un tempo non eravamo invasi da tutti questi clandestini extracomunitari mentre ora c'è stato un aumento impressionante di cose brutte da quando questi signori della sinistra hanno fatto arrivare cane e porci»; «Nel parcheggio di Careggi se al nero che poverino lui non c'entra nulla ... non gli compri nulla e quando torni fuori trovi la macchina graffiata»; «I tunisini sono scappati dalle loro galere, sono tutti belli in carne, se ne devono tornare nel loro paese invece di venire a rompere i coglioni a noi»; «Non c'è motivo che uno deve dare una casa popolare a uno straniero».

¹³⁰ *Ibidem*. La prima sentenza citata della Cassazione è la n. 47894 del 22 novembre 2012 in cui si sostiene che «integra il reato di propaganda quella che diffonde un'idea di avversione tutt'altro che superficiale, [...] indirizzata verso tutti coloro che appartengono indifferenziatamente ad una etnia, quindi verso il loro modo di essere, [...] avversione apertamente argomentata sulla ritenuta diversità ed inferiorità»; si continua poi citando la sentenza della Cassazione n. 41819 del 10 luglio 2009 (caso Tosi), in cui si ribadiva che la frase «via gli zingari da casa nostra», non essendo riferita a soggetti ben individuati, esprimesse il pregiudizio secondo cui tutti gli zingari sono dediti ad attività criminogene. Da ultimo, la sent. 7 maggio 2008, n. 37581 viene citata per affermare che il cambio nella disposizione legislativa del termine diffusione con propaganda non ha prodotto alcun cambiamento.

¹³¹ Tribunale ordinario di Roma, II sez., 19 maggio 2014, n. 10664/14.

zo che condanna per istigazione alla commissione di atti di violenza contro i Rom l'imputato che sul giornale parrocchiale della città aveva inneggiato alla figura di Himmler. Ecco le sue parole: «esistono a carico dello stesso *inequivoci* elementi di responsabilità, desumibili dal contesto del documento contenente la propalazione discriminatoria che *correttamente s'inquadra*, in punto di qualificazione giuridica entro il paradigma dell'art. 3, L. 13.10.75 n. 654 lettera b)»¹³². Inequivocità e correttezza dell'inquadramento sono gli unici spunti offerti dal giudice, senza che questo faccia il benché minimo sforzo di dimostrarne la fondatezza.

Appare invece un poco più accurata la sentenza di appello espressa nei confronti di Giancarlo Gentilini con la quale viene confermata la condanna per propaganda e istigazione alla discriminazione già inferta dal Tribunale di Treviso e di cui si è già detto precedentemente¹³³. Anch'essa non aggiunge tuttavia argomenti decisivi nuovi, riprendendo pedissequamente quanto ribadito in una giurisprudenza che si può ormai definire consolidata e che punisce frasi che esprimono pregiudizio razziale per il sol fatto di essere state espresse, in applicazione del limite logico personalista.

La sentenza è abbastanza ripetitiva circa gli argomenti utilizzati, tranne che per la posizione espressa nella tesi difensiva. Gli avvocati dell'imputato avanzano un'istanza di remissione del giudizio alla Corte costituzionale per la presunta incostituzionalità della legge rispetto all'art. 21 cost. Un tentativo, però, molto flebile vista l'apoditticità dei contenuti della richiesta. In primo luogo, essi sostengono che il giudice di primo grado abbia confuso il legittimo libero convincimento con la propria opinione personale, senza però dimostrare l'assunto; in secondo luogo, pur sostenendo che il reato si consumi alla sola presenza di un dolo specifico e non generico, non si addentrano in alcun ragionamento giuridico per dare seguito a questa tesi. Inoltre, insistono sul fatto che per un personaggio politico debba sempre prevalere il diritto di critica, altrimenti si ridurrebbe eccessivamente la possibilità di denunciare comportamenti illeciti nell'ambito di comizi dove di solito i toni sono accesi.

Pertanto, non avendo addotto argomentazioni ulteriori che potessero evidenziare il rischio di confondere l'atto di esprimersi con l'atto di discriminare, con la conseguenza di escludere in qualunque caso i discorsi d'odio dalla protezione dell'art. 21 cost., il giudice si rifiuta di accogliere la richiesta, rifugiandosi nella consueta interpretazione secondo cui «la libera espressione politica trova il suo

¹³² Tribunale di Arezzo, sez. Gip, 5 luglio 2012, n. 364/12 (corsivo nostro). Nell'articolo pubblicato l'imputato affermava «... Allora senza tanti pietismi torna in mente quell'uomo che tentò invano a suo tempo una vera pulizia etnica. Si chiamava Himmler. Dette questo ordine: aggiungete ad ogni convoglio un vagone di rom. Sappiamo bene dove il convoglio era diretto. Verrebbe da dire: ma benedetto Himmler perché uno solo invece di due!».

¹³³ Corte d'appello di Venezia, 22 aprile 2013, n. 588/13 contro cui era stato proposto ricorso in Cassazione, respinto però in data 21 marzo 2014.

limite nell'obbligo di rispetto degli altri valori costituzionalmente garantiti e di pari rango».

2.2.10. (segue) *L'applicazione delle circostanze aggravanti*

Come si diceva, grazie alla possibilità di ancorarsi saldamente ai principi fissati dalla Cassazione in questi anni, i giudici di merito non mostrano incertezze nell'applicazione della legge anti *bate speech*. Lo fanno in modo quasi automatico, riprendendo le frasi più incisive della Cassazione usate nelle varie sentenze ed evitando di approfondire quale sia "l'intenzione" dei diversi imputati, ossia esprimere un pregiudizio, oppure avere un proposito discriminatorio. Ciò accade anche nei casi in cui si deve valutare l'applicazione della circostanza aggravante.

Molto stringata è, ad esempio, la sentenza del Tribunale di Padova che condanna per ingiuria aggravata il controllore dipendente dell'azienda dei trasporti cittadini per aver insultato un passeggero extracomunitario mentre gli chiedeva di visionare il titolo di viaggio¹³⁴. Le parole dell'imputato vengono considerate stigmatizzanti in quanto mosse dalla convinzione che il querelante, perché dalla pelle scura, fosse per natura maleducato e irrispettoso delle regole. Egli, infatti, affermava, «sono sempre le persone di colore che fanno questo, non hai visto che tutti i bianchi hanno mostrato il biglietto?»¹³⁵. Così, il giudice collegiale non ha dubbi nel riferirsi al precedente della Cassazione con la quale si era stabilita la sussistenza dell'aggravante «qualora l'offesa si manifesti quale consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto anche riguardo al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità»¹³⁶.

Questo stesso principio è stato utilizzato ancora una volta dal Tribunale padovano per giustificare la condanna per diffamazione aggravata ai danni di un imprenditore edile che, dopo aver mandato via dalla propria azienda due sindacalisti di colore, aveva dichiarato a un quotidiano locale – il *Mattino di Padova* – «un sindacalista negro è una barzelletta. A che livelli siamo arrivati?»¹³⁷. In più, i giudici sposano esplicitamente l'orientamento, definendolo ormai consolidato, secondo cui va escluso l'accertamento sulle conseguenze diffusive della condotta in termini di idoneità della stessa a realizzare un rischio, o pericolo, di reiterazione di comportamenti analoghi da parte degli altri consociati. Contestualmente rigettano l'orientamento, ritenuto superato, di dover rintracciare

¹³⁴ Tribunale di Padova, sez. pen., 30 gennaio 2012.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Cass. pen., V sez., n. 11590 del 2010.

¹³⁷ Tribunale di Padova, sez. pen., 17 febbraio 2012, n. 206/12.

il pericolo concreto di emulazione del comportamento discriminatorio¹³⁸.

Un'altra conferma dell'abbandono definitivo del criterio del pericolo, presunto o concreto, si può rinvenire nel Tribunale di Venezia attraverso la condanna di alcuni militanti leghisti per lesioni aggravate dall'odio razziale, responsabili per aver assalito due camerieri stranieri durante la manifestazione nazionale della Lega nel 2009. A onor del vero, il giudice per le indagini preliminari aveva dal canto suo riconosciuto il reato ragionando soprattutto rispetto al contesto in cui le frasi razziste sono state pronunciate, ovvero la spedizione punitiva da cui è scaturita l'aggressione¹³⁹. Dalla lettura delle deposizioni il caso si presenta come uno di quelli che la Corte Suprema statunitense categorizzerebbe di *clear and present danger*: la reazione violenta del gruppo pare essere stata rafforzata proprio da sentimenti di preconcetta ostilità e intolleranza. Dunque, il Gip non aveva avuto dubbi sull'opportunità di richiamare la giurisprudenza della Cassazione più restrittiva che considera il fattore emulativo come requisito principale per constatare la finalità dell'odio etnico. Nello specifico aveva ritenuto che «nel caso di specie, le affermazioni offensive [...] ebbero a tradursi in palese incitamento per il resto del gruppo ad agire violentemente portando a compimento [...] condotte che [...] si presentavano come intenzionalmente dirette, o quantomeno potenzialmente idonee, a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri il riprovevole sentimento di odio etnico/nazionale»¹⁴⁰.

Tale sentenza di condanna viene confermata anche dal Tribunale in composizione collegiale, con una motivazione che però si distanzia da quella del Gip; i giudici richiamano l'orientamento più lasco della Corte di legittimità, secondo cui è punibile un atto verbale che esprime un sentimento di aversione, ovvero immediatamente percepibile come connaturato all'esclusione di condizioni di parità¹⁴¹.

Questa formula è ripresa anche dalla Corte di appello di Milano per giustificare l'aggravante in un altro caso di aggressione avvenuto in un parco nell'area del Sempione di Milano nei confronti di un gruppo di filippini. Il caso viene risolto non solo attraverso tale richiamo, ma altresì riprendendo quella giurisprudenza che specifica il disvalore creato dalle frasi razziste come «sporco negro»¹⁴².

La stessa impostazione è seguita dal Tribunale di Roma che si accontenta di valutare la carica offensiva di alcune frasi rivolte a un bengalese, «esclusivamente indirizzate a disprezzare la sua provenienza e dalle quali traspare il senso d'in-

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Tribunale di Venezia, sez. Gip, 17 dicembre 2010, n. 2189/2010.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Tribunale di Venezia, I sez. pen., 19 marzo 2013, n. 22/13.

¹⁴² Corte d'appello di Milano, III sez. pen., 3 febbraio 2015, n. 212/15. L'aggressione era stata accompagnata da insulti e minacce con i quali si rivendicava il diritto di sostare nel parco esclusivamente agli italiani.

feriorità della razza bengalese»¹⁴³. In particolare, i giudici riprendono la sentenza della Cassazione in cui si affermava che «restano irrilevanti le ragioni, che possono essere anche di tutt'altra natura, alla base della condotta»¹⁴⁴.

Il principio suddetto serve infine anche al Tribunale di Milano per risolvere un ennesimo caso che riguardava l'europarlamentare Borghezio, il quale nel corso della trasmissione radiofonica "La Zanzara", in onda su Radio 24 (emittente nazionale), offendeva indistintamente Rom e Sinti¹⁴⁵. Infatti, secondo i giudici meneghini, «bisogna prescindere dal movente che ha innescato la condotta, ciò che conta è che il reato sia stato oggettivamente strumentalizzato all'odio o alla discriminazione razziale».

2.2.11. (segue) *Una rara eccezione*

Soltanto in una decisione, tra quelle raccolte, non è stata riscontrata l'aggravante nonostante le frasi espresse fossero indicative del disprezzo nutrito nei confronti degli immigrati.

Il caso è quello di un'insegnante che maltratta uno studente – adottato da cittadini italiani – per le sue origini¹⁴⁶. Il Tribunale di Genova, pur riconoscendo le finalità discriminatorie della docente e pur nella consapevolezza che «gli insulti e le offese razziste sono certamente al di fuori di qualsiasi funzione educativa ed anzi la contraddicono gravemente»¹⁴⁷, ritiene che la condanna per maltrattamento possa ritenersi sufficiente, facendo al contempo assorbire il reato di ingiuria aggravata.

È questa, dunque, un'eccezione nel panorama giurisprudenziale dell'ultimo decennio che punisce l'*hate speech*, sia che si consideri lo schema classico di causalità secondo cui all'istigazione potrebbe seguire, o segue necessariamente, un comportamento discriminatorio o violento (ovvero, la parola come principio d'azione) sia che il nesso di causalità lo si legga al contrario, ovvero che se c'è stato o si prefiguri un atto di discriminazione o di violenza ai danni di stranieri il movente è per forza di cose quello razziale – un tipo di nesso che, come si è detto, è quello che ormai i giudici considerano.

¹⁴³ Tribunale di Roma, IX sez. pen., 12 novembre 2014, n. 16260/14.

¹⁴⁴ Cass. pen., n. 30525, cit.

¹⁴⁵ Tribunale ordinario di Milano, X sez., 26 giugno 2015, n. 7624/15. Ecco alcune frasi proferte durante la trasmissione: «Quelle facce di cazzo che qualche Presidente della Camera riceve»; «Una certa cultura tecnologica nello scassinare gli alloggi della gente onesta indubbiamente molti rom ce l'hanno»; «Penso quello che pensano tutti: mano alla tasca del portafoglio per evitare che te lo portino via, è un riflesso pavloviano, dettato da un'esperienza secolare»; «Un saluto al popolo rom glielo mando con una certa tranquillità e con una certa preoccupazione perché non sono in casa e quindi spero in bene».

¹⁴⁶ Tribunale di Genova, n. 1058 del 20 febbraio 2015.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

2.3. I giudici civili e il divieto di discriminazione

Lo sviluppo della giurisprudenza penale in tema di *hate speech* porta a trarre una sola conclusione: i discorsi d'odio sono esclusi in modo categorico dalla protezione che in genere si riserva alla libera manifestazione del pensiero. Non è importante né il contesto di riferimento, né l'eventualità che si procuri un pericolo all'ordine pubblico, né che le parole espresse siano così potenti da avere la forza d'influenzare chi ascolta. Non importa nemmeno verificare l'intenzionalità; ciò che conta è appurare l'offesa gratuita all'integrità morale della vittima, prescindendo dalle sue conseguenze. Che la persona dileggiata sia una singola persona, o un intero gruppo etnico razziale non fa differenza. Il bene oggetto di tutela non si circoscrive all'onore, alla reputazione o all'immagine di un determinato soggetto – tutti limiti impliciti alla manifestazione del pensiero¹⁴⁸ – ma si estende all'eguaglianza e alla dignità del genere umano. È questo, come si è più volte ribadito, il nuovo paradigma del limite logico: non più il “pensiero-non pensiero” perché azione, ma il “pensiero-non pensiero” perché non rispettoso della dignità.

Poiché il rispetto dell'eguaglianza passa anche e soprattutto attraverso la tutela del principio di non discriminazione, non stupisce che gli *hate speeches* abbiano finito con l'essere sanzionati altresì nei procedimenti civili. Ciò è potuto accadere per aver inserito nel d.lgs. n. 215 del 2003 – «per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica», che d'ora in poi verrà chiamata legge anti discriminazione – il divieto di molestia per discriminazione qualora questa si sostanzi in un «comportamento indesiderato posto in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo»¹⁴⁹.

Come si evincerà dall'analisi dei casi raccolti, l'interpretazione data dai giudici civili a tale disposizione va nel senso di considerare come “comportamenti” molesti non solo l'adozione di atti materiali di discriminazione mossi da un intento razzista, ma anche la comunicazione verbale o scritta di messaggi discriminatori. Tra l'altro, mentre i giudici penali sono costretti a valutare l'elemento soggettivo del dolo (generico o specifico) e quello oggettivo del pericolo (astratto o concreto) – nonostante entrambi siano sempre più ricordati in modo apodittico senza che se ne appuri la loro reale incidenza nel caso di specie – i giudici civili sono esentati dal motivare il nesso di causalità tra pensiero razzista e atto materiale di discriminazione. Infatti, la generica formula “comportamento indesiderato” a cui fa riferimento il testo legislativo consente loro di attribuire alla diffusione di un messaggio (in forma scritta o verbale) una valenza di per sé discriminatoria.

Vediamo quali sono questi casi e in che modo sono stati argomentati.

¹⁴⁸ Sulla distinzione tra limiti impliciti e limiti logici si rimanda alla parte introduttiva.

¹⁴⁹ Art. 2, comma 3 della legge n. 215 del 2003, cit.

2.3.1. Verso una nuova definizione di molestia

Il Tribunale di Brescia giudica atto molesto (*ex art. 2, comma 3 del d.lgs. n. 215 del 2003*) l'affissione di un manifesto davanti alla sede della CGIL del comune di Adro, con cui alcuni militanti leghisti disapprovavano il comportamento di una sindacalista che aveva aiutato una famiglia di immigrati a espletare le pratiche burocratiche necessarie per evitare uno sfratto¹⁵⁰. Il cartello recitava testualmente: «Cara la me romana sono tutti bravi a fare i culattoni con il culo degli altri (tipico dei comunisti: quello che è tuo è tuo quello che è mio è tuo) portatelo a casa tu il beduino sfrattato (non paga l'affitto da due anni) noi alla casa del comune ci mettiamo gente anziana e bisognosa ma di Adro. Prima i nostri poi anche gli altri! W la Lega Nord, W Bossi!».

L'ordinanza risulta importante sia per la parte strettamente processualistica, dove si valuta la legittimazione attiva e passiva ad agire, sia per la motivazione. Per come sono trattati entrambi questi aspetti è stata spianata la strada ai ricorsi civili, orientando da qui a venire l'interpretazione della definizione di molestia per discriminazione.

Sorvolando sulla legittimazione passiva ad agire, che qui poco interessa, per quanto riguarda quella attiva viene riconosciuta la possibilità di richiedere il risarcimento anche a coloro che, «pur non appartenenti alla razza oggetto del comportamento molesto, sono comunque presi di mira perché accumulati a chi sarebbe protetto da forme di razzismo»¹⁵¹. Pertanto, qualunque soggetto coinvolto in episodi razzisti – sia in qualità di appartenente ai gruppi vessati sia in qualità di difensore dei loro interessi – può richiedere una tutela, diventando il processo civile un'alternativa valida e concorrente, se non addirittura più semplice, a quella penale.

Quanto alla motivazione, il giudice si limita a sostenere che la portata diffamatoria è evidente, che il disprezzo e l'intolleranza verso altre razze sono altresì incontrovertibili e che gli agenti erano stati mossi da un intento razzista «in quanto animati in primo luogo dal disprezzo verso chi viene visto come usurpatore di taluni diritti (non tanto in quanto soggetto moroso, bensì) in quanto extracomunitario»¹⁵². Pertanto, si riconosce la sussistenza di un atto molesto perché il fine, come dice la lettera della legge, era quello di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo.

Sull'ordinanza si possono avanzare alcune osservazioni da tenere in considerazione anche quando si tratteranno tutti gli altri casi decisi successivamente: in primo luogo, non è stata proposta alcuna argomentazione per dimostrare quale fosse il clima ostile e denigratorio (lo stesso giudice ammette che il cartello in que-

¹⁵⁰ Tribunale ordinario di Brescia, sez. volontaria giurisdizione, ord. 31 gennaio 2012.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.to 10.

¹⁵² *Ibidem*, p.ti 8-9.

stione era stato rimosso poco dopo); in secondo luogo, si è dato per scontato che la frase espressa fosse motivata da un intento razzista e non dallo scopo di denunciare un comportamento illegale. Senza entrare nel merito della questione, da quello che si legge nel manifesto, la famiglia che aveva subito lo sfratto non pagava l'affitto da due anni. Che tale affermazione fosse vera o no – il giudice non ha cercato di chiarirlo – il dato su cui si vuole riflettere è la fretteolosità con cui è stato stabilito che il fine perseguito dai militanti leghisti fosse esclusivamente quello razzista.

Inequivocabilmente, ad avere avuto un certo peso nel trarre questo tipo di conclusione è la notorietà delle idee dei leghisti, i quali sono soliti denunciare comportamenti illeciti dei soggetti da loro presi di mira più per un semplice pretesto che per difendere la legalità. Facendo una sbrigativa analisi sociopolitica, appare scontato che un elettore medio della Lega veda con sospetto l'immigrato, ritenendolo delinquente o accattono. Infatti, tutti i casi di *hate speech* finora analizzati sono sorti per aver espresso dubbi sull'onestà degli immigrati o di appartenenti all'etnia Rom e Sinti (come il caso Tosi, Gentilini, Borghesio e del consigliere comunale di Trento). Affermare però che l'unico movente è quello razzista appare insoddisfacente da parte di chi è chiamato ad applicare la legge "secondo giustizia". Servirebbero motivazioni un minimo argomentate, anche perché una condanna per molestia necessita di giustificazioni puntuali, vista la sua definizione giuridica.

È opportuno ricordare che in ambito civile, per molestia s'intende ogni atto che comporti menomazione o soppressione del potere di godimento spettante al titolare di un diritto¹⁵³; in ambito penale la molestia è punita a tutela dell'ordine pubblico, per prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata, e deve concretizzarsi in atti ispirati da biasimevoli motivi oppure petulanti¹⁵⁴. Ferme restando queste basiche definizioni, è spontaneo chiedersi se il caso appena esaminato integri la molestia per discriminazione.

Da questa prima ordinanza civile emerge chiaramente quanto si accennava appena sopra: la formulazione legislativa non aiuta i giudici a prendere decisioni sceve da opinioni soggettive, al pari di quanto accade per le disposizioni penali analizzate. Anche nella giurisprudenza civile la relazione tra causa – le frasi razziste pronunciate o scritte – ed effetto – l'assunzione di comportamenti discriminatori – non viene verificata, stabilendo a priori che parlare o scrivere in modo razzista rappresenti una molestia sanzionabile perché equivalente a un atto di discriminazione.

¹⁵³ Il vocabolario Treccani continua affermando che esistono due tipi di molestie: "molestie di fatto", atti di disturbo provenienti da terzi che non abbiano giustificazione legale per il loro comportamento; "molestie di diritto", provenienti da chi pretende di avere diritti contrastanti sull'oggetto del potere di godimento.

¹⁵⁴ Cfr. art. 660 c.p. come interpretato da Cass. pen., I sez., 14 maggio 2014, n. 19924; Cass. pen., I sez., 28 gennaio 2014, n. 3758.

2.3.2. *La parola come atto di discriminazione. Il caso “zingaropoli”*

Sul piano strettamente argomentativo, un caso di pochi mesi successivo a quello appena descritto, che chiameremo qui per semplicità zingaropoli, appare identico. I partiti della Lega e dell'allora Popolo delle Libertà sono stati condannati dal Tribunale di Milano per discriminazione in relazione a manifesti e discorsi con i quali, durante la campagna elettorale per l'elezione del sindaco di Milano del maggio 2011, si era usato il termine “zingaropoli”. In particolare, nella cartellonistica elettorale era riportato: «Milano Zingaropoli con Pisapia. Più campi nomadi e la moschea più grande d'Europa»¹⁵⁵.

«Emerge con chiarezza la valenza gravemente offensiva e umiliante di tale espressione, che ha l'effetto non solo di violare la dignità dei gruppi etnici sinti e rom, ma altresì di favorire un clima intimidatorio e ostile nei loro confronti»: così scrive il giudice del Tribunale di Milano nell'ordinanza¹⁵⁶.

A intentare la causa civile nei confronti dei due partiti politici era stata Naga, associazione volontaria di assistenza socio sanitaria e per i diritti di cittadini stranieri, Rom e Sinti. Dunque, un'associazione che non ha agito in nome di un soggetto preciso, ma che aveva lo scopo di rivendicare rispetto e riconoscimento per una generica collettività etichettata col termine spregiativo di “zingaro”. Viene così data applicazione al terzo comma dell'art. 5 della legge anti discriminazione, la quale prevede appunto che si possa agire anche nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese¹⁵⁷.

Riguardo al risarcimento, il giudice ha ordinato il pagamento di 3.007 euro, a carico di Lega e Pdl, oltre alla rimozione dei manifesti, provvedimento questo non più applicabile perché, per il decorso del tempo, i cartelloni erano già stati sostituiti da altri. Un'altra sanzione comminata dal giudice è consistita nell'ordinare la pubblicazione della sentenza entro trenta giorni sul Corriere della Sera¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 28 maggio 2012. Si noti che in questo caso l'articolo del decreto legislativo che si ritiene violato non è quello relativo alla molestia (art. 2, comma 3 del d.lgs. n. 215 del 2003), bensì l'art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», che definisce la discriminazione come «ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ V. *supra* par. 1.4 in questo stesso capitolo.

¹⁵⁸ Il tipo di risarcimento previsto nel caso zingaropoli differisce da quello previsto dal Tribunale di Brescia per il caso della sindacalista, ove erano stati considerati solo i danni morali. Sul tipo di sanzioni e la discrezionalità per la loro irrogazione si veda *infra*, par. 2.3.5 in questo stesso capitolo.

Oltre alle considerazioni già svolte precedentemente, l'ordinanza zingaropoli apre a un'altra serie di osservazioni critiche che confermano una volta di più l'arbitrarietà delle decisioni. L'incriminazione non riguardava soltanto l'utilizzo della parola "zingaropoli", ma anche la frase «la moschea più grande d'Europa», sottintendendo il rifiuto da parte di Lega e Popolo della Libertà di riconoscere la possibilità per i musulmani di avere un luogo dove poter esercitare la libertà religiosa. Tuttavia, se per il giudice l'utilizzo «dell'espressione zingaropoli recupera il significato più deteriore e dispregiativo del termine zingaro [...], veicolando l'idea negativa che le collettività Rom e Sinti costituiscano una minaccia in quanto tali», lo slogan «la moschea più grande d'Europa» insieme alla dichiarazione espressa nell'appello per Milano – «Milano non può, alla vigilia dell'Expo 2015, diventare una città islamica [...] assediata dagli stranieri [...] non credo che per noi milanesi sia una priorità veder costruire una bella moschea nella nostra città» – sono da considerarsi attinenti «all'esercizio della critica rispetto al programma politico-amministrativo del candidato dello schieramento opposto»¹⁵⁹. Insomma, dire zingaropoli non si può, perché termine denigratorio che non rientra nella tutela dell'art. 21 cost. in quanto lesivo degli artt. 2 e 3 cost. in riferimento alla protezione del riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili, dell'eguaglianza e della pari dignità sociale¹⁶⁰. Di contro, affermare che una città possa diventare islamica ed essere "assediata" dagli stranieri è espressione che rientra nella critica politica, non avendo rilievo il presunto pericolo che, una volta al potere, Lega e Popolo della libertà possano adottare decisioni contrarie al rispetto dei diritti fondamentali di queste persone.

È facile intravedere la poca coerenza in una stessa decisione, così come risulta facile ritenere che il giudice si sia lasciato condizionare da una parola (zingaropoli) politicamente scorretta, tanto da considerarla non solo offensiva, ma soprattutto discriminatoria; mentre, affermare di non voler costruire una moschea è stato considerato un legittimo annuncio del programma politico.

Il caso dimostra una volta di più e in modo maggiormente esplicito che si è di fronte ad un problema definitorio: cosa vuol dire discriminare? Il decreto legislativo sull'anti discriminazione, che mutua a propria volta quanto disposto dal testo unico concernente la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizio-

¹⁵⁹ Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 28 maggio 2012, cit.

¹⁶⁰ È questa una posizione ribadita anche nella sentenza del Tribunale ordinario di Roma, I sez. civ., 16 febbraio 2015 con la quale la casa editrice Simone è stata condannata per discriminazione, per aver utilizzato il termine "zingaro" nei pareri motivati di diritto penale adottati per preparare le prove di abilitazione alla professione d'avvocato. Secondo il giudice, «è irrilevante l'ipotetica indagine volta a ricostruire se l'intento effettivo del querelato fosse quello di proporre in termini di disvalore la mera appartenenza alla categoria degli zingari, posto che il risultato obiettivo della comunicazione, al di là dell'intento del redattore del parere, è quello di suggerire una simile lettura». In definitiva, ciò che è sanzionabile è la parola scorretta utilizzata, non tanto gli effetti che la sua diffusione comporta.

ne dello straniero¹⁶¹, non stabilisce quali sono i comportamenti diretti e indiretti che causano esclusione, distinzione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'origine nazionale ed etnica, ecc. Deve trattarsi di atti materiali di discriminazione, o anche di forme di comunicazione? Prendendo sempre come spunto i contenuti del manifesto elettorale zingaropoli, è atto di discriminazione lo sgombero forzoso di un campo nomadi, oppure l'affermazione che questo è una zingaropoli? E ancora, è atto discriminatorio il diniego della costruzione di una moschea che impedisca il godimento di una libertà fondamentale, come quella di professare la propria religione, oppure sono discriminatorie le parole urlate dai banchi dell'opposizione con cui si sostiene che i musulmani non sono ben accetti e pertanto non hanno il diritto di avere un luogo dove pregare? Aderendo alla prima definizione il pensiero, aberrante per quanto possa essere, dovrebbe essere consentito – quindi anche la parola zingaropoli non dovrebbe dare luogo a una condanna; aderendo alla seconda definizione, le condanne per divieto di discriminazione dovrebbero essere estese a qualunque affermazione che contiene in sé il germe della discriminazione. Definire in modo arbitrario cosa sia lecita critica politica e cosa sia discriminazione è inaccettabile da parte di un giudice, nonostante la sua buona fede nel voler difendere la reputazione di coloro che sono additati come la parte peggiore della società.

2.3.3. La parola come atto che condiziona. Altri casi sulla cartellonistica

La conferma che i giudici non si pongono questa importante questione definitoria, considerando implicitamente che la discriminazione si concretizza anche parlando, arriva da ben altre tre decisioni tutte relative all'affissione di manifesti a sfondo razzista in alcuni comuni italiani.

Il primo caso è del Tribunale di Pescara, un anno dopo zingaropoli. Anche in questo caso Lega e Popolo delle Libertà avevano tappezzato la città abruzzese di cartelli che inveivano contro i Rom, prendendo a pretesto un brutto episodio di cronaca che aveva visto come protagonista un ragazzo appartenente a tale etnia. Nel cartello si diceva: «Il PDL mantiene gli impegni: fuori dalle case popolari rom e delinquenti»¹⁶².

¹⁶¹ Art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998.

¹⁶² Tribunale di Pescara, sez. civ., 21 giugno del 2013. Invero, oltre ai manifesti affissi per le strade, sul sito internet della Lega Abruzzo veniva pubblicato un comunicato dal seguente tenore: «a seguito dell'ennesimo omicidio di un padre di famiglia per mano di zingari della numerosa comunità ospite di Pescara, la Lega Abruzzo chiede che le istituzioni locali, fino ad oggi colpevolmente inerti, adottino tutti gli strumenti per l'allontanamento coatto dalla zona di Pescara di questi Rom. Di fronte ai blandi provvedimenti giudiziari che, con pene risibili, consentono a questi individui di evitare il carcere e commettere impuniti ogni tipo di violenza, sopruso ed umiliazione nei confronti dei cittadini pescaresi, la Lega Nord Abruzzo invita i pescaresi ad assumere un senso civico unitario ed attivo contro questo male che colpisce da sempre, ed in maniera sempre più feroce, la città di Pescara».

Si è di fronte a un atto di discriminazione che si sostanzia attraverso un atto di molestia, oppure si tratta della diffusione del programma politico del gruppo PDL e Lega? Il giudice segue la prima ipotesi, confermando la portata offensiva della dichiarazione propagandistica-elettorale nei confronti di un'intera comunità. Per usare le parole del giudice, una dichiarazione del genere «vale a integrare comportamenti discriminatori, con effetti di offesa e di ostilità nei confronti dei Rom residenti a Pescara [...]; che dunque risulta integrata la fattispecie dell'art. 2, comma 3 del decreto legislativo 215 del 2003».

La seconda ordinanza è del Tribunale di Brescia chiamato a decidere della legittimità dell'affissione di cartelli posti nei vari ingressi del comune di Pontoglio (BS) recanti: «Pontoglio è un paese a cultura occidentale di profonda tradizione cristiana, chi non intende rispettare la cultura e le tradizioni locali è invitato ad andarsene»¹⁶³.

Il giudice non ha avuto esitazioni nel definire l'installazione dei cartelli oltre che contraria alle regole previste in tema di cartellonistica stradale, fortemente discriminatoria e lesiva del principio della laicità dello Stato (art. 19 cost.), del principio d'eguaglianza (art. 3 cost.), della libertà di circolazione (art. 16 cost.). Ovvero, come si legge nell'ordinanza, «la cartellonistica dispiegava una evidente *efficacia deterrente* nei confronti di tutti coloro che non appartenenti alla tradizione cristiana intendessero trasferirsi a risiedere nel comune di Pontoglio, stante l'invito – che nel contesto nel quale è inserito suona più come un ordine – ad andarsene»¹⁶⁴. E l'ordinanza continua sostenendo che: «il punto non è se tale proposizione corrisponda o meno al vero, la questione è che detto stato di cose – *ammesso che sia tale* – non può essere strumentalizzato da un ente pubblico per ostacolare o [condizionare, foss'anche nella semplice forma di persuasione], il libero esercizio dei diritti costituzionali da parte di coloro che non si riconoscono nel substrato culturale del comune»¹⁶⁵.

L'argomentazione che il giudice propone non lascia spazio a dubbi: non importa se e quanto quelle frasi possano avere un effetto concreto di discriminazione. Ciò che è rilevante è la loro forza persuasiva e deterrente. In buona sostanza, parole espresse in tal modo, addirittura da un ente pubblico, vanno sanzionate non perché si è verificata una condizione di disparità di trattamento, ma perché inducono gli abitanti del posto a essere razzisti. Non si tiene invece affatto conto del tenore vago e ambiguo delle frasi scelte nel cartellone; cosa vuol dire che è invitato ad andarsene chi non intende rispettare la cultura e le tradizioni locali? Significa forse che ogni domenica bisogna recarsi alla messa? O forse che a Natale bisogna allestire il Presepe? O magari vuol dire che è necessario partecipare alla festa annuale per celebrare il Santo patrono? O, ancora, che tutti, ita-

¹⁶³ Tribunale di Brescia, III sez. civ., ord. 8 luglio 2016.

¹⁶⁴ *Ibidem*, Corsivo nostro.

¹⁶⁵ *Ibidem*, Corsivo nostro.

liani e stranieri, devono rispettare le leggi e che tutti dobbiamo pagare le tasse e non delinquere?

È evidente che si trattava di una sciocca provocazione a cui si poteva giuridicamente mettere fine intimando l'ordine di rimuovere il cartello in quanto, con le stesse fattezze della segnaletica stradale, esso veniva utilizzato per scopi diversi da quelli previsti dal codice della strada¹⁶⁶; oppure, si poteva condannare il sindaco o gli altri componenti della pubblica amministrazione locale per aver approvato ordinanze discriminatorie. Richiamare addirittura concetti come la lesione della laicità dello Stato, o il principio di non discriminazione pare eccessivo, oltre che sintomatico di un atteggiamento legato al politicamente corretto, oppure alla paura che si torni a configurare uno stato etico razzista.

Non sorprendono allora le conclusioni della terza sentenza che s'inserisce in questo filone. Il Tribunale di Milano condanna gli esponenti della Lega della sezione di Saronno (VA) per aver tappezzato la cittadina di manifesti in cui si dichiarava che «Saronno non vuole clandestini», oppure «Renzi e Alfano vogliono mandare a Saronno 32 clandestini: vitto alloggio e vizi pagati da noi. Nel frattempo ai saronnesi tagliano le pensioni ed aumentano le tasse» e, ancora, «Renzi e Alfano complici dell'invasione»¹⁶⁷. L'occasione si era presentata quando era stato annunciato l'arrivo di 32 rifugiati politici, definiti clandestini in uno dei cartelli.

Per arrivare alla condanna, il giudice segue tre passaggi: riflette attorno al termine "clandestino", condividendo la tesi accusatoria secondo cui questa parola connota negativamente un soggetto, in genere considerato delinquente o abusivo su un dato territorio; richiama la disciplina legislativa sul divieto di non discriminazione, citando anche il t.u. sull'immigrazione e il d.lgs. n. 215 del 2003; da ultimo, riprende la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale aveva a sua volta affermato che la discriminazione per nazionalità si sostanzia in un trattamento deteriore dello straniero, il quale subisce una discriminazione diretta se è svantaggiato per una caratteristica intimamente e inscindibilmente connessa con lo stesso fattore vietato¹⁶⁸.

Ebbene, il richiamo a questa giurisprudenza appare del tutto inconferente: le due sentenze europee citate riguardavano i danni prodotti da un'azione concreta che inequivocabilmente integrava un comportamento discriminatorio, uno dei quali neanche relativo alla discriminazione in base alla nazionalità. Nel primo caso il ricorrente era un datore di lavoro che si era rifiutato di assumere impiegati alloctoni, nel secondo caso una lavoratrice che era stata licenziata in quanto in stato interes-

¹⁶⁶ Art. 39 del Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada, Decreto del Presidente della Repubblica n. 495 e successive modificazioni del 16 dicembre 1992.

¹⁶⁷ Tribunale di Milano, I sez. civ., 22 febbraio 2017.

¹⁶⁸ Corte di Giustizia, causa C-54/07, *Firma Feryn* del 10 luglio 2008, relativa a un datore di lavoro che si era rifiutato di assumere cittadini marocchini; causa C-506/06, *Mayr* del 26 febbraio 2008, relativa alla discriminazione di una donna in gravidanza, intesa come discriminazione diretta fondata sul sesso.

sante. Perché allora questo riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia? Sembra come se il giudice abbia sentito il bisogno di arricchire le motivazioni della sua decisione, che altrimenti sarebbero risultate deboli. L'argomentazione principale ruota attorno a un solo e decisivo punto, ovvero il fatto che cartelli come quelli del caso di specie contribuiscono a creare un clima intimidatorio nei confronti di chi, considerato clandestino, è guardato con sospetto. Infatti, afferma testualmente il giudice «l'espressione clandestino veicola l'idea fortemente negativa che i richiedenti asilo costituiscano un pericolo per i cittadini, con l'effetto non solo di violare la dignità degli stranieri richiedenti asilo, ma altresì di favorire un clima ostile». Quindi, ancora una volta, si conferma l'impostazione secondo cui messaggi di tal genere non possono essere annoverati tra le manifestazioni del pensiero liberamente espresse perché opinioni non opinioni, ma principi di discriminazione.

A nulla è servito ribadire l'argomento, proposto dalla difesa dell'assenza della lesione dell'art. 2 cost. Nel bilanciamento con gli artt. 2 e 3 cost. (nonché degli artt. 1 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), su pari dignità ed eguaglianza, questi prevalgono senza la necessità di misurare gli effetti in concreto delle parole espresse.

Valgono in questo caso le stesse considerazioni fatte precedentemente: il comportamento discriminatorio si sostanzia per aver pubblicamente manifestato intolleranza verso gli stranieri. C'è però da domandarsi se questa fosse l'unica tra le tante soluzioni possibili.

Certamente l'epilogo della vicenda non è stato tra i più felici: i rifugiati non sono mai arrivati a Saronno. Si dubita, tuttavia, che ciò sia accaduto a causa dei manifesti, i quali erano stati per giunta rimossi ben prima della pronuncia del Tribunale di Milano. Il clima ostile in città si respirava già precedentemente, a causa delle tante rimostranze della cittadinanza e dalla posizione assunta dallo stesso sindaco, il quale aveva ad esempio ostacolato le trattative con le istituzioni di riferimento per l'accoglienza dei rifugiati. Come risulta da alcune sue dichiarazioni ufficiali, egli aveva espresso tutta la sua contrarietà ad ospitare i rifugiati in città, non avendo mai nascosto di nutrire disprezzo nei loro confronti, etichettandoli pubblicamente come clandestini. Eppure, non solo egli non è stato perseguito per propaganda d'odio razziale, ma non ha neppure subito alcun tipo di procedimento giudiziario per aver posto in essere atti che in sostanza avevano l'obiettivo di rifiutare l'accoglienza dei profughi.

In definitiva, anche in questo caso, la sentenza in oggetto ha rappresentato una punizione simbolica che conferma come il pensiero razzista si ponga quale limite logico alla manifestazione del pensiero.

2.3.4. La fuga dalle cause penali alle cause civili. Una pluralità di tutele

Dai casi esaminati finora emerge un'altra questione giuridica importante: se è vero che "esprimersi" costituisce di per sé una discriminazione, è altrettanto ve-

ro che le discriminazioni manifestate a parole assumono ancora più rilevanza quando le affermazioni vengono fatte in pubblico. Ciò perché esse contribuirebbero in misura maggiore a creare un clima ostile, intimidatorio e di disaggregazione *ex art. 2* del decreto legislativo sulla non discriminazione, relativo alla fattispecie della molestia. Perciò, sempre più frequentemente il personaggio pubblico viene chiamato a rispondere per la diffusione di idee d'odio in ambito civile oltre che penale, dimostrando ormai una leggera preferenza per il primo tipo di giudizio.

Ad esempio, le dichiarazioni razziste dell'allora europarlamentare leghista Giancarlo Buonanno fatte contro la comunità Rom durante un'intervista televisiva¹⁶⁹ hanno dato luogo a una causa civile¹⁷⁰ in luogo di un'azione penale per due motivi: innanzitutto perché il ricorso è stato presentato da due associazioni, Asgi e Naga (nei giudizi penali non sarebbe invece stato possibile, visto che sono necessarie la querela della parte direttamente offesa, o l'azione d'ufficio di un Pubblico Ministero); in secondo luogo, perché dimostrare la molestia invece che la propaganda e l'istigazione all'odio sembra più semplice, nonostante anche le cause penali si concludano oramai quasi tutte con sentenze di condanna ai razzisti.

Nel caso di specie, l'europarlamentare era stato condannato per la frase «zingari, feccia della società», ritenuta dal giudice lesiva della dignità sociale e dell'eguaglianza, tanto da creare un clima ostile e intimidatorio che ostacola la libera e serena partecipazione dei Rom alla vita sociale¹⁷¹.

Le argomentazioni addotte nei due tipi di giudizi penale e civile si equivalgono¹⁷². In entrambi il bene primariamente violato è quello della dignità, sia in applicazione della legge penale n. 654 del 1975, sia in applicazione del d.lgs. n. 215 del 2003. Inoltre, anche nel giudizio civile viene in rilievo il criterio del pericolo che, come accade per le cause penali, è concepito come pericolo presunto e non attuale, ovvero il pericolo di indurre chi ascolta ad adottare comportamenti discriminatori, secondo l'ormai noto schema del limite logico al pensiero perché principio di azione alla discriminazione. Da ultimo, riguardo al tipo di sanzioni, siccome nelle cause penali la pena carceraria viene sempre più spesso commutata in una sanzione pecuniaria, si punta più al carattere deterrente della condanna.

¹⁶⁹ La trasmissione era Piazza Pulita andata in onda sul canale televisivo La7 nel marzo del 2015.

¹⁷⁰ Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 16 aprile 2016. Buonanno aveva affermato per almeno quattro volte che i Rom sono la feccia della società.

¹⁷¹ Tribunale di Milano, I sez. civ., ord. 16 aprile 2016, cit.

¹⁷² Si concorda a tal proposito con chi ritiene che in un prossimo futuro le cause civili per *hate speech* aumenteranno rispetto a quelle penali. Ciò è quanto emerso anche da una giornata di convegno organizzato dall'Asgi all'Università Statale di Milano il 9 ottobre 2015, dal titolo *Hate speech e libertà di espressione*. Per alcuni contributi e la visione di alcune interviste rilasciate dagli intervenienti <http://www.asgi.it/notizia/i-materiali-del-convegno-hate-speech-e-liberta-di-espressione-9-ottobre-2015/>.

Quello che fino ad alcuni anni addietro era dominio del diritto penale, oggi si trasferisce in campo civilistico, mettendo i giudici di fronte a forzature argomentative notevoli ancora più evidenti rispetto a quelle proposte nelle sentenze penali. Se nelle prime applicazioni la molestia per discriminazione veniva riconosciuta nei soli casi in cui la persona molestata era identificata e soggetta a vessazioni continuative¹⁷³, oggi è riconosciuta anche verso chi diffonde pubblicamente idee razziste ai danni d'interi gruppi indefiniti in modo estemporaneo, senza verificare il nesso causa-effetto tra parlare e discriminare.

2.3.5. *Il tipo di sanzione comminata. Oscillazioni*

L'*hate speech* è considerato in sede civile atto molesto o comportamento discriminatorio qualora venga lesa la dignità della persona o di un gruppo etnicamente diverso e si determini un clima poco favorevole all'integrazione. Pertanto, si potrebbe sostenere che nell'ordinamento italiano hanno fatto breccia la *Critical Race Theory* e la tesi proposta da Heyman sul mutuo riconoscimento, oltre alla teoria di Jeremy Waldron secondo cui il limite ai discorsi pubblici d'odio è quello logico della dignità sociale, il cui rispetto permette la costruzione di una società *well ordered*¹⁷⁴.

Tuttavia, vi sono casi, seppur sempre più sporadici, in cui gli stessi giudici civili si mostrano ancora sensibili alla necessità di tutelare la portata politica delle affermazioni che, altrimenti, sarebbe sempre cedevole rispetto alla protezione di valori come la dignità e l'eguaglianza, soprattutto quando non è certo che le parole discriminatorie producano diseguaglianze. Il punto problematico è però rappresentato dalla mancanza di un criterio uniforme a cui riferirsi per poter distinguere tra ciò che è permesso nella propaganda politica e cosa non lo è. Perciò, essi agiscono facendosi guidare dalle proprie suggestioni, con la conseguenza che anche in ambito civile trovano spazio non poche decisioni contraddittorie tra loro nell'applicazione della legge. Lo si è visto nel caso milanese della campagna elettorale per le elezioni comunali, dove si è ritenuto che la parola zingaropoli fosse discriminatoria, mentre la dichiarazione di non volere le moschee rappresenta una legittima anticipazione del programma politico.

L'incertezza dei criteri utilizzati non riguarda soltanto la determinazione dell'oggetto della discriminazione, ma anche il tipo di sanzione comminata¹⁷⁵. Di

¹⁷³ Si v., ad es., Tribunale di Milano, sez. lav., ord. 20 marzo 2012, dove veniva sanzionato per molestia il direttore di una banca che si era rivolto più volte a un suo dipendente di colore in modo offensivo, procurandogli disagio sul posto di lavoro nel rapporto coi propri colleghi.

¹⁷⁴ Per la prospettazione di tali teorie si rimanda al primo capitolo di questo volume.

¹⁷⁵ L'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 1001 dispone che «con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo

fronte a un approccio civilistico che ribadisce sempre più insistentemente l'importanza di riconoscere effetti punitivi¹⁷⁶, in linea con gli orientamenti del diritto europeo¹⁷⁷, nei casi esaminati in relazione alla discriminazione per motivi razziali si registrano tendenze altalenanti.

Ad esempio, in entrambe le sentenze sui profughi a Saronno e sull'europarlamentare Buonanno i giudici insistono sull'importanza dell'effetto deterrente della sanzione. Nel primo caso non si è ritenuta sufficiente la semplice rimozione dei manifesti, mentre nel secondo caso, considerando gravemente diffamatorie e denigratorie le affermazioni di Buonanno – che non aveva mostrato nemmeno un segno di pentimento – hanno nientemeno riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale anche alle associazioni ricorrenti; ciò perché le dichiarazioni rappresentavano una frustrazione per l'attività professionale da questi svolta. Quanto poi alla quantificazione del danno, in entrambi i casi è venuta in rilievo l'elevata notorietà politica degli imputati: nel primo è risultato rilevante il fatto che sia stata un'intera sezione del partito della Lega a rendersi protagonista della molestia, nel secondo che sia stato un europarlamentare da tutti conosciuto.

Al contrario, nei casi della sindacalista di Adro o dei manifesti contro i Rom a Pescara, i giudici negano il risarcimento del danno, limitandosi a una condanna dichiarativa. Nel caso abruzzese perché le associazioni ricorrenti non avevano nemmeno denunciato il pregiudizio che in concreto sarebbe derivato; nel caso della sindacalista per aver tenuto in considerazione il basso livello culturale dell'agente (persona poco scolarizzata, segretario della sezione di un piccolo paese)¹⁷⁸. Eppure, in premessa, il giudice ricordava come la sanzione debba essere

a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate».

¹⁷⁶Cassazione civile, Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in cui si è affermato che «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile». Cfr. M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in «Diritto civile contemporaneo», 31 luglio 2016; L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in «Diritto civile contemporaneo», 30 gennaio 2017; A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in «Diritto civile contemporaneo», 2 febbraio 2017.

¹⁷⁷Cfr. l'art. 15 della direttiva europea 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che impone sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive e, *ex multis*, Corte di Giustizia, causa C-81/12, *Asociatia Accept* del 25 aprile 2013 e causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid c. Firma Feryn NV* del 10 luglio 2008. In particolare, la Corte di Lussemburgo ha chiarito ripetutamente che la severità delle sanzioni dev'essere adeguata alla gravità delle violazioni e comportare un effetto realmente deterrente.

¹⁷⁸Ordinanza del Tribunale di Brescia del 31 gennaio 2012, cit.

ispirata al carattere della dissuasività¹⁷⁹. Sempre in questa decisione, egli non ordina nemmeno la pubblicazione del provvedimento, ritenendola passibile di strumentalizzazioni visto che alla base del comportamento denunciato vi è un modo di fare politica che si alimenta di provocazioni e vittimismo¹⁸⁰. In buona sostanza, si temeva che la pubblicizzazione dell'ordinanza potesse in qualche modo spingere i razzisti ad accusare di intolleranza chi è tollerante solo nei confronti delle diverse etnie e non nei loro confronti.

Se ciò fosse vero – e forse lo è, dato che i casi di *hate speech* continuano ad aumentare nonostante le condanne al risarcimento di somme di danaro cospicue – come ripagare i ricorrenti della lesione della tanto decantata dignità? Sarebbe corretto seguire la strada intrapresa in una sentenza del Tribunale di Varese, che aveva riconosciuto a un extracomunitario aggredito da un gruppo razzista il risarcimento del danno in sede civile per la lesione del diritto a non subire discriminazioni¹⁸¹? Ancora permangono troppe incertezze giuridiche e soprattutto troppe ambiguità circa l'opportunità di prevedere sanzioni civili in alternativa a quelle penali. Per giunta, di fronte a condanne sia penali sia civili, il fenomeno dell'*hate speech* non pare affatto arrestarsi.

2.3.6. Qualche considerazione conclusiva: il politicamente corretto come linea di confine tra pensiero lecito e pensiero illecito

Dignità e timore di creare un clima ostile alla convivenza sociale convincono i giudici civili a sacrificare la libertà di manifestazione del pensiero di fronte ad affermazioni – scritte o verbali – di natura razzista. Sempre più spesso, come per i giudizi penali, si sta instaurando un rapporto inversamente proporzionale tra la notorietà politica dell'*hater* e la libertà di manifestare odio razziale: più il predicatore d'odio è conosciuto per la sua appartenenza politica, meno gli viene garantito il diritto di esprimersi.

Oltre ai seri problemi costituzionalistici che questo rapporto di proporzionalità inversa produce¹⁸², si può qui fare una considerazione d'ordine generale e conclusiva riguardo all'atteggiamento dei giudici rispetto all'*hate speech*.

È soprattutto la giurisprudenza civilistica a mostrare un'oscillazione tra l'applicazione del limite logico alla manifestazione del pensiero – oramai fatto rispettare sempre più in nome della tutela dell'eguaglianza e della dignità invece

¹⁷⁹ *Ibidem.*

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ Tribunale di Varese, sez. Luino, sent. 23 aprile 2012. In particolare, il giudice ha ritenuto che «nel caso di specie accanto a una lesione del benessere psico-fisico del danneggiato, l'atto di violenza ha pure violato, in modo gravemente offensivo e serio, un altro bene giuridico a protezione costituzionale, ovvero quello all'identità culturale e personale, quale risvolto applicativo del diritto a non subire discriminazioni e trattamenti offensivi fondati su ragioni di tipo razziale».

¹⁸² Questi aspetti saranno opportunamente approfonditi nel prossimo capitolo.

che dell'ordine pubblico – e la protezione della critica politica. In tal senso il caso zingaropoli è abbastanza paradigmatico, avendo i giudici mostrato qualche titubanza nel far rientrare tutto nel calderone dell'odio. L'esito giuridico risulta singolare rispetto alla premessa di partenza. Lo scopo era delimitare la linea tra ciò che è legittimo affermare per propagandare il programma politico e ciò che non lo è. Un'impresa questa certamente ardua, vista la carenza di requisiti obiettivi che possano venire in soccorso. Tant'è che si è finito per individuare la linea di confine nel “politicamente corretto”. “Zingaro” o “clandestino” sono parole con accezioni negative, quindi il comportamento è discriminatorio; “la moschea più grande d'Europa” non contiene parole sgradite, pertanto esprime un'idea politica.

Concludendo, i discorsi che usano parole malaccette, non confacenti a un registro verbale *polite*, non possono essere considerati manifestazioni di opinioni costituzionalmente garantiti. Ancora una volta si può asserire che la giurisprudenza applichi limiti logici ai discorsi d'odio, facendo prevalere la tutela dell'ordine pubblico, dell'eguaglianza e della dignità.

2.4. *La propaganda dell'odio on line. Alcune sentenze chiave*

In questo paragrafo si faranno solo dei cenni ai casi di *hate speech* diffusi in rete al fine di evidenziare alcune specificità legate al mondo di Internet. Infatti, oltre ai classici problemi che si riscontrano per la diffusione dell'odio attraverso i mezzi tradizionali, per la diffusione dell'odio *on line* ne sorgono degli altri: innanzitutto, per la velocità di propagazione di questo tipo di messaggi e per la loro possibile fruizione a livello esponenziale. In secondo luogo, per l'elevata probabilità che essi permangano in rete per molto tempo, ben oltre la loro rimozione, grazie a specifici accorgimenti tecnici messi a punto dai maghi della rete¹⁸³. Infine, per l'individuazione dei responsabili delle frasi d'odio propagandate. Infatti, nella maggior parte dei casi, le frasi postate sui vari social network e blog, anche di testate giornalistiche *on line*, risultano essere anonime. Da qui due possibilità: imporre la rimozione delle comunicazioni d'odio ai gestori dei siti¹⁸⁴ e ci-

¹⁸³ Si veda il Rapporto dell'Unesco del 2015 intitolato *Countering Online Hate speech*, <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>.

¹⁸⁴ È notizia recente che i maggiori social media, come Facebook, Twitter, Youtube, su sollecitazione dell'Unione europea che sta facendo una campagna serrata a tal riguardo, abbiano aumentato le rimozioni di messaggi d'odio seguendo una sorta di codice di autoregolamentazione. (Fonte Reuters, 1 giugno 2017). Tra le misure internazionali più rilevanti va ricordata la stipula del Protocollo Addizionale sul *Cybercrime*, dell'1 marzo 2006, che ha il preciso intento di contrastare la divulgazione di materiali razzisti e a sfondo xenofobo su internet. In particolare, attraverso la sua ratifica, gli Stati si impegnano ad adeguare la propria legislazione penale al fine di perseguire sia i reati di *hate speech* tramite internet d'idee razziste e xenofobe, sia la negazione di atti di genocidio sanzionati dal Tribunale di Norimberga e dagli altri Tribunali internazionali, prevedendo anche la possibilità per gli Stati di cooperare nel perseguire chi commette tali reati. Tuttavia al momento in cui

tare loro in giudizio come corresponsabili penalmente per omesso controllo, o per partecipazione criminosa per aver favorito la diffusione di certi messaggi.

Non è questa la sede per addentrarsi nei tanti e ulteriori problemi giuridici che sorgono a tal proposito. È sufficiente accennare a uno solo di essi, ovvero specificare le circostanze secondo le quali i *providers* possano essere imputati per omesso controllo, in modo da non derogare al principio della responsabilità penale individuale¹⁸⁵. Addossare la totale responsabilità su soggetti che non sono direttamente gli *haters* e, ancor di più, lasciare che siano soggetti di diritto privato, quali sono i *providers*, a distinguere tra propaganda, istigazione all'odio e semplici frasi di pessimo gusto non favorisce lo sviluppo democratico di un or-

si scrive l'Italia non l'ha ancora ratificato. Su un più generale inquadramento delle iniziative europee cfr. I. RORIVE, *What can be done against Cyber Hate? Freedom of speech versus Hate Speech in the Council of Europe*, in «17 Cardozo J. Int. l & Comp. L.», 2009, 417 ss. In Italia, non mancano sentenze in cui viene disposta la rimozione della pagina facebook imputata o della rimozione del gruppo. V. ad es. Tribunale penale ordinario di Trieste, 10 ottobre 2012, n. 886. Molte sono poi le iniziative intraprese dall'Osservatorio nazionale sull'incitamento alla discriminazione e all'odio razziale dell'Associazione 21 luglio, la quale segnala episodi di manifestazioni d'odio alle autorità competenti come l'Unar, il Consiglio dell'ordine dei giornalisti, valutando anche la possibilità di intraprendere un'azione legale.

¹⁸⁵ Si consideri il recente orientamento sul tema della Corte di Strasburgo con la sentenza *Delfi c. Estonia* del 10 ottobre 2013. Tra le diverse annotazioni, F. VECCHIO, *Libertà d'espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in «Diritto dell'informazione e della comunicazione», n. 1 del 2014, 43 ss.; si v. inoltre l'orientamento dei giudici italiani per il caso *Vividown*. Cass. pen., III sez., 3 febbraio 2014, n. 5107. Diversi i commentatori della vicenda. Tra gli altri, G. CAMERA, O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google – Vividown*, Milano, 2010; A. PIROZZOLI, *La responsabilità dell'Internet Service Provider, il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in «Rivista AIC», n. 3 del 2012; A. INGRASSIA, *La Corte d'appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in «Diritto penale contemporaneo», 4 marzo 2013; T. GIOVANNETTI, *Governance della rete e ricorso alla sanzione penale: il caso della responsabilità dell'Internet Service Provider tra tentazioni punitive e rispetto dei principi costituzionali*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 314 ss.; F. RESTA, *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, in «Diritto dell'informazione e della comunicazione», n. 1 del 2014, 237 ss. In generale sulla responsabilità del Provider, M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in «Giur. di merito», n. 12 del 2013, 2584 ss. La riflessione giuridica sul punto continua ad essere nutrita, estendendosi al problema anche delle *fake news*. Di più recente pubblicazione la sezione monografica pubblicata in «Medialaws» n. 1 del 2017, dal titolo *Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete*. Tra i diversi contributi cfr. M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, 26 ss.; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, 91 ss.; G. MICELI, *Profili evolutivi della responsabilità in Rete: il ruolo degli Internet Service Provider tra prevenzione e repressione*, 106 ss.; F. DONATI, *Fake news e libertà di informazione*, in «Medialaws», n. 2 del 2018, 440 ss.; A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in «Medialaws», n. 3 del 2018, 90 ss.; O. POLLICINO, *Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in «ConsultaOnline», 25 febbraio 2020.

dinamento: la conseguenza inevitabile sarebbe la limitazione del flusso di opinioni, anche di quelle che non sono illecite, ma su cui si nutre il dubbio che lo siano¹⁸⁶. Insomma, il rischio è che attraverso l'imputazione della responsabilità ai *providers* si consenta l'introduzione di una sorta di censura, assolutamente vietata dall'art. 21 cost.¹⁸⁷.

Tornando in particolare al tema che qui si sta affrontando, si darà conto in questa sede solo delle decisioni prese nei principali giudizi che si sono risolti ai danni di *haters online* non anonimi.

Invero, i criteri sono gli stessi utilizzati nella giurisprudenza della propaganda d'odio diffusa *offline*. Conseguentemente, vengono in rilievo gli stessi nodi, ovvero il dilemma circa i valori in gioco da tutelare: dignità ed eguaglianza *vs.* libertà di parola; oppure tutela dell'ordine pubblico *vs.* libertà di parola; o ancora, dignità, eguaglianza e ordine pubblico tutti assieme *vs.* libertà di parola. Anche per l'*online* il contesto di riferimento è l'elemento decisivo che più convince i giudici a punire i discorsi d'odio. Proprio perché consci che la diffusione del pensiero su internet è estesa, i giudici si mostrano ancora più fermamente convinti di dover intervenire per frenarla, considerando la condanna come un valido deterrente.

Non sempre però il contesto della propaganda in rete è dirimente. Infatti, non è stato fondamentale per le conclusioni tratte nella pronuncia della Cassazione ai danni di un imputato che *online* inneggiava all'odio contro gli ebrei («In guerra contro Zog»), diffondendo idee fondate sull'odio razziale ed etnico¹⁸⁸. La Cassazione motiva la decisione in linea con le altre sentenze penali che si sono già analiz-

¹⁸⁶ In tale solco s'inserisce la recente ord. n. 59264/2019 del Tribunale di Roma con cui si condanna Facebook che, in via cautelare, aveva rimosso la pagina di Casapound per alcune dichiarazioni rilasciate dal suo amministratore. Le motivazioni si fondano sull'assunto che una simile operazione si pone in contrasto col principio del pluralismo, in quanto si comprime la possibilità di esprimere messaggi politici da parte dei ricorrenti. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che non è sufficiente il generico riferimento alla divulgazione di presunti messaggi di odio per consentire l'esercizio del potere censorio. Tra i commenti in dottrina, C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, Atto I*, in SIDIBlog del 20 gennaio 2020, <http://www.sidiblog.org/2020/01/20/la-liberta-di-espressione-presa-sul-serio-casa-pound-c-facebook-atto-i>; P. ZICCHITTO, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in «ConsultaOnLine», 4 marzo 2020. *Contra*, M. CASTELLANETA, P. DE SENA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casa Pound c. Facebook*, in SIDIBlog del 20 gennaio 2020, <http://www.sidiblog.org/2020/01/20/la-liberta-di-espressione-e-le-norme-internazionali-ed-europee-prese-sul-serio-sempre-su-casapound-c-facebook>; F. PALLANTE, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in «Questione Giustizia», 20 gennaio 2020.

¹⁸⁷ Si fa qui solo un piccolo esempio riguardo alle probabili conseguenze distorte qualora s'imponessero responsabilità dirette in capo ai *providers*. L'8 aprile del 2019 i maggiori quotidiani nazionali riportavano la notizia dell'oscuramento della pagina Facebook di Caio Mussolini, pronipote di Benito Mussolini, solo per il fatto di portare questo scomodo cognome. Infatti, ad oggi non risultano che abbia rilasciato dichiarazioni tali da far pensare di essere un *hater*.

¹⁸⁸ Cass. pen., III sez., 3 ottobre 2008, n. 37581.

zate precedentemente, affermando che i reati previsti alla lett. a) del comma 3, art. 1 della legge n. 654 del 1975 (diffusione, ora propaganda alla diffusione di idee razziali ed entiche e incitamento, ora istigazione, alla commissione di atti di discriminazione per motivi razziali ed etnici) sono di pura condotta, connotati da dolo generico, a differenza di quello alla lett. b) della stessa disposizione (incitamento, ora istigazione alla commissione di atti violenza o commissione di atti di violenza) che è connotato da dolo specifico. In più, questo è un altro di quei casi in cui da un lato si conferma l'orientamento secondo il quale la questione di costituzionalità per lesione dell'art. 21 cost. è ritenuta manifestamente infondata, in base all'assunto che tale disposizione non coprirebbe i casi in cui il pensiero rappresenta quel «*quid pluris* che consiste nella istigazione a compiere atti discriminatori»¹⁸⁹; dall'altro lato si ribadisce come il cambiamento dei termini da diffusione a propaganda e da incitamento a istigazione non ha influito in termini di qualificazione del reato.

Un'altra vicenda rilevante ai fini che qui interessano è quella che ha coinvolto l'ex Ministro dell'immigrazione Cecile Kyenge, bersaglio di molti razzisti. Ben tre casi giudiziari l'hanno vista protagonista come persona offesa. In realtà nessuno di essi riguarda strettamente né l'*hate speech*, né tantomeno l'*hate speech on line*. Tuttavia, vale la pena qui menzionarli perché confermano la posizione irremovibile dei giudici quando il movente è l'odio razziale, generando, soprattutto nell'opinione pubblica, confusione tra i reati di *hate speech* e i reati per diffamazione aggravata dall'odio.

Nel primo caso, l'europarlamentare della Lega Nord Borghezio è stato condannato dal Tribunale di Milano¹⁹⁰ al pagamento di 50 mila euro a titolo di risarcimento per aver offeso la Kyenge durante un'intervista radiofonica¹⁹¹. Per sottolineare quanto i contenuti delle dichiarazioni a sfondo razziale siano più gravi rispetto a tante altre che possono dare origine al reato di diffamazione, i giudici hanno appunto riqualificato il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale come reato di diffamazione aggravata¹⁹². Ciò perché convinti che qualunque frase razzista rappresenti atto di propaganda, a maggior ragione se espressa in pubblico e da un esponente politico di chiara fama e contrario alle politiche immigratorie.

Avendo sottolineato come qualunque frase razzista sia idonea a propagandare odio, le conclusioni degli altri due giudizi appaiono scontate. Il primo caso riguarda le affermazioni fatte sulla propria pagina *facebook* dal consigliere circoscrizionale di Trento Paolo Serafini, il quale l'aveva invitata «a tornare dalla giun-

¹⁸⁹ *Ibidem*. Si conferma anche in tale circostanza come la parola non sia parola, ma principio d'azione secondo l'impostazione dei limiti logici.

¹⁹⁰ Tribunale di Milano, IV sez. pen., 17 maggio 2017.

¹⁹¹ La trasmissione in questione era "La Zanzara", andata in onda su Radio24.

¹⁹² Per dovere di precisione, le frasi incriminate erano di questo tenore: «noi italiani non siamo congolesi, abbiamo un diritto ultra millenario»; «Kyenge fa il medico, gli abbiamo dato un posto in una Asl che è stato tolto a qualche medico italiano». Nulla di diverso rispetto a tante frasi che ogni giorno sentiamo da parte di militanti della Lega, o semplicemente dai vicini di casa, o per strada.

gla dalle quale è uscita»¹⁹³; il secondo caso riguarda le dichiarazioni di una donna che, sempre sul proprio profilo *facebook*, aveva affermato: «mai nessuno che se la stupri»¹⁹⁴. Muovendosi nel solco di una giurisprudenza ormai consolidata e volta a punire i discorsi d'odio razziale perché logicamente non pensieri, in entrambi questi casi l'elemento nuovo della diffusione *on line* di frasi d'odio non ha assunto alcun rilievo. Ciò, sia nel caso del consigliere trentino, dove le motivazioni dei giudici riprendono pedissequamente i precedenti della Cassazione in tema di aggravante per motivi razziali (proposito discriminatorio incentrato sull'idea di una inferiorità razziale e non libera manifestazione di critica politica; sussistenza del dolo generico)¹⁹⁵; sia nella seconda decisione, dove vi è stato fatto solo un minino cenno. In questo caso la condanna ha riguardato l'istigazione alla violenza (lett. b, comma 1 dell'art. 3 della legge n. 654 del 1975), dove era facile ribadire che si trattava di reato di pericolo a dolo specifico che si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia raccolta dai destinatari. Pertanto la Cassazione non può che confermare quanto già espresso nel primo giudizio, ovvero che «per istigazione s'intende quel comportamento volto a fare in modo che altri si possa determinare a compiere un'azione violenta»¹⁹⁶, una possibilità – qui il cenno velato alla particolare circostanza della diffusione *online* – tanto maggiore quanto più l'istigazione viene manifestata «su un mezzo che assicura una capillare diffusione, oltre che per il contesto caratterizzato da un acceso dibattito relativo ad un episodio di violenza sessuale in danno di una donna da parte di un africano»¹⁹⁷.

Molto più confacente al tema che qui si sta trattando è invece il caso Stormfront, nome dell'associazione *online* che raccoglie diversi affiliati nel mondo e che esprime posizione antisemite, neonaziste e di supremazia della razza bianca. La decisione è salita agli onori della cronaca per aver condannato per la prima volta un'associazione per incitamento all'odio razziale sul *web* sciogliendo il difficile dubbio relativo all'individuazione dei criteri per stabilire chi facesse parte del gruppo, vista la mancanza dell'elemento fisico.

I capi d'accusa: i reati ascritti erano due, la promozione e la direzione di un gruppo finalizzato all'incitamento alla discriminazione e alla violenza per motivi razziali (art. 3, comma 3 della legge n. 654 del 1975) e la propaganda di idee fondate sull'odio razziale ed etnico (l'ormai citatissima lett. a) del comma 1 della stessa legge)¹⁹⁸.

¹⁹³ Corte d'appello di Trento, sez. pen., 9 ottobre 2015.

¹⁹⁴ Cassazione pen., I sez., 23 ottobre 2015, n. 42727.

¹⁹⁵ V. *supra* par. 2.2 e i relativi sottoparagrafi in questo stesso capitolo.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Si noti che nella sentenza i giudici utilizzano ancora la formulazione risalente alla prima lettura della legge n. 654/1975. Corte d'appello di Roma, II sez. pen., 13 febbraio 2014, n. 1288.

I fatti: tra il 2011 e il 2012 sulla pagina italiana del sito, attraverso l'uso di pseudonimi, venivano diffusi messaggi, volantini, immagini, video e registrazioni audio per sostenere il negazionismo dell'Olocausto e la superiorità della razza bianca, oltre che per manifestare risentimento nei confronti di chi aiuta gli immigrati.

La condanna: in primo grado, il Gup presso il Tribunale di Roma con rito abbreviato condannava gli imputati per entrambi i reati. In secondo grado, la Corte d'appello di Roma confermava le condanne, seppure prevedendo un lieve sconto di pena¹⁹⁹.

Tralasciando la parte argomentativa relativa all'inquadramento del reato associativo²⁰⁰, gli aspetti che qui si vogliono sottolineare sono altri. Innanzitutto, riguardo all'imputazione dei reati ascritti anche nei confronti di chi non aveva rilasciato dichiarazioni d'odio sul sito. I giudici sgombrano il campo da qualsiasi possibile equivoco, affermando che l'adesione al gruppo può essere evinta da qualunque elemento che non sia solo la partecipazione al sito, «il quale rappresenterebbe uno dei possibili sintomi». Per riprendere le parole della Corte, «ben potrebbe ritenersi la responsabilità per il reato contestato di un soggetto che non abbia partecipato affatto alle discussioni presenti sul blog, purché la sua adesione al gruppo in esame sia desumibile da altri elementi»²⁰¹.

Un secondo aspetto riguarda più da vicino il tema dell'*hate speech*, la cui motivazione appare molto approssimativa. Infatti, la Corte liquidava l'argomentazione prospettata dalla difesa in modo alquanto contraddittorio. Gli avvocati difensori eccepivano il fatto che l'attività svolta dagli imputati costituisse l'opposto della propaganda, dato che in base al regolamento citato si provvedeva ad allontanamenti o sospensioni degli utenti che non condividessero le opinioni del gruppo, senza dunque perseguire lo scopo di fare proselitismo. La Corte concludeva invece in senso opposto: «l'attività di propaganda di un'idea – qualunque essa sia – consiste nella diffusione di detta idea, finalizzata a modificare il comportamento di altri nel senso indicato dall'idea medesima; appare dunque evidente come i portatori di opinioni non conformi all'ideale proposto debbano necessariamente essere allontanati, al fine di preservare l'identità del gruppo»²⁰².

Tale impostazione non pare del tutto condivisibile. L'allontanamento dei dissidenti si rende necessario affinché lo spirito del gruppo non venga tradito e,

¹⁹⁹ *Ibidem*. L'ideologo del gruppo è stato condannato a due anni e mezzo di reclusione, mentre in primo grado era stato condannato a tre anni; altri tre imputati a due anni e due mesi ciascuno, mentre in primo grado due di loro erano stati condannati a due anni e mezzo ciascuno e il terzo a due anni e otto mesi. Gli imputati hanno comunque prontamente impugnato la sentenza d'appello in Cassazione.

²⁰⁰ Sul punto sia consentito il rimando a P. TANZARELLA, *La propaganda dell'odio in Internet: un'altra sfida per il diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, 561 ss. Un'altra importante decisione sul tema è Cass. pen., III sez., 31 luglio 2013, n. 33179.

²⁰¹ Corte d'appello di Roma, II sez. pen., n. 1288, cit.

²⁰² *Ibidem*.

ancora di più, per aumentare il senso di appartenenza ad una comunità. Ma ciò non coincide affatto con l'atto della propaganda, il cui obiettivo è semmai far cambiare idea ad altri che non la pensano allo stesso modo. Dunque, se in virtù del regolamento potevano partecipare alla discussione solo coloro che condividevano le stesse idee, chi tra gli aderenti, sulla base della definizione della propaganda, sarebbe stato indotto a modificare il proprio comportamento in senso razzista?

Una volta di più i giudici hanno dimostrato di preferire un'interpretazione la-sca del reato di propaganda, attribuendovi una tutela anticipata. Nel caso di specie, i condannati non si erano macchiati di crimini, nonostante da anni affermasse-ro le cose più becere ai danni di immigrati, o della comunità ebraica.

In sintesi, giudici civili e giudici penali escludono categoricamente la possibilità di far rientrare i discorsi d'odio tra i pensieri coperti dall'art. 21 cost.

Quali dunque le conseguenze sul piano costituzionalistico?

CAPITOLO IV

COSTITUZIONE ITALIANA
E DISCORSI D'ODIO. QUALE TUTELA?

SOMMARIO: 1. *L'Hate speech* nella cornice dei principi costituzionali: tra vecchia e nuova concezione della libertà di manifestazione del pensiero. – 2. Gli ostacoli costituzionali alla legittimità dei discorsi d'odio. Il rispetto dei vincoli internazionali? – 3. (*segue*) Il limite dell'ordine pubblico? – 4. (*segue*) Dignità ed eguaglianza? – 4.1. La forza suggestiva dell'argomento "dignità". Quali e quanti tipi di dignità in Costituzione? – 4.2. Quale "dignità" per i discorsi d'odio? – 4.3. Pari dignità sociale e dovere di solidarietà. – 4.4. Pari dignità sociale e limite esplicito del buon costume. – 4.5. Pari dignità sociale ed eguaglianza.

1. *L'Hate speech nella cornice dei principi costituzionali: tra vecchia e nuova concezione della libertà di manifestazione del pensiero*

Dall'analisi finora condotta emerge un dato preciso: gli ordinamenti pluralisti contemporanei tendono a considerare la libera manifestazione del pensiero un diritto assai sacrificabile se ha come oggetto i messaggi d'odio. Ciò per due motivi: il primo viene da lontano e riguarda la necessità di tutelare lo Stato dai pensieri violenti che istigano a sovvertire il potere costituito; il secondo è relativamente recente e riguarda la necessità di tutelare il riconoscimento e il rispetto verso chi, per razza, religione ed etnia non è ben accetto. Quindi, in base alla prima ragione, lo Stato giustifica la limitazione del diritto ad esprimersi in virtù della protezione dell'ordine pubblico; in base alla seconda, per assicurare il rispetto dell'umanità attraverso la tutela della dignità e dell'eguaglianza.

Le principali conseguenze prodotte da questa impostazione riguardano l'interpretazione del tipo di limiti applicabili. Impliciti? Logici? Espliciti del buon costume? Dalla presente ricerca risulta chiaro quali sono i beni oggetto di tutela che legittimano le restrizioni degli *hate speeches* (eguaglianza, dignità e ordine pubblico), così come risulta altrettanto chiaro che la giurisprudenza, sia europea sia italiana, si orienta verso l'applicazione di limiti logici e non di limiti impliciti. Invece, cioè, di cercare di volta in volta, alla luce del caso di specie, di operare un rigoroso bilanciamento tra il diritto alla manifestazione del pensiero – d'odio – e

gli altri beni, per verificare in concreto la portata offensiva e/o pericolosa di tali discorsi, i giudici ritengono sempre più frequentemente che questi non possano ricevere alcuna protezione perché logicamente esclusi dal novero dei pensieri protetti convenzionalmente o costituzionalmente. In particolare, il pensiero razzista sarebbe pericoloso di per sé stesso per la pace sociale, a prescindere dal fatto che produca disordini nel contesto di riferimento; inoltre, sarebbe di per sé stesso discriminatorio, sebbene alla parola non segua una discriminazione concreta. Infatti, come si diceva, mentre per Strasburgo i pensieri d'odio producono danni indiretti, per i giudici italiani costituiscono un reato a dolo generico, oppure una forma di molestia che crea un clima sociale ostile, senza ormai ritenere necessario verificare la sussistenza del pericolo né astratto, né men che meno concreto. Il pensiero d'odio è sempre principio d'azione violenta, o discriminatoria e che quindi lede l'ordine pubblico, oppure l'eguaglianza e la pari dignità sociale in qualsiasi circostanza esso si manifesti.

Eppure, l'applicazione di limiti logici rischia di far pagare un prezzo troppo alto in termini di sostenibilità democratica. Attraverso una così radicale compressione della libertà d'espressione si potrebbe minare alla radice quello stesso principio democratico che s'intende salvaguardare e che dovrebbe nutrirsi di pluralismo, un altro caposaldo degli ordinamenti costituzionali contemporanei, come i migliori costituzionalisti ricordano.

In particolare quelli italiani hanno insegnato molto riguardo alla portata del diritto alla manifestazione del pensiero, convergendo tutti sul riconoscimento di un profondo nesso tra libertà d'espressione – nella sua massima espansione che include la più ampia pluralità delle idee – e realizzazione della forma di stato democratica. Per quanto, a ragione, abbiano con forza osteggiato la natura sociale del diritto a manifestare il pensiero, nel senso di rinnegare una sua funzione servile al principio della sovranità popolare, essi hanno tuttavia ammesso che tale libertà è essenziale anche per lo sviluppo di un ordinamento democratico. Ad esempio, secondo Mortati, non può negarsi che nelle democrazie la garanzia di buon funzionamento del sistema poggia proprio sulla più ampia libertà di manifestazione del pensiero, essendo essa che alimenta la forza sociale di base, che è la pubblica opinione¹. Inoltre, è celebre la frase di Esposito che afferma: «non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà [di manifestazione del pensiero], sicché possa determinare la funzione e i limiti, ma le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà portano tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico»².

¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 972.

² C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 12. In particolare, sulla differenza tra natura individuale e natura funzionale del diritto in oggetto, l'A. affermava che «i diritti individuali di libertà sono attribuiti all'uomo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni

Se per Esposito l'esistenza del nesso libertà di pensiero-principio democratico era casuale, per Crisafulli invece ha natura strutturale, in quanto il primo rappresenta, insieme ad altri diritti di libertà, la preconditione per un effettivo esercizio dei diritti politici³. Non per questo, l'A. disconosce che l'interesse tutelato dalla libertà del pensiero sia essenzialmente individuale, ma ammette al tempo stesso che tale diritto assicura indirettamente la partecipazione dei cittadini alla formazione degli indirizzi politici, rappresentando quindi un modo per partecipare all'esercizio del potere⁴.

Si esprime ancora più chiaramente Barile quando, riassumendo le ragioni di chi predilige la natura individuale della libertà di manifestazione del pensiero, afferma che «il concetto individualistico della libertà è e resta logicamente e storicamente un *prius* rispetto alla caratteristica funzionale, anche e proprio in un ordinamento non omogeneo come il nostro»⁵. Ciononostante, egli aderisce alla tesi di chi intende l'aggettivo funzionale in termini metodologici, prescindendo da ogni preclusione di contenuti e, anzi, ritenendo la diffusione di ogni ideologia un momento irrinunciabile del metodo democratico.

La sintesi proposta ben si concilia, inoltre, con la tesi di chi, come Pace, riconosce un'indiscutibile importanza al diritto ad essere informati⁶. Pur ammettendo che questo non sia direttamente tutelato dall'art. 21 cost., esso costituisce tuttavia «un valore deducibile da una serie di norme costituzionali che configurano la posizione dei singoli di fronte ai pubblici poteri (artt. 1, 3 comma 2, 9, 33, 64, 97 cost.): norme dalle quali discende che, per poter esercitare consapevolmente i diritti politici, i cittadini dovrebbero essere posti in grado di essere compiutamente informati»⁷.

La Corte costituzionale, dal canto suo, anche se apoditticamente, ha ribadito in diverse occasioni come la manifestazione del pensiero rappresenti «la pietra

e desideri individuali, mentre la sovranità si manifesta o con atti di esercizio delle funzioni dello Stato, oppure con atti e comportamenti, i quali, pur essendo imputabili all'individuo, sono diritti politici (o di partecipazione) – come il voto, la petizione, l'accesso ai pubblici uffici, l'iniziativa legislativa e il diritto di promuovere e di partecipare ai vari referendum – e quindi, come tutti i diritti funzionali, sono attribuiti al singolo nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto». *Ivi*, 8.

³ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 119. Dello stesso avviso C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 398.

⁴ V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, in «Il politico», 1964, 290 ss., 292.

⁵ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in «Enc. dir.», XXIV, 1974, 424 ss., 429.

⁶ Si è già detto come la Corte di Strasburgo consideri il diritto ad essere informati un caposaldo, potendo attingere direttamente dall'art. 10 Cedu, che esplicitamente lo prevede. Cfr. la II sez. del secondo capitolo di questo volume.

⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, 428.

angolare”, “il cardine” del regime democratico proprio della Costituzione⁸, chiarendone finalmente il senso quando si è occupata della materia radiotelevisiva e della comunicazione politica, affermando che «l'accesso al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società, agevolano la partecipazione dei cittadini allo sviluppo sociale e culturale del Paese, secondo i canoni del pluralismo interno»⁹. E, ancora, vi è «la necessità di garantire, per l'emittenza privata, il massimo pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione»¹⁰.

Da quanto qui sommariamente esposto si evince che non dev'essere lo Stato a scegliere cosa funzionalmente sia lecito manifestare per assicurare la pacifica convivenza, potendo questi porre limiti strettamente necessari alla tutela di principi altrettanto meritevoli di tutela costituzionale. Semmai esso deve mettere a disposizione tutti i mezzi necessari affinché «l'opinione pubblica sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»¹¹.

In definitiva, posta in questi termini, dottrina e giurisprudenza costituzionale concordano con le teorie americane del *marketplace of ideas*, del *democratic self-government* e quella partecipativa del discorso pubblico¹². Pertanto qualunque propaganda, secondo un'interpretazione classica dell'art. 21 cost., sarebbe lecita.

Più in particolare, in relazione ai messaggi che può veicolare, Fois scriveva che «il pensiero considerato nell'articolo 21 non deve essere inteso in senso rigido e stretto: è garantita anche la manifestazione di suggestioni, emozioni, sensazioni, nonché qualsiasi attività volta a provocare corrispondenti stati d'animo. Nelle manifestazioni di pensiero devono perciò essere comprese le varie forme di propaganda, le espressioni apologetiche, i convincimenti verso modelli d'azione: probabilmente non si può considerare pensiero coperto dalla garanzia costituzionale solo il caso della vera e propria istigazione specificamente diretta a provocare un'azione concreta».

Quanto al potere dei discorsi d'influenzare chi ascolta, era già stato chiaro Mortati quando affermava che «la libertà di manifestazione del pensiero abbraccia tutte le facoltà di dichiarare le proprie opinioni, di sostenerle difendendole con la discussione di fronte alle altrui obiezioni, di farne l'apologia, di diffonderle, propagandarle allo scopo di raccogliere intorno ad esse adesioni ed acquistare proseliti. I dubbi sollevati sull'inclusione fra tali facoltà di quella della pro-

⁸ Cfr., *ex multis*, Corte cost. nn. 9 e 25 del 1965; n. 11 e 98 del 1968; n. 84 del 1969; n. 168 del 1971; n. 105 del 1977; n. 1 del 1981; n. 126 del 1985.

⁹ Corte cost., n. 826 del 1988, par. 19 del Considerato in diritto.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Corte cost. n. 112 del 1993.

¹² Per un approfondimento di tali teorie si rimanda all'intero primo capitolo di questo volume.

paganda o dell'apologia risultano smentiti dalla stessa formulazione dell'articolo 21 cost. che consentendo la diffusione con ogni mezzo non ha inteso discriminare fra i vari scopi cui essa può rivolgersi, rientrando fra le funzioni caratteristiche della manifestazione del pensiero quella di persuadere altri della bontà di determinate ideologie o fedi o convinzioni scientifiche o culturali, o di incitare all'uso di determinati prodotti o all'adozione di certi metodi»¹³.

Dello stesso avviso era Jemolo: «Abbiamo peraltro detto che guardando come si sviluppi un mondo liberale, deve dirsi che la prima libertà è quella non solo di esprimere le proprie idee, ma di cercare in ogni modo di divulgarle; di convincere chi non le divide. Un aspetto di tale libertà è la libertà di discussione; che non occorrerebbe neppur menzionare se nel nostro tempo [...] non avessimo sentito più di una volta cercar di minare questa fondamentale libertà con l'introdurre una distinzione tra libertà di discussione e libertà di propaganda»¹⁴.

Nondimeno, Mortati e Jemolo si esprimevano nel modo detto negli anni settanta, in un periodo in cui il potere costituito era minacciato dall'organizzazione di movimenti extraparlamentari che invitavano a dissentire abbracciando perfino la lotta armata¹⁵.

Eppure, nei tempi in cui viviamo, sembra che il diritto di esprimersi per realizzare la propria personalità *ex art. 2 cost.*, il diritto di informare e quello ad essere informati per avere l'opportunità di partecipare attivamente alle decisioni della vita pubblica – o per meglio dire, per realizzare più compiutamente la forma di stato democratico-sociale¹⁶ – debbano necessariamente recedere rispetto all'esigenza, da un lato, di tutelare la dignità e l'eguaglianza di gruppi a cui ci si rivolge con parole d'odio e, dall'altro lato, di tutelare l'ordine pubblico¹⁷. In estrema sintesi, l'aggettivo "pluralistica", che specifica il modo di essere della nostra democrazia, assume un altro significato: la sfiducia nelle istituzioni – in particolare nella classe politica – un linguaggio pubblico sempre più vuoto di contenuti e sempre più denso di slogan, di attacchi personali, di odio, nonché la paura di diventare il bersaglio di terroristi inducono a frenare invece che a favorire un

¹³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1068.

¹⁴ A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, seconda edizione, Milano, 1972, 122.

¹⁵ La risposta legislativa fu però un'altra, e per quanto riguarda più precisamente i discorsi d'odio si decise di punire «l'esaltazione pubblica delle idee o metodi razzisti», *ex art. 10 della legge n. 152 del 1975*, meglio conosciuta come legge Reale.

¹⁶ V. in tal senso, G.E. VIGEVANI, *Informazione e democrazia*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 1 ss.

¹⁷ Avvertiva di questo rischio già Paladin quando scriveva che il fatto che «i beni di rango costituzionale siano sempre e comunque opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero [...] basterebbe [...] ad annichilire la libertà di pensiero, dato che la rete degli interessi costituzionalmente rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento». L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in «Quad. cost.», n. 1 del 1987, 3 ss.

certo flusso di opinioni, in quanto queste non sono ritenute utili ad alimentare il dibattito pubblico, o nientemeno perché sono considerate dannose.

Queste considerazioni muovono dal presupposto che il pensiero, soprattutto quello d'odio razziale, distrugge anziché consolidare il regime democratico. Di conseguenza, chiunque ancora insiste sulla necessità di difendere la democrazia reclamando più libertà di pensiero è tacciato di idealismo, o se non altro di superficialità, soprattutto perché non tiene conto dei rischi futuri a cui si potrebbe avviare solo attraverso interventi atti a frenare l'ondata di opinioni aberranti: torna lo spettro del passato appena trascorso; torna il timore che teorie basate sulla purezza del sangue e della razza diano adito alla nascita di movimenti totalitari; torna l'idea che le masse siano facilmente soggiogabili dal potere della propaganda malvagia dei fanatici, visto che la storia ha dimostrato come, per dirla con Hanna Arendt, il male sia banale¹⁸.

Pare non essere più sostenibile la tesi di chi, per realizzare il pluralismo dei contenuti e al tempo stesso per arginare le derive centralistiche e autoritarie, affermava la necessità di ricorrere alla teoria discorsiva. In base a essa si concederebbe la più ampia libertà d'espressione possibile al singolo, talora anche in antitesi con la maggioranza, ricomponendo il dissidio grazie alle regole proceduralizzate della democrazia rappresentativa¹⁹.

Fino a che punto però è consentito sminuire la portata di un diritto – quello d'espressione – che dall'epoca dell'affermazione dello Stato moderno è considerato tra i più privilegiati per la realizzazione della propria personalità e che dall'epoca dell'affermazione dello Stato costituzionale si è affermato come il principale motore dello sviluppo democratico? In che modo si dovrebbero ritoccare questi capisaldi affinché si possa registrare un miglioramento della vita dei consociati in termini di tolleranza e pacifica convivenza? Varrebbe la pena modificarli, o si tratterebbe d'inseguire una falsa chimera? Gli anni trascorsi dal dopoguerra ad oggi, in cui i maggiori ordinamenti costituzionali pluralistici hanno faticosamente cercato di dare attuazione alle loro costituzioni, come in Italia, sono passati invano? Gli anticorpi di cui si è provvisto l'ordinamento non sono resistenti per arginare derive totalitarie?

Come si è ampiamente visto, legislatore e giudici del nuovo millennio pare abbiano già fatto la loro scelta sorvolando sui quesiti appena formulati. Invero, il primo ha optato per una scelta di comodo, ricorrendo a leggi simboliche infarcite di linguaggio retorico al solo scopo di rassicurare la comunità sul fatto che lo Stato vigila sui razzisti e li punisce adeguatamente²⁰. I giudici, dal canto

¹⁸ H. ARENDT, *La banalità del male*, trad. it. di P. BERNARDINI, Milano, 2001.

¹⁹ F. RIMOLI, *Pluralismo*, in «Enc. giur.», XXIII, 1997, 1 ss., 7.

²⁰ Oltre alle disposizioni legislative analizzate nel corso del terzo capitolo, non va dimenticata la proposta di legge avanzata nella scorsa legislatura dall'onorevole Fiano in reazione alla propaganda fascista attraverso l'ostensione di simboli al lido di Chioggia. Per un commento v. M. MA-

loro, applicano tali leggi interpretandole ormai estensivamente, come se esse rappresentassero l'unico modo per placare gli animi riottosi. Il risultato è quello di restringere la manifestazione del pensiero in forza del suo mero contenuto. Eppure, questo dato non emerge mai esplicitamente, usando i giudici, in ogni circostanza, l'argomento del bilanciamento tra beni costituzionali di pari rango che vede sui due piatti della stadera da un lato ordine pubblico, dignità ed eguaglianza, dall'altro lato il diritto alla libera manifestazione del pensiero. Come si è però cercato di dimostrare attraverso l'analisi della giurisprudenza, se nei primi anni di applicazione della legge anti *hate speech* si valutava caso per caso il nesso causale tra il pensiero d'odio e il suo effetto violento o discriminatorio in concreto, successivamente il bilanciamento è diventato apparente, avendo preso piede un'interpretazione favorevole ad escludere la verifica di tale nesso, negando a priori la divulgazione di messaggi d'odio perché sempre e in ogni circostanza lesiva dell'uguaglianza e della pari dignità di tutti. In sintesi, tali beni costituzionali primeggiano rispettano alla libera manifestazione del pensiero razziale.

Queste scelte sono costituzionalmente orientate? È legittimo ritenere adeguata la previsione di limiti logici con riguardo al discorso d'odio razziale? Sempre secondo giudici e legislatori pare non vi siano dubbi. L'art. 21 cost. non può estendere la sua tutela ai pensieri che collidono, pur ipoteticamente, con dignità, eguaglianza e pacifica convivenza. Così come, si è visto, ciò non è permesso dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, dalle carte internazionali che da essa hanno tratto ispirazione e dalla Convenzione europea per la protezione dei diritti fondamentali. I giudici comuni ne sono talmente certi da non aver mai sentito l'esigenza di impugnare la legge anti *hate speech* davanti alla Corte costituzionale, dichiarando essi stessi inammissibili le pregiudiziali di costituzionalità avanzate dagli avvocati difensori degli *haters* per presunta lesione dell'art. 21 cost. Anzi, essi interpretano così estensivamente il decreto legislativo contro le discriminazioni, tanto da ritenere sanzionabili i discorsi d'odio perché considerati comportamenti molesti.

In queste pagine si cercherà di dimostrare come questa impostazione non sempre sia consona ai dettami costituzionali e al loro corretto bilanciamento. In vista di ciò, si passeranno in rassegna i contenuti posti dalla legge penale anti *hate speech* e la loro interpretazione giurisprudenziale rispetto ai beni costituzionali che tale legge intende salvaguardare, dal rispetto dell'ordine pubblico, al rispetto della dignità e dell'eguaglianza. In riferimento a queste ultime non mancheranno riflessioni relative all'applicazione del decreto legislativo sull'antidiscriminazione. Prima, però, si ritiene opportuno verificare se, in forza del vincolo del rispetto degli obblighi internazionali sancito al primo comma dell'art. 117 cost., sussista un primo ostacolo d'ordine costituzionale a una revisione integrale dell'impianto legislativo sui discorsi d'odio. Ciò in quanto la legge penale sull'*hate*

NETTI, *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazi-fascista*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2017, 883 ss.

speech rappresenta il recepimento della Convenzione di New York contro le discriminazioni razziale, mentre il decreto legislativo antidiscriminazione dà attuazione alla direttiva dell'Unione europea 2000/43/CE «per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica». Inoltre, perché, come si vedrà, anche la giurisprudenza Cedu è ritenuta – entro certi limiti – parametro interposto di costituzionalità.

2. *Gli ostacoli costituzionali alla legittimità dei discorsi d'odio. Il rispetto dei vincoli internazionali?*

Per i motivi che qui si specificheranno, si ritiene che l'invocazione del rispetto degli obblighi internazionali *ex* comma 1, art. 117 cost. non sia sufficiente a superare i dubbi di costituzionalità che gravano sulle leggi anti *hate speech*.

Lo spunto per ragionare attorno a questo parametro lo offre una particolare sentenza della Cassazione già trattata quando si è analizzata la giurisprudenza italiana²¹. Nello specifico, i giudici si erano rifiutati di sollevare la questione di costituzionalità del reato di propaganda – presentata su istanza della difesa per presunta violazione dell'art. 21 cost. – ritenendo che il dubbio prospettato fosse manifestamente infondato proprio in forza del primo comma dell'art. 117 cost., oltre che dell'art. 3 cost. in tema di eguaglianza.

Nella decisione si afferma infatti che «la libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. [...]. Di più, secondo l'art. 117 Cost., comma 1, la potestà legislativa ordinaria deve essere esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali. In questo quadro, vincola il legislatore nazionale la Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7.3.1966, in forza della quale tutti gli Stati contraenti devono – tra l'altro – condannare ogni propaganda e ogni organizzazione che si ispiri a teorie basate sulla superiorità di una razza o di una etnia, o che giustifichino o incoraggino ogni forma di odio e di discriminazione razziale [...]. Proprio in esecuzione di tale vincolo internazionale, consacrato dall'art. 117 Cost., il legislatore italiano, con la L. 13 ottobre 1975, n. 654, ha ratificato la predetta convenzione internazionale e ha punito come delitto la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, nonché l'incitamento a commettere atti di discriminazione o di provocazione alla violenza nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale»²².

²¹ Cass. pen., III sez. pen., 3 ottobre 2008, n. 37581. Cfr. il par. 2.4. del terzo capitolo di questo volume.

²² *Ibidem*.

La sentenza in questione non rappresenta altro che la conseguenza (inevitabile?) dell'approccio che si è consolidato in ambito sovranazionale. Come si è ampiamente dimostrato, le istituzioni internazionali ed europee – in particolare la Corte di Strasburgo – si orientano tutte verso la punibilità dei discorsi d'odio, ritenendo lecita, se non addirittura doverosa, la previsione di sanzioni penali. Bisogna tuttavia chiedersi se le fonti prodotte in Europa e a livello internazionale così come la giurisprudenza Cedu rappresentino un vincolo giuridico nel senso costituzionalmente inteso.

Nulla quaestio circa la responsabilità che lo Stato assume stipulando trattati internazionali. Ricordare quindi che la Convenzione di New York costituisce un preciso obbligo assunto dall'Italia è assolutamente appropriato. Ciononostante, agli occhi dell'interprete sfugge un particolare importante: nella prima stesura della legge penale anti *hate speech*, il legislatore – recependo il trattato – ha scelto in piena autonomia le pene edittali riferite alle fattispecie di reato indicate dall'art. 4 della Convenzione²³. Successivamente, come già ampiamente spiegato, il Parlamento è tornato sul testo per apportare ulteriori modifiche che hanno inciso sia sulle fattispecie, sia sull'ammontare delle pene previste; un'operazione ammissibile in quanto il vincolo posto a livello internazionale riguarda il fine da raggiungere, non la scelta dei mezzi. Pertanto, il legislatore deve certamente impegnarsi a non tradire la *ratio* propria del trattato internazionale, disponendo di tutte le misure necessarie volte a combattere – nel caso in questione – le forme di antidiscriminazione razziale. Allo stesso modo, è libero di adattare tali misure alle proprie esigenze ordinamentali. Infatti, alla luce delle prime indicazioni date dalla Corte costituzionale nelle famose sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007 sulla portata del vincolo del rispetto degli obblighi internazionali *ex art. 117* comma 1, i trattati²⁴ sono sì parametro interposto di costituzionalità, ma *sui generis* visto che rappresentano allo stesso tempo oggetto del giudizio di costitu-

²³ Tra le fattispecie indicate, quelle che interessano l'*hate speech* sono «la diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, l'incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti». Art. 4, Convenzione di New York del 1966, sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale.

²⁴ Risulta ormai pacifico che, oltre alla Cedu, qualunque fonte internazionale a carattere pattizio (quindi anche i trattati stipulati in forma semplificata) sono norme interposte rispetto al principio sancito dall'art. 117, comma 1, cost. A tal riguardo cfr. Corte cost. n. 120 e n. 194 del 2018, in cui si considera come parametro la Carta sociale europea; Corte cost. n. 7 del 2013, in relazione alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo; Corte cost. n. 124 del 2010, con riferimento al Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione ONU sui cambiamenti climatici. In dottrina, già in assenza delle specificazioni della Corte costituzionale sulla base del decalogo stilato nelle sentenze gemelle Elisabetta Lamarque avvertiva che nove regole su dieci si applicavano anche ai trattati diversi dalla Cedu. E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del Seminario svoltosi in Roma – Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Milano, 2010, 111 ss.

zionalità²⁵ e conseguentemente non devono a loro volta contrastare con una qualunque delle disposizioni della Carta fondamentale.

Tirando le prime somme, appare chiaro come il ragionamento della Cassazione nella sentenza qui citata muova da un erroneo presupposto interpretativo che attribuisce alle norme interne di esecuzione a un vincolo internazionale una presunzione di conformità a Costituzione maggiore delle altre leggi o, addirittura, che lo stesso art. 4 della Convenzione di New York entri direttamente in bilanciamento con le altre disposizioni costituzionali, tanto da giustificare la compressione di un diritto della persona come quello alla libera manifestazione del pensiero²⁶.

Viceversa, poiché il vincolo non è stringente come invece ritenuto essere dalla Cassazione, nulla impedisce ai giudici di farsi da tramite per azionare un controllo sulla legge anti *hate speech*, nonostante questa rappresenti il recepimento della Convenzione. Certamente, le spinte internazionalistiche a criminalizzare i discorsi d'odio²⁷ farebbero ritenere che esiste una sorta d'obbligo di considerare incompatibile l'*hate speech* con la libera manifestazione del pensiero. Tuttavia, persino la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea, 2008/913/GAI, relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia, nonostante suggerisca le pene edittali da applicare, lascia agli Stati la discrezionalità nel definire il tipo di reato, permettendo loro di «decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi»²⁸. Analogo margine di discrezionalità risulta tanto più presente in relazione all'attuazione della direttiva europea 2000/43/CE «per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica» che non qualifica espressamente i discorsi d'odio come comportamenti discriminatori. In questo caso, infatti, sono stati piuttosto i giudici italiani, in piena autonomia, a proporre una sua interpretazione estensiva, annoverando l'*hate speech* tra le ipotesi di molestia.

Rimane da valutare la portata del vincolo Cedu *ex* artt. 10 e 17 della Convenzione, per come questi sono interpretati dalla Corte di Strasburgo.

Sempre a partire dalle sentenze gemelle, la Corte costituzionale ha precisato come la verifica di costituzionalità debba riguardare le norme Cedu che vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea²⁹, non poten-

²⁵ A tal proposito, E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2018, 123-124.

²⁶ In tale senso anche E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 141 ss., 159.

²⁷ Si rimanda sul punto alla II sez. del secondo capitolo.

²⁸ Art. 1, par. 2. della Decisione quadro.

²⁹ In particolare Corte cost. n. 348, par. 4.7 del Considerato in diritto. Successivamente la Corte costituzionale ha sempre ribadito il predominio interpretativo della Corte di Strasburgo nei riguardi della Cedu. Cfr. la più recente sent. n. 109/2017, dove si ribadisce che «Nell'attività inter-

do i giudici interni – Corte costituzionale compresa – sostituire una propria interpretazione a quella fornita da Strasburgo, a meno di non violare un preciso obbligo che lo Stato ha assunto stipulando la Convenzione senza apporvi riserve. Da ciò potrebbe discendere che alle pronunce di Strasburgo vada attribuito il valore di “autorità di cosa interpretata”³⁰, con la conseguenza di costringere i giudici nazionali a fare proprie le parole della Corte europea e applicarle tassativamente al caso, senza poterne valutare le specificità anche in rapporto ai principi ispiratori dell’ordinamento costituzionale italiano. Il risultato di questa interpretazione sarebbe che, in presenza di un caso riguardante l’*hate speech*, non si potrebbe garantire la libertà senza limiti del discorso d’odio, essendo la giurisprudenza europea ormai stabilmente orientata verso la loro punibilità.

Tuttavia, questa rappresenta una chiave di lettura alquanto superficiale della giurisprudenza costituzionale in materia di obblighi internazionali che, viceversa, ha successivamente cercato di fornire ulteriori tasselli per comprendere meglio la reale portata del vincolo interpretativo nei confronti della giurisprudenza della Corte europea³¹. In primo luogo, infatti, la Corte costituzionale ha calibrato più esattamente la propria dottrina della “massima espansione delle garanzie”³²; in secondo luogo, ha precisato il significato dell’espressione “giurisprudenza consolidata” di Strasburgo³³ cui essa aveva fatto richiamo.

Quanto al criterio della massima espansione delle garanzie, la Corte costituzionale, nelle sue pronunce, sembrava aver avallato l’ipotesi che il livello di tutela offerto dalla Cedu, così come interpretata dal giudice di Strasburgo, qualora “più intenso” rispetto a quello previsto nell’ordinamento costituzionale, dovesse trovare applicazione a livello interno³⁴, al fine di realizzare la massima espansio-

pretativa che gli spetta ai sensi dell’art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest’ultima». Cfr. altresì, *ex multis*, sentt. n. 68/2017, n. 276, n. 36/2016.

³⁰ In dottrina cfr. J. VELU, *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in *Nouveaux itinéraires en droit: hommage a Francois Rigaux*, Bruxelles, 1997, 533 ss.; L.E. PETITTI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1999, 767; O. DE SHUTTER, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, in «Revue belge de droit international», 1997, 20 ss., 23, 59.

³¹ Per un quadro generale su come si sono evoluti i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo nel corso dei primi dieci anni dalle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in «federalismi.it», n. 7 del 2016, 1 ss.

³² Cfr. Corte cost., n. 317 del 2009, sentenza apripista di tale dottrina.

³³ Corte cost. n. 49 del 2015.

³⁴ In dottrina si avverte di un uso solo “apparente” del parametro convenzionale. E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in «La Rivista Gruppo di Pisa», n. 3 del 2019, 116 ss., 125.

ne delle garanzie a tutela di un diritto fondamentale³⁵. In seguito, però, la Corte aggiusta il tiro teorizzando l'esistenza di una sorta di margine d'apprezzamento interno, che le attribuisce il potere/dovere di verificare la compatibilità del vincolo internazionale nell'interpretazione vivente a Strasburgo con il sistema costituzionale nel suo complesso e non solo in riferimento al diritto fondamentale in questione³⁶. In tal modo la Corte si è posta come una sorta di giudice di confine³⁷, ritenendosi – in quanto responsabile della tenuta del sistema nel suo insieme³⁸ – nella posizione migliore per garantire armonia tra i diversi diritti³⁹ e per stabilire le priorità di un diritto sull'altro, qualora il contemperamento non risulti possibile. Per questo, essa, ad esempio, talvolta non si è fatta scrupolo di entrare in conflitto diretto con la Corte di Strasburgo, quando questa aveva ritenuto incompatibili leggi nazionali con alcuni articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁰.

Da ciò si deduce che, avendo la Corte costituzionale dimostrato l'assenza di una presunzione di conformità al vincolo interpretativo della Corte Edu, il giudice comune può discostarsi dalla giurisprudenza europea. Il che tanto più varrebbe in relazione alla legge antri *hate speech*, visti i tanti dubbi di legittimità costituzionale che essa solleva, come questo lavoro sta cercando di mettere in risalto.

Nemmeno quanto stabilito dalla Corte costituzionale in riferimento al significato di "giurisprudenza consolidata" costringerebbe i giudici ad adeguarsi a Strasburgo. Nella sentenza n. 49 del 2015, infatti, la Corte ha precisato come «è solo un *diritto consolidato*, generato dalla giurisprudenza europea, quello che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano

³⁵ Particolarmente critico nei confronti di questo approccio Bin, il quale fa notare come i diritti tendano sempre ad essere "a somma zero", per cui l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta la diminuzione per un altro. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018. ID., *L'interpretazione conforme, Due o tre cose che so di lei*, in «Rivista AIC», n. 1 del 2015, 1 ss., 12.

³⁶ Corte cost. n. 236 del 2011 a cui faranno seguito Corte cost. n. 303 del 2011, n. 15 del 2012, n. 150 del 2012.

³⁷ La qualifica di Corte costituzionale come giudice di confine la si deve a V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, 237.

³⁸ A tal proposito si rimanda ai vari scritti di Ruggeri, ad es. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XVII. Studi dell'anno 2013*, Torino, 2014, 95 ss.

³⁹ Critico nei confronti di questo approccio, P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in «www.giustiziainsieme.it», 17 ottobre 2019.

⁴⁰ Si consideri ad esempio il dialogo a distanza relativo all'irretroattività delle leggi di interpretazione autentica scaturito dai ricorsi a Strasburgo sulle pensioni svizzere. La Corte costituzionale ribadisce come sia fondamentale il bilanciamento tra interessi antagonisti di pari rango costituzionale anche rispetto a quelli già apprezzati a Strasburgo. Corte cost. n. 264 del 2012. Più in generale sui filoni in cui si sono generati conflitti tra le due corti si rimanda alla nota n. 116 del par. 2.4 del secondo capitolo.

espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»⁴¹. Al di là dei problemi che ha generato tale formula, portando molti studiosi a interrogarsi sulla sua portata, per quanto riguarda l'*hate speech* essa si presta a una duplice lettura. Secondo la prima, poiché Strasburgo pare abbia assunto una posizione ormai inequivocabile circa l'impossibilità di considerare i discorsi d'odio protetti dalla Convenzione, i giudici italiani sarebbero costretti a operare un'interpretazione convenzionalmente conforme. Tuttavia – venendo alla seconda lettura – finora in nessuna occasione la Corte europea si è pronunciata rispetto a casi italiani. Inoltre come ormai ripetuto allo strenuo dalla Corte costituzionale, il giudice è comunque costretto a sollevare un dubbio di costituzionalità di una legge quando si pone l'esigenza di valutare attentamente tutti gli interessi in gioco, non solo quelli relativi alla protezione di un singolo valore. È dunque ormai indiscusso il «riaccentramento del sindacato di costituzionalità sul versante dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, sia pattizio sia consuetudinario»⁴².

Conclusivamente, il parametro dell'art. 117, comma 1cost., risulta quindi assolutamente inappropriato per legittimare costituzionalmente la legge che vieta i discorsi d'odio. Se così non fosse, si agirebbe in controtendenza sia rispetto alla natura di giudice sussidiario della Corte europea, che altrimenti rivestirebbe il ruolo di regina del diritto alla manifestazione del pensiero, sia rispetto alla funzione della Corte costituzionale italiana quale giudice delle leggi.

3. (segue) *Il limite dell'ordine pubblico?*

La giurisprudenza penale ha lungamente giustificato l'applicazione della legge sull'*hate speech* in nome della tutela dell'ordine pubblico, al fine di mettere al riparo la collettività da eventuali attacchi violenti che minano alla pace e alla tranquillità. Si è visto, infatti, che in una prima fase i giudici cercavano di giustificare il reato di diffusione di idee d'odio e di incitamento a commettere atti di discriminazione aderendo allo schema del reato di pericolo. Tuttavia, rispetto a questo iniziale orientamento giurisprudenziale, secondo cui l'elemento del pericolo avrebbe dovuto conformarsi ai canoni della concretezza, in una seconda fase si è accettato di aderire allo schema del pericolo presunto a dolo generico, per poi, in una terza fase, essere interpretato esclusivamente come reato a dolo generico.

Come ciò si concilia con l'impostazione del diritto penale minimo che il nostro ordinamento repubblicano sposa⁴³? Infatti, la lettura sistematica di molti

⁴¹ Corte cost. n. 49 del 2015, cit., par. 7 del Considerato in diritto (Corsivo aggiunto).

⁴² A. RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in «Ordine internazionale e diritti umani», n. 3 del 2019, 507 ss., 527.

⁴³ È fuori discussione che l'ordinamento costituzionale animi un diritto penale dell'*extrema ratio*. Per tutti si v. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in «Noviss. Dig. it.», XIX, Torino, 1973, 7 ss.; L.

articoli della Costituzione rivela come lo strumento del diritto penale rappresenti certamente un ottimo veicolo per applicare i programmi di una specifica politica criminale, ma a condizione che questo venga inteso come *extrema ratio*, coerentemente alle opzioni fondamentali sancite nella Carta⁴⁴. Il nostro assetto costituzionale obbliga il sistema penale al rispetto di tutta una serie di principi, tra i più importanti quello di legalità, determinatezza e tassatività (art. 25, co. 2); di personalità della responsabilità personale (art. 27, co.1); di proporzione e ragionevolezza (art. 3).

Date queste premesse, per capire se il divieto e la punibilità dei discorsi d'odio – che di fatto limitano il diritto individuale alla libera manifestazione del pensiero – siano costituzionalmente legittimi in forza della protezione dell'ordine pubblico è necessario verificare in che misura l'ordinamento costituzionale protegge il valore “pace sociale”, tradotto in termini di protezione dell'ordine pubblico, ma che al tempo stesso non autorizza restrizioni ingiustificate dei diritti individuali, come la libera manifestazione del pensiero.

La dottrina penalistica si è soffermata a lungo sul mutamento del ruolo del diritto penale nell'avvicendamento delle diverse forme dell'ordinamento. Rispetto alla tradizione prima liberale e poi fascista, tale disciplina avrebbe dovuto cambiare radicalmente volto con l'avvento della costituzione democratica. Eppure, permangono ad oggi molti spazi entro cui a una politica criminale volta a soddisfare sia il principio di efficienza sia le garanzie individuali si contrappone una politica che s'ispira alla logica dell'emergenza e che rende il sistema penale intriso di «interventi giudiziari di tipo esemplare-profetico, tendente a dare un'immagine passionale, individualistica, moralistica, in ultima analisi vendicativa, della giustizia»⁴⁵.

Considerando più da vicino i discorsi d'odio, e più in generale l'intera categoria dei reati d'opinione, ciò risulta lampante. La configurazione del reato di *hate speech* come di pericolo astratto e/o di mera condotta porta a una sola conclusione, ovvero che la pace pubblica trova spazio di tutela non solo nelle circostanze in cui il pericolo è concreto e imminente, ma anche e soprattutto quando è ipoteticamente minacciato. Infatti, la valutazione dell'istigazione a commettere atti di discriminazione viene valutata sulla base della mera idoneità delle parole discriminatorie e offensive utilizzate a provocare situazioni di disordine.

Non sono apparse convincenti agli occhi degli interpreti le posizioni espresse da eminenti studiosi costituzionalisti e penalisti, che si sono ampiamente spesi per dimostrare come nell'attuale sistema costituzionale l'unica accezione di ordine pubblico possibile sia quella di tipo materiale, rigettando al contempo qua-

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1990; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

⁴⁴ In tal senso F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1988, 3 ss.

⁴⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; v. anche M.A. CATTANEO, *Critica della giustizia. Natura e società moderna*, Milano, 1996.

lunche ipotesi di protezione di ordine pubblico ideale o etico⁴⁶. Nelle decisioni che interessano l'*hate speech* i giudici invocano sì l'ordine pubblico come bene meritevole di tutela per evitare danni materiali alla società, ma solo apparentemente. In sostanza ne abbracciano un'accezione di tipo morale e financo politicamente orientata⁴⁷.

Come più volte sottolineato, il generale clima di paura e arroganza che pervade il tessuto sociale porta a giustificare un simile atteggiamento, ritenendo plausibile fornire risposte giuridiche punitive per sopperire alla mancata ricomposizione dei conflitti sul piano esclusivamente culturale. Ciò non rappresenta tuttavia l'unica motivazione. Va anche tenuto in considerazione che sul concetto di ordine pubblico si è sempre fatta una notevole confusione, a cui si aggiunge una giurisprudenza costituzionale ambigua che rifugge dal definirne i contorni.

Sulla indeterminatezza del concetto di ordine pubblico si è espressa la più autorevole dottrina⁴⁸, auspicando un suo superamento per scongiurare il rischio che questo diventi valore immanente al sistema⁴⁹. In sintesi, per evitare derive ideologiche, che avrebbero quale unico effetto quello di preservare lo *status quo*⁵⁰ – come era negli obiettivi dello stato fascista – secondo gli studiosi la nozione di ordine pubblico dovrebbe subire un processo di concretizzazione più conforme ai precetti costituzionali⁵¹. A tal fine, si dovrebbe preliminarmente distinguere con precisione

⁴⁶ Sono rimaste minoritarie le tesi di chi considerava la lesività della semplice manifestazione del pensiero anche a lungo termine e anche se non determina la commissione di reati. Cfr. G. BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in «Giur. cost.», 1974, 1436 ss. Sulla posizione della dottrina a favore di una concezione di ordine pubblico strettamente materiale si rimanda al cap. I, par. 2.5.

⁴⁷ L'espressione è di M. Gros, il quale in una sapiente lezione inaugurale dell'anno accademico all'Università degli Studi di Roma Tre si è speso in una prolusione che avversa qualunque tendenza moralistica dell'ordinamento che ha come unico risultato quello di contrarre ingiustificatamente la libertà d'espressione. Cfr. M. GROS, *Prima lezione di diritto: ordine morale, dignità umana e "neutralità del diritto". Dal lancio del nano al comico razzista*, in «Diritto e società», n. 2 del 2015, 237 ss.

⁴⁸ V. in particolare C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in «Dem. dir.», Milano, 1967, 367 ss.

⁴⁹ L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in «Noviss. Dig. it.», XII, Torino, 1965, 30 ss., 31-32; G. CORSO, *Ordine pubblico*, in «Enc. dir.», XXX, Milano, 1980, 1060 ss., 1062; A. CERRI, *Ordine pubblico. II. Diritto costituzionale*, in «Enc. giur.», XXII, Roma, 1990, 3 ss.

⁵⁰ Insiste su questa funzione di conservazione dell'assetto politico-legale costituito dei reati d'opinione a tutela dell'ordine pubblico C. FIORE, *I reati d'opinione*, Padova, 1972.

⁵¹ A tal proposito A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in S. MOCCIA (a cura di), *Delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2007, 1 ss., 7,9. Lo stesso A. ribadisce tuttavia come l'adeguamento del sistema penale ai principi costituzionali non significhi aderire a una concezione di ordine pubblico costituzionale, convenendo con chi esprimeva perplessità di elevare a rango costituzionale un bene oggetto di diretta protezione penale. V. anche L. STORTONI, *Diritti dell'uomo ed emergenza: (l'eredità de)gli anni di piombo*, in AA.VV., *Sistema penale e diritti dell'uomo*, Napoli, 2002, 35 ss.

tra ordine pubblico materiale e ordine pubblico ideale⁵², rigettando quest'ultimo e favore del primo, che è l'unico finalizzato all'esclusivo mantenimento della quiete⁵³.

Pur confidando nella bontà di tale classificazione che distingue tra ordine materiale e ordine ideale, non ci si può tuttavia illudere che essa possa scongiurare eventuali distorsioni interpretative del concetto. Come è stato fatto notare, bisogna maneggiare con molta cautela anche l'applicazione del limite di ordine pubblico materiale, il quale potrebbe essere considerato – erroneamente – «funzionale ad un processo di omogeneizzazione ideologica del pluralismo che compone il tessuto sociale di una comunità»⁵⁴, prestandosi così alla realizzazione di fini meramente politici. Ne conseguirebbe in tal modo una tutela anticipata fondata sul solo requisito del sospetto, caratteristica propria dell'ordine pubblico ideale ereditato dall'epoca liberale⁵⁵.

Va da sé che la legge anti *hate speech* rappresenta l'esempio tipico di questa strumentalizzazione, dimostrando come quel processo necessario per rendere più oggettivo il concetto di ordine pubblico sia fallito. Attingendo alla categoria del pensiero-azione, la giurisprudenza ha giustificato la compressione della libertà d'espressione sancita all'art. 21 cost., senza preoccuparsi di chiedersi quanto legittima fosse un'applicazione lasca basata sul pericolo presunto in relazione alle fattispecie della propaganda e dell'istigazione.

Come si accennava, neanche la giurisprudenza costituzionale è riuscita a dare un contributo efficace per restringere l'ambito applicativo dei reati d'opinione, in particolare dell'apologia e dell'istigazione, avendo essa diverse volte perso l'occasione di dichiarare incostituzionali i delitti contro l'ordine pubblico, previsti dapprima dal codice Zanardelli e successivamente inaspriti dal codice Rocco⁵⁶. La

⁵² Per questa prima importante distinzione cfr. L. PALADIN, *Ordine pubblico*, cit.

⁵³ Intendono in questo modo l'ordine pubblico materiale S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in «Archivio giur. "Filippo Serafini"», 1963, 111 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 22 ss.

⁵⁴ A. SESSA, *Tutela dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali*, cit., 12. Più in generale G. DE VERO, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in «Dig. disc. pen.», IX, Torino, 1995, 72 ss., 76.

⁵⁵ Per una compiuta rassegna storica dell'evoluzione del concetto di ordine pubblico dall'epoca liberale a quella costituzionale, passando per il ventennio fascista, cfr. A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali*, cit., 18-30.

⁵⁶ Cfr. Corte cost. n. 26 del 1961, in cui si accoglieva parzialmente la questione d'incostituzionalità relativa all'art. 2 del t.u.l.p.s. (sul potere prefettizio di ordinanza per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica), e preceduta dalla sent. n. 8 del 1956 risolta con un'interpretativa di rigetto. In particolare, la sentenza è nota per aver attribuito una valenza specificamente democratica all'ordine pubblico, come sintesi delle esigenze di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti a tutti i cittadini. Così, M. MANETTI, *Ordine pubblico e giurisprudenza costituzionale*, in M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, 249.

ratio sottostante a tali codici era completamente diversa rispetto alle finalità che l'attuale ordinamento costituzionale si propone; tuttavia essi permangono ancora nel sistema con tutte le conseguenze che ne derivano.

Infatti, nonostante la Corte abbia ridimensionato la posizione primariamente espressa, in cui si sposava un concetto di ordine pubblico ideale⁵⁷, il nobile tentativo compiuto con la nota sentenza n. 65 del 1970⁵⁸ non è risultato sufficiente perché ha cercato una soluzione di compromesso, pronunciandosi con una interpretativa di rigetto. In sostanza, la Corte ha ricordato come l'apologia punibile fosse quella che in concreto provoca la commissione di delitti, assumendo dunque i connotati dell'istigazione indiretta. Ciononostante, essa ha lasciato al giudice la possibilità di valutare caso per caso il requisito della concretezza, con la conseguenza che il reato di *hate speech* è stato indentificato con l'idoneità potenziale a suscitare un sentimento razzista tale da dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di generare comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione⁵⁹.

Queste le conseguenze: da un lato i reati d'opinione non sono stati depenalizzati, anzi, il legislatore continua imperterrito a proporre leggi emergenziali che tendono a comprimere la manifestazione del pensiero⁶⁰; dall'altro lato, i giudici continuano a utilizzare lo schema del pericolo presunto. Eppure, è chiaro come l'ordinamento costituzionale, oltre che per i parametri già più sopra invocati – i quali impongono certe caratteristiche al diritto penale, minimo e sussidiario – non solo non lascia affatto spazio alla tutela di un ordine pubblico ideale, ma restringa a casi limite la possibilità di limitare i diritti fondamentali individuali in nome dell'ordine pubblico materiale.

Più nello specifico, si è sempre ritenuto che la Costituzione faccia riferimento all'ordine pubblico esclusivamente in termini di tutela dell'incolumità dei cittadini, affidando all'autorità amministrativa di pubblica sicurezza il compito di salvaguardarla in ossequio alla stretta osservanza del principio di legalità. Oggi, grazie alla riforma del Titolo V, vi è anche un esplicito riferimento testuale che avalla questa interpretazione restrittiva, essendo stata introdotta al comma 2, lett. h) dell'art. 117 cost., la locuzione "ordine pubblico" affiancata a quella di "sicurezza

⁵⁷ Si fa ovviamente riferimento a Corte cost. n. 19 del 1965, in cui la Corte salva dall'incostituzionalità il reato di pubblicazione e diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, di cui all'art. 656 c.p., giustificandolo perché servente alla tutela dell'ordine pubblico che si pone il fine di «preservare le strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni tentativo di modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza». Per maggiori specificazioni sul punto si rimanda al cap. I, par. 2.5.

⁵⁸ Corte cost. n. 65 del 1970, già discussa ampiamente nel capitolo primo, a cui si rimanda.

⁵⁹ Sull'applicazione dello schema di pericolo si rimanda alla rassegna giurisprudenziale proposta nel capitolo 3.

⁶⁰ Il riferimento è al progetto di legge Fiano, o a quello relativo alla omofobia e transofobia di cui si è parlato approfonditamente nel terzo capitolo.

pubblica”. Inoltre, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 407 de 2002, in relazione alla delimitazione di competenza tra Stato e Regioni in materia di tutela ambientale, ha nientemeno prospettato l’ipotesi che sicurezza pubblica e ordine pubblico siano un’endiadi, asserendo così che l’ordine pubblico debba ritenersi solo nell’eccezione di ordine pubblico materiale⁶¹.

Guardando poi alle disposizioni costituzionali che fanno riferimento al bene sicurezza, le libertà che possono essere limitate sono solo quella di circolazione (art. 16, comma 1), di riunione (art. 17) e d’iniziativa economica privata (art. 41, comma 2). Mentre sono vietati i provvedimenti di pubblica sicurezza che limiterebbero la libertà di domicilio, di corrispondenza, così quanto la manifestazione del pensiero. In relazione a quest’ultima, come messo in luce da Pace, ciò sarebbe comprovato sia dal carattere pluralista della Costituzione⁶² sia dalla lettura del terzo comma dell’art. 21 cost., il quale, per il sequestro degli stampati, prevede esclusivamente l’intervento dell’autorità giudiziaria e mai quello dell’autorità amministrativa⁶³.

Se, dunque, l’unica dimensione dell’ordine pubblico considerata dalla carta costituzionale è quella meramente materiale, la nostra legge sui discorsi d’odio risulterà con essa incompatibile oltre che in riferimento al reato di propaganda, anche in riferimento al reato di istigazione a commettere atti di discriminazione.

Il reato di propaganda. Considerando che la Cassazione non ha attribuito alcuna importanza alla sostituzione della parola “diffusione” con “propaganda” nel testo legislativo⁶⁴ e considerando che la tutela dell’ordine pubblico può influire sull’esercizio della libertà d’espressione solo alla presenza di un pericolo concreto, l’indeterminatezza della previsione è facilmente dimostrabile, così come è presto comprovabile la sua incoerenza con il sistema costituzionale. Quanto al primo aspetto, è il giudice che soggettivamente stabilisce quando la diffusione – o propaganda secondo il testo attuale – sia in grado di provocare un disordine; quanto al secondo aspetto, pare curioso punire penalmente la diffusio-

⁶¹ Corte cost. n. 407 del 2002, par. 3.1 del Considerato in diritto. Nello specifico, la Corte affermava che «Non sembra infatti necessario a questo scopo accertare, in una prospettiva generale, se nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale la nozione di *sicurezza pubblica* assuma un significato restrittivo, in quanto usata in endiadi con quella di *ordine pubblico*, o invece assuma una portata estensiva, in quanto distinta dall’ordine pubblico, o collegata con la tutela della salute, dell’ambiente, del lavoro e così via. È sufficiente infatti constatare che il contesto specifico della lettera h) del secondo comma dell’art. 117 – che riproduce pressoché integralmente l’art. 1, comma 3, lettera l), della legge n. 59 del 1997 – induce, in ragione della connessione testuale con *ordine pubblico* e dell’esclusione esplicita della *polizia amministrativa locale*, nonché in base ai lavori preparatori, ad un’interpretazione restrittiva della nozione di *sicurezza pubblica*» (Corsivi aggiunti).

⁶² Sul punto ci si soffermerà nel par. 2.1 dell’epilogo.

⁶³ M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 774; A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in «Rivista AIC», n. 1 del 2015, 1 ss.

⁶⁴ Sul punto si rimanda all’analisi della giurisprudenza della Cassazione svolta nella II sez. del terzo capitolo.

ne di un'idea se si considera che l'essenza della manifestazione del pensiero consiste proprio nella sua divulgazione. È l'espressione del pensiero, o che dir si voglia la sua manifestazione, ad essere tutelata. Quando il pensiero non viene esternato non si pone il problema di tracciare i suoi limiti, o di affermare la sua libertà. In tal caso non è neanche necessario invocare il limite logico del principio d'azione. Di tal modo, il legislatore dovrebbe specificare le ipotesi di applicazione del reato in questione, circostanziandole a quelle situazioni in cui la propaganda, divenendo azione, produce danni concreti all'incolumità pubblica. Come si è visto, l'attuale disciplina consente di punire situazioni che hanno più a che vedere con la protezione dell'ordine pubblico in senso ideale, contrariamente a quanto la Costituzione permette.

Il reato d'istigazione a commettere atti di discriminazione. Anche in questo caso si hanno ottime ragioni per ritenere che l'ordine pubblico materiale non giustifichi la previsione del reato ibrido, come è stato definito nel presente lavoro⁶⁵. Nonostante, come cerca di spiegare la dottrina, l'istigazione sia cosa ben diversa dalla propaganda⁶⁶, il reato d'istigazione a commettere atti discriminatori ha la finalità di punire coloro che intendono convincere gli altri a non tollerare persone di particolari etnie, discriminandole. Invece, lo scopo d'impedire proteste violente tali da provocare disordini è perseguito dalla fattispecie dell'istigazione a commettere atti di violenza, disciplinata separatamente⁶⁷. Pertanto, il limite dell'ordine pubblico varrebbe solo in quest'ultimo caso e nella misura in cui il giudice riscontri la causalità tra l'istigazione e l'atto violento, evitando di applicarlo nelle ipotesi in cui il pericolo è solo presunto⁶⁸. In caso contrario, l'incriminazione per istigazione si risolverebbe in un'intollerabile limitazione alla libertà di pensiero⁶⁹.

⁶⁵ Cfr. par. 1.2 del terzo capitolo.

⁶⁶ Tra gli autorevoli autori favorevoli alla punibilità del pensiero rispetto esclusivamente all'istigazione che conduce all'azione violenta, o all'apologia purché ragionevolmente pericolosa, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, cit., 145. ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1087, per la sola istigazione diretta ai delitti puniti come tali dal codice penale; A. Cerri, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in «Giur. cost.», 1969, 1183 ss., per l'istigazione a violare le leggi penali o ad azioni violente di minoranze; G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1960, 15 ss.; ID., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414, ultimo comma, cod. pen.*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1971, 18 ss.

⁶⁷ Art. 1, comma 3, lett. b) della legge n. 654 del 1975.

⁶⁸ Si v. in dottrina C. FIORE, *I reati d'opinione*, cit., 31 ss. Egli insiste sul requisito dell'immediatezza dell'istigazione, presupposto essenziale affinché tale fattispecie di reato sia rispettosa dei vincoli costituzionali posti a salvaguardia della libertà d'espressione.

⁶⁹ Cfr. G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in «Dem. dir.», 1966, 490 ss.

4. (segue) *Dignità ed eguaglianza?*

Da quanto emerso dall'analisi della giurisprudenza qui condotta, i limiti giuridici che più vengono fatti valere per legittimare il divieto e la punibilità dei discorsi d'odio sono quelli relativi alla protezione della dignità e dell'eguaglianza. Come si è visto, i giudici, avendo quasi abbandonato del tutto il limite dell'ordine pubblico – utilizzato ormai solo e sempre più raramente come argomento aggiuntivo anche nei casi di applicazione delle circostanze aggravanti⁷⁰ – richiamano la pari dignità e l'eguaglianza come principi da controbilanciare alla libertà di manifestazione del pensiero.

Riassumendo in breve, questo cambio di prospettiva ermeneutica – assolutamente rilevante ai fini dell'applicazione del reato di *hate speech* – ha preso avvio da quando, con la legge Mancino del 1993, la fattispecie dell'incitamento alla commissione di atti discriminatori è stata assimilata alla fattispecie della diffusione di idee che promuovono la superiorità della razza. Essa ha prodotto come conseguenza quella di cambiare il bene oggetto di tutela: si è passati dall'esigenza di proteggere la pacifica convivenza in termini di ordine pubblico, a quella di salvaguardare le identità di gruppi minoritari per assicurare il rispetto reciproco. Pertanto, con questa operazione il diritto individuale al rispetto della personalità si è elevato automaticamente al diritto al rispetto della personalità di un intero gruppo, estendendo la lesione del valore della dignità dal singolo all'intera sua comunità – religiosa o culturale – di appartenenza. È per questo motivo che i giudici hanno perfino dato poco peso alla sostituzione fatta nell'ultima versione del testo della legge del 2006 delle parole “diffusione” con “propaganda” e “incitamento” con “istigazione”. In definitiva, quando l'oggetto di tutela era l'ordine pubblico, l'utilizzo di propaganda e istigazione, in luogo di diffusione e d'incitamento, poteva incidere sulla tipizzazione del reato. Infatti, nel senso comune, parole come propaganda e istigazione sono più adatte a circoscriverlo alle sole ipotesi in cui è la palese volontà di mettere in pericolo l'incolumità fisica degli astanti. Invece, adesso che l'oggetto di tutela è diventato la protezione dell'eguaglianza (come ormai esplicitamente dichiarato nel codice penale in virtù dell'ultima modifica occorsa) propaganda o diffusione e incitamento o istigazione possono essere utilizzati come sinonimi⁷¹.

È lecito allora chiedersi e verificare se i limiti alla manifestazione di idee d'odio per proteggere eguaglianza e dignità siano compatibili con l'accezione costituzionalistica a queste attribuita.

⁷⁰ V. *supra*, cap. III, par. 2 e i relativi sotto paragrafi.

⁷¹ Sui cambiamenti che la legge anti *hate speech* ha subito nel tempo e le relative implicazioni si rimanda alla prima parte del terzo capitolo.

4.1. *La forza suggestiva dell'argomento "dignità". Quali e quanti tipi di dignità in Costituzione?*

Quando nelle sentenze s'invoca la dignità come valore che limita necessariamente la libertà del pensiero d'odio ciò che più colpisce è l'assoluta assertività con cui i giudici ne proclamano la lesione, presupponendo che ad essa si possa attribuirne un significato univoco. Eppure, chiunque si sia cimentato nel tentativo di fornirne una definizione adeguata si è imbattuto in una serie di variabili, tanto da rilevare l'estrema difficoltà di delimitarne perfettamente i contorni.

Infatti, autorevoli studiosi osservano che esistono diverse accezioni di dignità – soprattutto quelle che ruotano attorno all'idea di vita degna⁷² – tanto da aver etichettato, a ragione, come poliedrico questo concetto⁷³. Invece, in particolare per i discorsi d'odio, legislatore e giudici trascurano il problema e considerano la dignità astrattamente. Manca un certo rigore giuridico nel valutare la sua violazione in considerazione al caso di specie, presupponendo l'esistenza di un automatismo in base al quale frasi pregiudizievoli espresse ai danni delle minoranze sono necessariamente incompatibili con la protezione che la Costituzione assicura loro. È implicita l'idea che la dignità propria di ogni singolo, che si realizza anche e soprattutto attraverso la tutela della libertà di manifestazione del pensiero, non sia meritevole della stessa tutela accordata ai gruppi minoritari.

Il perché gli operatori ritengano giuridicamente opportuna questa impostazione deriva molto probabilmente da condizionamenti di natura storico sociale. La manifestazione del pensiero che si vuole vietare e punire non è quella che si fa strumento per dissentire politicamente, ma quella che ha fatto scrivere pagine cruente di storia. La disseminazione capillare dell'ideologia nazista che si fondeva sulla differenza della razza ariana rispetto a quella ebraica ha certamente contribuito a produrre l'Olocausto, pertanto oggi, memori di questa esperienza sociale e politica, si ritiene doveroso estirpare alla radice qualunque germe d'odio, cominciando appunto col vietare le sue manifestazioni verbali.

D'altro canto, come già anticipato, molteplici sono i significati che il termine dignità è capace di assumere. E qui di seguito se ne darà un rapido cenno, al fine di dimostrare come quella in contrapposizione alla manifestazione del pensiero rischi di essere strumentalizzata da chi, in nome di un ideale eticamente giusto, impedisce alla società di crescere in senso democratico.

Nella sterminata letteratura nazionale e internazionale prodotta sul tema non c'è saggio che non specifichi in premessa l'impossibilità di attribuire alla dignità un significato universalmente valido. Sicuramente perché siamo di fronte a un

⁷² Cfr. A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in «Quad. cost.», n. 3 del 2008, 519 ss.

⁷³ M. LUCIANI, *Positività, metapositività, e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 1055 ss.

valore che trova le sue origini non nel diritto, bensì nelle tradizioni filosofiche e culturali che si sono sedimentate nella storia⁷⁴: dall'idea di uomo degno nella Grecia omerica, secondo cui il degno è l'eroe, il valoroso, il magnanimo; per poi passare alla cultura romana – dove il degno è quello che si mette a disposizione dell'interesse comune grazie a virtù quali *aequitas*, *clementia*, *constantia*, *fides*, *pietas*, *prudentia*, *religio*, *sanctitas*, *sapientia* – e alla cultura cristiana, dove la dignità, secondo la concezione di San Tommaso espressa nella *Summa Theologiae*, è innata, è dono di Dio e va quindi preservata vivendo in armonia con il fine da questi assegnato agli esseri umani; fino ad arrivare al concetto secolare di matrice kantiana in base al quale l'uomo è sempre un fine e mai un mezzo, così da essere certamente libero, ma nella misura in cui rispetta la dignità di tutti, compresa la propria⁷⁵.

Nondimeno, quando la dignità è stata trasposta nel linguaggio giuridico, sulla sua definizione ha pesato molto, come si è anticipato, l'esperienza storica dell'Olocausto, la quale ha indirizzato gli ordinamenti costituzionali europei e l'ordinamento internazionale a considerare il principio in questione l'esplicitazione del rispetto della persona in tutte le sue manifestazioni, diventando così preminente⁷⁶. Ad esempio, Giovanni Maria Flick sottolinea che la dignità è un ponte che lega il passato al futuro e che, siccome accanto agli errori del passato possano affiorare nuove inquietudini, essa deve rimanere ancorata al principio personalista⁷⁷. Pertanto la dignità umana è stata consacrata nella Dichiarazione Universale dei diritti umani, nonché in tutte le costituzioni contemporanee, diven-

⁷⁴In tal senso v. C. MC CRUDDEN, *Human dignity and judicial interpretation of human rights*, in «European Journal of Int.l Law», n. 10 del 2008, 655 ss.

⁷⁵Per una ricostruzione più attenta e puntuale dell'evoluzione del concetto filosofico di dignità si rimanda a M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 121-127.

⁷⁶In una prospettiva più sociologica la motivazione storica è alla base anche del ragionamento proposto da J.Q. WHITMAN, "Human dignity" in *Europe and The United States: The social foundations*, in G. NOLTE (a cura di), *European and US constitutionalism*, Strasburgo, 2005, 95 ss. L'A., tuttavia, propone una prospettiva molto più illuminante rispetto alle differenze che intercorrono sull'impostazione dello Stato democratico statunitense e gli Stati europei. Questi ultimi, oltre ad aver accentuato l'esigenza di proteggere la dignità come risposta agli orrori del secondo dopoguerra, avevano preparato il terreno già nell'età liberale, quando il vero intento era quello di livellare, attraverso il principio del rispetto della dignità, la società verso l'alto, adeguando lo *status* di chi occupava un posto inferiore nelle classi sociali a quello di chi stava sul gradino più alto. Contrariamente, negli Usa, si è continuati a puntare sulla protezione della libertà, intesa come non ingerenza da parte dello Stato, di cui la libertà d'espressione è la massima espressione. Si v. anche E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional visions in Germany and the United States*, Westport, Connecticut, Londra, 2002.

⁷⁷G.M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 39 ss. Sul nesso tra i fatti nazisti e l'affermazione della dignità umana si v. anche E. RIPIPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 18 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010.

tando un valore scontato nelle costituzioni di nuova generazione⁷⁸.

Nonostante la dignità sia il tratto comune di così importanti documenti giuridici⁷⁹, non per questo si è trovata una concordanza circa la sua interpretazione per poterla applicare oggettivamente ai casi concreti. E, infatti, tra i giuristi si è detto che la dignità è «un concetto multiforme»⁸⁰; di «disarmante inafferrabilità»⁸¹; che «l'uso della nozione di dignità umana può risultare ambiguo se ricondotto, senza mediazioni, al principio scivoloso dell'etica»⁸²; che «l'argomento della dignità è adoperato come una seducente arma retorica, il cui uso ricorrente rischia però di sminuirne il valore declassandolo da principio fondamentale a moneta spicciola nelle liti quotidiane»⁸³; che «il significato della dignità dell'uomo si connette ad immagini dell'uomo differenti secondo i tempi ed i luoghi ed a loro volta alimentate da concezioni del mondo molteplici e diverse»⁸⁴; che la dignità «è la rappresentazione di un valore difficilmente definibile in ogni suo peculiare aspetto ed altresì di complessa applicazione alla realtà delle vicende umane»⁸⁵; che «la sensazione è che il significato di tale espressione sia dato per pre-

⁷⁸ Oltre alle Costituzioni dei paesi europei redatte dopo la caduta del muro di Berlino, o quelle africane e sudamericane, assume estrema rilevanza il fatto che la dignità sia tra i capisaldi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avendovi dedicato nientemeno che l'articolo d'apertura.

⁷⁹ Non solo il principio del rispetto della dignità pervade tutti i documenti costituzionali di nuova generazione, ma è diventato l'argomento principale per i giudici per risolvere i cosiddetti *hard cases*. Sul successo dell'uso della dignità a livello giurisprudenziale A. SPERTI, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in «Costituzionalismo.it», n. 1 del 2013. In particolare, l'Autrice afferma che il riferimento alla dignità per risolvere casi particolarmente controversi consente alle corti di mantenere l'argomentazione su un piano neutrale, visto che riguarda la generalità degli esseri umani. Sulle obiezioni all'utilizzo dell'argomento dignità per risolvere casi costituzionalmente rilevanti e che riguardano in particolare la tutela dei diritti fondamentali J. WEINRIB, *Human Dignity and its critics*, in G. JACOBSON, M. SHOR (a cura di), *Comparative Constitutional Theory*, Uk-Usa, 2018.

⁸⁰ G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in «Dir. pubbl.», n. 1 del 2016, 247 ss. L'A. sottolinea come l'argomento dignitario, parallelamente al suo espandersi, vede sempre più appannarsi i suoi referenti teorici e culturali, per diventare la sintesi di argomenti e orientamenti interpretativi eterogenei e occasionali. *Ivi*, 248.

⁸¹ A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in «Rass. parl.», n. 2 del 2007, 323 ss.; EAD., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012.

⁸² G. AZZARITI, *Osservazioni a margine della relazione di D. Shefold, La dignità umana*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee*, Padova, 2007, 67 ss.

⁸³ J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo nel sapere giuridico*, Roma, 2007, 185 ss.

⁸⁴ P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi studio*, Torino, 2012, 61 ss.

⁸⁵ L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in «Rass. dir. civ.», n. 3 del 2011, 761 ss.

supposto, risultando alquanto problematico ogni tentativo di fornire una definizione che sia soddisfacente per tutti i casi che non appaia cioè troppo riduttiva o, al contrario, così estesa da perdere utilità concreta»⁸⁶.

Il pericolo di fare un utilizzo giuridico del valore dignità *à la carte* è sempre in agguato. Per questo sarebbe bene, precauzionalmente, calibrarsi su quello che è stato definito *the common core of dignity* e che accomuna qualunque tipo di ordinamento, indipendentemente dalla latitudine. Come spiega sapientemente Mac Crudden, la dignità può essere classificata secondo tre principali accezioni, ovvero distinguendo il suo significato ontologico, quello relazionale e quello da cui scaturiscono limiti per il potere statale⁸⁷. In tal senso, la dignità rappresenta una qualità intrinseca di ogni uomo e pone degli obblighi sia in capo a tutti gli individui, sia in capo allo Stato: i primi devono riconoscere e rispettare la dignità di ogni uomo suo prossimo, il secondo deve agire per il bene di ogni consociato e non viceversa.

Probabilmente questi sono i significati che coincidono con la *ratio* sottesa agli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana, dove tale principio è consacrato come valore primario. Non pone, infatti, l'art. 2 cost. un onere in capo alla Repubblica di riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, imponendo al tempo stesso ai singoli l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale? E, ancora, non contempla l'art. 3 la pari dignità sociale ai cittadini (comma 1), affidando alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale (comma 2) alla sua realizzazione? Non a torto c'è chi ha visto questi due articoli legati da una sorta di "cerniera", seppure il primo sia finalizzato ad affermare il principio personalista, il secondo quello d'eguaglianza. E la cerniera è rappresentata dalla locuzione «pari dignità sociale»⁸⁸.

Da questi due articoli e dal modo in cui sono collegati tra loro ne discende che anche nel nostro sistema costituzionale la dignità ha questa triplice natura: di valore intrinseco dell'uomo (comma 1, art. 2 cost.); di riconoscimento dell'uomo da parte degli altri uomini, oltre che di accettazione e rispetto dell'identità di un intero gruppo (comma 2 dell'art. 2 cost. insieme al comma 1, dell'art. 3 cost. uniti dalla formula «pari dignità sociale»); e di nucleo incompressibile da parte del legislatore e dei pubblici poteri (comma 1 dell'art. 2 cost. insieme al comma 1 dell'art. 3 cost.)⁸⁹. Riflettere su questi tre aspetti e cercare di delimitarne gli ambiti di applicazione appare quanto mai utile, almeno per scongiurare l'uso reto-

⁸⁶ G. MONACO, *La tutela della dignità umana: Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in «Pol. dir.», n. 1 del 2011, 47 ss.

⁸⁷ Cfr. C. MC CRUDDEN, *Human dignity and judicial interpretation*, cit., 167-168; v. anche N. RAO, *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, in «86 Notre Dame Law. Rev.», 183, 2011, 248 ss.

⁸⁸ M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in «Dig. disc. pubbl.», V, Torino, 1990, 382 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, cit., 147.

⁸⁹ G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 69-70.

rico a cui facilmente si presta l'argomento dignità sul piano giuridico. Affermare che la dignità è il fondamento dello stato costituzionale, che non può essere bilanciata con altri principi perché essa stessa è la bilancia⁹⁰, che per nessuna ragione può essere sacrificabile⁹¹ ha sicuramente una sua ragion d'essere. Chi non è d'accordo col ritenere che la persona va rispettata per quello che è, oltre che per quello che fa? Oppure, che la sua vita conta quanto la vita di un'altra persona? Tuttavia, si nutre il dubbio che giocando la carta dignità venga preclusa qualsiasi possibilità di valutare dettagli che possano, invece, mettere in discussione la sua valenza assoluta rispetto al caso di specie.⁹² Eppure, come si è detto, è chiaro a tutti – filosofi, storici, sociologici, giuristi – che non esiste un unico significato di dignità, concetto intriso di estrema vaghezza. Allora, bene sarebbe maneggiarlo con cura, onde evitare che diventi uno strumento inutile a causa del suo utilizzo inflazionato, o nientemeno che venga percepita come un'arma che produce ingiustizia, invece che contribuire a parificare la condizione degli uomini.

Partendo da queste premesse si cecherà ora di capire quanto l'uso del parametro dignità è confacente rispetto alla limitazione dei discorsi d'odio, sia in riferimento ai suoi effetti orizzontali, di rispetto tra gli uomini, sia in riferimento agli effetti verticali, come argine al potere pubblico.

4.2. Quale "dignità" per i discorsi d'odio?

Che l'argomento dignità sia considerato vincente per limitare e punire i discorsi d'odio dalla stragrande maggioranza dei giudici comuni, sia penali sia civili, si è detto ampiamente. Allo stesso tempo, dall'analisi della giurisprudenza effettuata precedentemente non emerge in modo chiaro il significato di dignità utilizzato dai giudici: un valore innato *ex art. 2 cost.*, che sottende all'inviolabilità dei diritti, oppure un valore relazionale *ex art. 3 cost.*, che parla di dignità sociale⁹³? Eppure l'utilizzo dei due parametri non è affatto indifferente per valutare i limiti ai discorsi d'odio, in quanto la dignità sottesa all'art. 2 cost. si connette principalmente alla protezione dei diritti della personalità (onore, reputazione, immagine, ecc.), al fine di consentire la piena realizzazione dell'uomo, sia come

⁹⁰ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in «Rivista AIC», 2008, 1 ss.

⁹¹ A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in «Rivista AIC», n. 1 del 2011.

⁹² In tal seno si è parlato di dignità come valor supercostituzionale, v. A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, cit., 28 ss. Discutono invece di valore supercostituzionale della dignità come ingrediente positivo A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in «Pol. dir.», n. 3 del 1991, 343 ss.

⁹³ Ribadisce la distinzione tra dignità umana *ex art. 2 cost.* e pari dignità sociale, *ex comma 1, art. 3 cost.* M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 202; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, vol. 1, Torino, 2006.

singolo sia nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità, mentre la dignità “sociale” ex art. 3 risponde soprattutto all'esigenza di tutelare un bene collettivo, quale è la rispettabilità di un gruppo nella società.

Di conseguenza, al fine di risolvere le controversie relative ai discorsi d'odio si deve necessariamente tener conto dei destinatari dell'offesa. Se questa è rivolta contro un singolo, si deve procedere attraverso la classica tecnica del bilanciamento tra diritti tutti individuali, ponendo su un piatto della bilancia la libertà d'espressione – seppure d'odio – e sull'altro piatto il diritto della personalità che si ritiene violato (onore, reputazione, ecc.). Al contrario, quando l'offesa è indirizzata a un gruppo, si nutre il dubbio che il bilanciamento sia la strada percorribile. Come pesare un diritto individuale col bene dignità, che non ha un'incidenza diretta su un diritto di personalità del singolo? Invece, trascurando del tutto questa distinzione, i giudici dichiarano la violazione della dignità ai sensi dell'art. 2 cost. anche quando il pensiero d'odio è rivolto contro un gruppo indeterminato di persone al fine di negar loro rispetto e riconoscimento.

Siccome quindi le decisioni vertono ormai tutte attorno alla violazione del bene dignità, è utile analizzare a fondo le interpretazioni possibili delle disposizioni costituzionali di riferimento, per verificare se smentiscono o sostengono quelle fornite dai giudici a sostegno dell'esclusione dei discorsi d'odio dalla protezione costituzionale.

È indubbio che la dignità che costituisce la premessa all'inviolabilità dei diritti ex art. 2 pone primariamente in capo allo Stato l'obbligo di non violare quelli che sono qualificati come diritti innati: non a caso nella fortunata formula usata in Costituzione, la Repubblica deve “riconoscerli” e “garantirli”. Se dall'art. 2 cost. alcuni deducono che lo Stato possa persino intervenire per impedire comportamenti autonomi e volontari del singolo giudicati lesivi della sua dignità⁹⁴, tanto più è pacifico che il potere pubblico non possa disporre della vita delle persone e debba astenersi dal sottoporli a trattamenti inumani e degradanti. Il rispetto della dignità in questo caso equivale al rispetto dell'umanità e nessuno può mettere in dubbio la sua protezione⁹⁵. Ciò però non ha molto a che vedere con la puni-

⁹⁴ Si pensi al noto caso francese del lancio del nano, dove le autorità francesi avevano predisposto la chiusura di un locale che permetteva ad un nano, previo suo consenso, di farsi lanciare dalla bocca di un cannone, giustificando la decisione sulla base del fatto che neppure la persona interessata, nonostante la rivendicazione del diritto alla propria autodeterminazione, potesse rinunciare alla propria dignità. Sulla decisione si è espressa una nutrita dottrina. Si citano qui gli autori che lo hanno preso a riferimento per la ricostruzione del concetto giuridico di dignità umana. Sul punto, tra i molti, M. GROS, «*Prima lezione di diritto: ordine morale, dignità umana e neutralità del diritto*», cit.; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 155 ss.

⁹⁵ C. MC CRUDDEN, *Human dignity and judicial interpretation of human rights*, cit.; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit. Giova ricordare che casi simili possono ormai essere puniti in base al nuovo art. 613 bis c.p. che disciplina il reato di tortura. Nello specifico questo dispone che: «Chiunque con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o

bilità dei discorsi d'odio, malgrado siano pronunciati da chi detiene il potere. Anche nell'ipotesi in cui il predicatore d'odio sia un uomo pubblico, non vanno mai trascurati due elementi: in primo luogo, deve comunque essere verificato il nesso di causalità tra il pensiero e la sua conseguenza; in secondo luogo, pur riscontrando tale nesso, non è affatto automatico che la responsabilità ricada in capo alla Stato, come invece accade per il compimento di atti disumani quali la tortura⁹⁶. In quest'ultima ipotesi, non solo non è pertinente l'applicazione della dottrina dei limiti impliciti, ma non lo è neanche quella dei limiti logici all'italiana, che limiterebbe il pensiero perché azione violenta di per sé.

È chiaro che il parametro dignità invocato dai giudici serve per aprire la strada alla previsione di limiti logici all'americana, in quanto le idee d'odio rappresenterebbero in qualunque circostanza un principio d'azione discriminatoria che nega il riconoscimento degli altri. Un'impostazione questa che troverebbe una sua ragion d'essere giuridica se, in virtù della nota dottrina tedesca della *Drittwirkung*, si ritenesse l'art. 2 cost. dotato di portata orizzontale. Ovvero, se da questo si può rivendicare il rispetto dei diritti costituzionalmente previsti non solo nei confronti delle pubbliche autorità, ma anche nei confronti dei privati.

Posto che ormai anche la Corte costituzionale ha accettato questa impostazione, soprattutto con riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero⁹⁷, e posto che pure la legislazione ordinaria si muove in questa direzione, prevedendo nel codice penale reati che puniscono la lesione dell'onore, della reputazione, o dell'immagine, come più volte detto, si deve prestare molta attenzione al bilanciamento da fare per risolvere i casi. La prima accortezza riguarda la selezione dei beni oggetto di tutela da pesare, i quali devono essere dello stesso tipo. Nello specifico, per valutare la limitazione dei discorsi d'odio, la libertà d'espressione deve quindi essere misurata rispetto ad altri diritti fondamentali e non rispetto al generico valore della dignità umana. Se così fosse, il bilanciamento sarebbe solo apparente, in quanto, nella ormai consolidata tradizione giuridica contemporanea, la dignità rappresenta essa stessa la bilancia essendo il nucleo centrale di ciascun diritto⁹⁸. Un conto è bilanciare la dignità di chi si esprime con la dignità del destinatario che subisce l'of-

affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona».

⁹⁶ Naturalmente, come ampiamente visto nell'analisi sulla legislazione italiana offerta nel terzo capitolo, qualora alla parola seguisse invece l'azione, l'ordinamento penale è attrezzato a punire il comportamento razzista e discriminatorio attraverso il riconoscimento dell'aggravante per motivi razziali.

⁹⁷ In proposito si v. Corte cost. n. 122 del 1970, dove si afferma che «non è lecito dubitare che la libertà di manifestare il proprio pensiero debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale» (par. 2 del Considerato in diritto).

⁹⁸ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit.

fesa a causa del messaggio comunicato⁹⁹, un altro è invece soppesare la manifestazione d'odio con la dignità offesa di un gruppo indeterminato di soggetti.

È possibile pretendere che il singolo, quando entra in relazione con altri, si consideri “giuridicamente” obbligato a tollerare, considerare e stimare chiunque nella stessa misura? I giudici rispondo al quesito affermativamente ritenendo che il pensiero trovi logicamente un limite nel rispetto della dignità degli altri e in particolare delle minoranze, così trasformando il limite logico pensiero/azione all'italiana nel diritto/dovere al riconoscimento all'americana. Invero, questa accezione non è sconosciuta a una certa corrente di studiosi italiani che identifica nella dignità il principio secondo cui l'altro dev'essere riconosciuto come pari e pertanto rispettato¹⁰⁰. Poiché però, come si è visto, il significato di dignità sotteso all'art. 2 cost. non pare essere adatto ad imporre il rispetto verso categorie indistinte di persone che formano il tessuto sociale, il parametro costituzionale di riferimento più confacente sarebbe la pari dignità sociale *ex art. 3 cost.*, primo comma, che, come più volte detto, nella giurisprudenza analizzata è sempre citato in tandem con l'art. 2 cost. senza che se ne faccia una distinzione.

A questo punto è doveroso provare a ragionare attorno al secondo significato di dignità come valore relazionale e identitario sancito proprio all'art. 3 cost. che parla di pari dignità sociale¹⁰¹, tralasciando il suo primo significato, ovvero di valore ontologico *ex art. 2 cost.*

L'analisi verrà affrontata secondo due diverse angolazioni: in base alla prima, posto che la dignità sociale dell'art. 3 cost. può, come detto, essere considerata la cerniera tra il principio personalista e il principio d'eguaglianza, essa potrebbe anche essere letta non come pretesa soggettiva di protezione, bensì come il suo opposto quale pretesa di adempimento di un dovere inderogabile di solidarietà sociale in capo ai singoli, come previsto dalla seconda parte dell'art. 2 cost.; in base alla seconda prospettiva, si leggerà la pari dignità sociale alla luce del principio d'eguaglianza.

⁹⁹ La necessità di tutelare la dignità di chiunque per preservare la propria identità indipendentemente dai pregi e dai difetti dei soggetti così come anche stabilito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 13 del 1994, è sottolineata da G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit. C'è invece chi suggerisce di operare il bilanciamento non tanto tra le dignità in gioco, come se le si potessero pesare, ma tra principi. A tal proposito L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, cit., 797.

¹⁰⁰ Sull'esigenza di assicurare rapporti sociali fondati sulla tolleranza, sul rispetto delle regole di convivenza, sull'accettazione delle diversità, sul principio multiculturale per garantire il riconoscimento dell'eguale dignità G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, cit., 68-69.

¹⁰¹ Parte dallo stesso punto per arrivare a giustificare l'operato dei giudici L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà d'espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.

4.3. *Pari dignità sociale e dovere di solidarietà*

Nonostante la pari dignità sociale sia stata definita una formula curiosa¹⁰², essa può senz'altro rappresentare la chiave per capire se il valore dignità abbia la forza dirompente per giustificare la limitazione alla manifestazione di pensieri razzisti, soprattutto se letto attraverso la lente del dovere giuridico dei consociati all'eguale rispetto.

Chi per primo ha sottolineato la crucialità dell'espressione pari dignità sociale ha affermato come questa chiarisca quale sia la posizione del cittadino nei confronti della società e dello Stato valendo «per ogni situazione intersoggettiva, per tutti i momenti che implicano la rilevazione della alterità da parte di un soggetto, cioè a dire, per ogni tipo di rapporto»¹⁰³. Da queste parole si dovrebbe concludere che secondo la Costituzione il riconoscimento e il rispetto degli altri è un obbligo per tutti e che, dunque, tutti hanno il dovere di essere solidali.

Tuttavia, pur ammettendo che il catalogo dei doveri non sia quello che si rinviene solo nella Carta costituzionale (ad. es. nell'art. 4, nell'art. 54, nell'art. 52, nell'art. 34, comma 2, nell'art. 32, comma 3, nell'art. 48), potendo ricomprendere tutti quelli previsti dalla legge ai sensi dell'art. 23 cost.¹⁰⁴, e pur ammettendo che la solidarietà vada intesa non soltanto con riferimento ai doveri (potendo manifestarsi ad es. attraverso l'attività in associazioni di volontariato¹⁰⁵, oppure a favore della donazione di organi per trapianti terapeutici¹⁰⁶), si fatica a cogliere l'essenza preceettiva dell'art. 2 cost. rispetto a tutte quelle situazioni che la legge non qualifica espressamente come dovere.

Quella del “dovere di rispettare” è una tesi suggestiva e al contempo affascinante: se tutti assolvessero un simile onere, non esisterebbero pregiudizi e relative vittime; ciascuno avrebbe l'opportunità che merita di occupare una buona posizione nella scala sociale. Ma questo nel migliore dei mondi possibili. Invece, la realtà dell'epoca in cui viviamo è ben diversa. Riprendendo quanto scrivono i due criminologici Adolfo Ceretti e Roberto Cornelli, nelle società odierne la fratellanza è un valore debole e «ognuno cerca di stringere relazioni forti da un punto di vista identitario conflittuali ed esclusive, ovvero si accentuano forme di

¹⁰² Definizione offerta da L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, 237.

¹⁰³ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione). Studi in onore di G. Chia-relli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.

¹⁰⁴ In tal senso E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 56.

¹⁰⁵ Corte cost. n. 75 del 1992 commentata da E. PALICI DI SUNI, *Il volontariato tra i valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in «Giur. it.», n. 1 del 1992, 1205 ss. Cfr. anche Corte cost. n. 550 del 1993.

¹⁰⁶ Legge n. 91 del 1999, dal titolo «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti».

fraternità identitarie non solidali»¹⁰⁷. In genere, chi esprime odio disconoscendo l'altro rivendica esclusivamente per sé diritti e libertà, richiedendo che altri ne siano esclusi. Tuttavia, si può imporre giuridicamente la fratellanza? In sintesi che portata precettiva può avere la pari dignità sociale letta in congiunzione col dovere di solidarietà, in particolare col dovere di non esprimere odio?

Alcuni studiosi hanno dimostrato in modo ineccepibile la natura relazionale e identitaria dell'idea di dignità nella Costituzione, ma solo in termini generali, lasciando insoluta la questione del ruolo che la dignità, nella sua duplice natura, può giocare come limite ai pensieri d'odio¹⁰⁸. Coloro che, invece, hanno approfondito il tema dei limiti alla propaganda della superiorità razziale e dell'istigazione a commettere atti discriminatori hanno con forza sostenuto l'idea che tra la dignità relazionale e identitaria e la manifestazione del pensiero la scelta è obbligata: la prima va tutelata sempre e comunque¹⁰⁹. Altri ancora consigliano di affidarsi all'apprezzamento del giudice che, potendo valutare attentamente le circostanze del caso concreto, è nella posizione migliore per decidere di volta in volta quando le espressioni meritano di essere punite perché offensive della dignità¹¹⁰.

Pur condividendo l'idea che la Costituzione protegge la dignità relazionale e identitaria, l'esito dell'analisi del tessuto normativo e della giurisprudenza compiuta nel cuore del presente lavoro non permette di liquidare la questione accordando un automatico favore alla protezione della dignità rispetto alla protezione della libertà d'espressione. Ciò perché, come si è già sostenuto, è pressoché impossibile bilanciare i singoli diritti con la dignità, tant'è che tutti i giudizi sui discorsi d'odio si risolvono accordando a questo bene una tutela assoluta. Evidentemente perché i giudici subiscono una sorta di condizionamento che oscura qualunque giudizio obiettivo sul tema. Forse perché come accade a Strasburgo, anche nel nostro ordinamento si sta costruendo in via pretoria un diritto "a non

¹⁰⁷ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013, 206.

¹⁰⁸ Cfr., ad esempio, G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, cit., 258; G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 69.

¹⁰⁹ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà d'espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., 228, 245; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia odio religioso. Diritti fondamentali e tutela della persona*, Padova, 2006, 134 ss.

¹¹⁰ F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2014, 842; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in «Rivista AIC», n. 2 del 2013, 5. *Contra* E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, cit., 162; M. CUNIBERTI, *Il buon costume e i reati di opinione*, in AA.VV., *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 171 ss., 190, 191. Entrambi gli autori sottolineano il rischio di lasciare ai giudici di decidere di volta in volta vista l'ampia discrezionalità con cui si possono valutare simili reati, con la conseguenza di creare situazioni d'incertezza.

avere paura”, in particolare a non avere paura che si possa tornare a una società che pretende di reggersi sulle differenze razziali.

Il fatto che – come si è visto – siano state qualificate come di odio estremo tutte le manifestazioni di (inquietanti) pregiudizi oggetto dei casi analizzati sia di tipo penale sia di tipo civile, sembra chiaramente rivelare che le decisioni sono per lo più guidate dalle percezioni soggettive dei giudici¹¹¹. Infatti, quello che spicca leggendo tutte le sentenze commentate è la sostanziale assenza di motivazione su aspetti che sono invece cruciali: perché certe affermazioni devono considerarsi vera espressione di odio e non di semplice pregiudizio? Perché esse ledono la dignità delle vittime? Nulla di tutto ciò è spiegato dai giudici che si limitano a dichiarare la violazione della dignità, quasi che la manifestazione di un pensiero umiliante per un gruppo minoritario fosse una ragione già sufficiente.

Il sentimento di umiliazione di un gruppo diventa dunque un parametro giuridico attraverso cui valutare le esternazioni degli altri. Ma questa impostazione si può considerare congrua dal punto di vista costituzionale? I doveri di solidarietà richiamati all'art. 2 cost. possono davvero limitare indistintamente qualunque tipo di comportamento incivile si adotti? Si può, cioè, dare un'interpretazione estensiva della disposizione che finora è stata applicata per le categorie di doveri espressamente previsti dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie? In definitiva, si potrebbe davvero ritenere che il dovere di riconoscere e rispettare tutti i consociati implichi il divieto di propagandare idee d'odio?

A tal proposito sarebbe bene domandarsi preliminarmente cosa voglia dire “costituzionalmente” rispettare, se dovere di comportarsi educatamente, oppure se accettare gli altri, convivere con gli altri, condividere, in una parola sentirsi parte di una società. Nel primo caso il reato di propaganda diventerebbe uno strumento per imporre norme di buona educazione; nel secondo caso servirebbe a poco, visto che i razzisti non sono solo coloro che inveiscono contra le minoranze, ma anche e soprattutto quelli che scelgono scientemente di non esprimere disprezzo pubblicamente verso una categoria di persone, ma allo stesso tempo preferiscono occupare sul tram un posto lontano dagli extracomunitari, oppure decidono di non fare acquisti nella piccola attività commerciale gestita da musulmani o ebrei. È razzista, e dunque lede la dignità relazionale e identitaria, sia chi si palesa sia chi si nasconde, eppure questi ultimi sfuggirebbero dalle maglie del dovere costituzionale di solidarietà e rimarrebbero impuniti. Ma anche se considerassimo valida la prima ipotesi, rimane pur sempre da stabilire se la Costituzione possa punire il puro pregiudizio e non l'odio. Come ripetuto più volte il confine tra i due atteggiamenti è molto labile e le percezioni soggettive di chi decide sono determinanti. Prospettare quindi un dovere generico di rispettare

¹¹¹ Sull'empatia dei giudici rispetto ai casi che sono chiamati a decidere si veda lo studio di A. CALLEGARI, *Problemi fondamentali dell'empatia ed esperienza costituzionale americana*, in «Questione Giustizia», 14 novembre 2017.

pare eccessivo e può aprire la strada a un ordinamento che protegge l'ordine pubblico ideale imponendo dall'alto un registro politicamente corretto¹¹².

Per di più, l'impostazione della protezione della dignità identitaria e relazionale attraverso la chiave dei doveri pone un altro problema. Accanto alla sua componente innata non si può negare che la dignità rappresenti anche una conquista: la si guadagna col proprio comportamento¹¹³. Ebbene, si dovrebbe forse lasciare alle forze sociali più che agli operatori giuridici il compito di escogitare strumenti per sviluppare una fiducia reciproca tra i diversi gruppi per realizzare una convivenza civile¹¹⁴. Lo Stato ha semmai il compito di agire più specificamente sulle politiche d'inclusione sociale. Ma di questo tratteremo più avanti.

Constatato quindi che la chiave del "dovere di rispettare gli altri" non legittima la punibilità dei discorsi d'odio, nel prossimo paragrafo si sperimenterà un'altra strada giuridica legata, in qualche modo, al rispetto della collettività, ovvero si verificherà se la lesione della dignità identitaria possa essere letta alla luce dell'unico limite espresso alla libertà di manifestazione del pensiero (comma 6 dell'art. 21 cost.), vale a dire il buon costume.

4.4. *Pari dignità sociale e limite esplicito del buon costume*

Il motivo per cui è necessario qui focalizzarsi sul buon costume come limite ai discorsi d'odio si giustifica in considerazione sia della sua genesi, sia dell'interpretazione che finora a esso si è data. Infatti, la giustificazione della sua previsione al sesto comma dell'art. 21 cost.¹¹⁵ e della sua applicazione ha fatto e fa riferimento alla protezione della dignità umana.

Contrariamente a quanto sostiene parte della dottrina maggioritaria, che vuole relegare il buon costume alla sola sfera del pudore sessuale¹¹⁶, un'indagine attenta dei lavori dell'Assemblea Costituente e l'analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale che al concetto fa riferimento convincono che esista un nes-

¹¹² Sui rischi dell'uso spropositato del *politally correct* e dei suoi effetti controproducenti, cfr. E. CAPOZZI, *Politicamente corretto. Storia di un'ideologia*, Venezia, 2018.

¹¹³ In tal senso M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 147 ss. Pongono l'accento sulla dignità come dovere A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 365-370.

¹¹⁴ Come sapientemente è stato fatto notare ai principi, tra cui il rispetto della dignità, «si aderisce (o non si aderisce). L'operatività delle regole riposa sull'acquiescenza; l'operatività dei principi scaturisce dalla condivisione di un *ethos*. Un atteggiamento passivo, nel caso delle regole; un atteggiamento attivo, nel caso dei principi». G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

¹¹⁵ Vale la pena qui ricordare che il comma 6 dell'art. 21 cost. recita come segue: «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

¹¹⁶ Si v. esemplificativamente G. DE ROBERTO, *Buon costume. I) Diritto costituzionale*, in «Enc. giur.», V, 1988, 1 ss.; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 178 ss.

so imprescindibile tra esso e la dignità, intesa soprattutto in senso identitario¹¹⁷.

In estrema sintesi, per quando riguarda la posizione dei Costituenti, il dibattito è stato molto acceso e si è diviso tra chi riteneva si dovesse limitare la manifestazione del pensiero ogni qualvolta venisse in gioco l'osceno e sorgessero problemi di moralità pubblica¹¹⁸ – tant'è che nella prima stesura dell'art. 21 il limite non era il buon costume, bensì proprio la moralità pubblica – e chi, invece, avvertiva il pericolo che invocare il concetto astratto di osceno e di moralità potesse dar luogo ad abusi in sede di attuazione, addirittura per arginare dissensi di carattere squisitamente politico¹¹⁹. Persistendo molti dubbi riguardo al significato di oscenità e di moralità pubblica, venne avanzata l'ipotesi di utilizzare il termine "buon costume", nonostante si fosse consapevoli del suo contenuto evanescente¹²⁰. La formula dunque venne accettata dall'intera Assemblea, in quanto risultava essere più confacente all'idea di una Costituzione che avrebbe dovuto proteggere, per dirla con Dossetti, l'insieme di supreme norme morali e non una morale dominante. Al contrario, se si fosse utilizzata la dicitura moralità pubblica, essa avrebbe potuto essere facilmente interpretata per imporre idee eticamente maggioritarie.

Relativamente ai discorsi d'odio c'è da domandarsi se la loro propaganda possa rientrare nell'alveo della protezione delle supreme norme morali, quindi del buon costume. Lo stesso Dossetti, ad esempio, affermava che con moralità in generale non si doveva fare tanto riferimento «a questa o a quella forma di organizzazione della società, [bensì] a un supremo principio morale, ad esempio, quello che proibisce le persecuzioni razziali»¹²¹; inoltre, Moro sosteneva l'esistenza di una connessione tra la moralità e la protezione delle libertà e della dignità umana «che potrebbero essere turbate gravissimamente da abusi licenziosi della libertà di stampa e di espressione del pensiero»¹²².

Sulla scorta di queste parole espresse durante il dibattito nei lavori preparatori alla Costituzione, si potrebbe ritenere che il buon costume possa essere considerato un limite legittimo ai discorsi d'odio, i quali sicuramente esprimono ve-

¹¹⁷ Per una compiuta ricostruzione del significato di buon costume nel sesto comma dell'art. 21 cost. e della sua applicazione da parte della giurisprudenza costituzionale, ma anche di quella penale e civile, R. PERRONE, *«Buon costume» e valori costituzionali condivisi*, Napoli, 2015.

¹¹⁸ Invocavano la moralità pubblica assieme all'esigenza della protezione della gioventù i relatori Basso e La Pira, atti della seduta del 26 settembre 1946, A.A.C., 129.

¹¹⁹ Contrari all'utilizzo del termine osceno erano gli on. Lucifero e Cevolotto (seduta del 27 settembre 1946, 149), mentre assolutamente contrario ad utilizzare la dicitura moralità pubblica era l'on. Rossi, il quale portava come esempio il fatto che in Svizzera era stata vietata la diffusione dell'ideologia marxista perché considerata immorale, pertanto consigliava di sopprimere l'intero comma (A.A.C., 176).

¹²⁰ Sottolinea che la locuzione potesse dar luogo ad arbitri l'on. La Rocca. Invece, suggeriva il suo utilizzo l'on. Codacci Pisanelli, A.A.C., 176.

¹²¹ A.A.C., 488.

¹²² A.A.C., 2821.

dute che non rientrano a pieno titolo nel patrimonio dei valori condivisi, il cui faro è la protezione della persona umana. Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza costituzionale viene in soccorso per specificare meglio a cosa si riferisce il limite in questione quando si erge a protezione della morale e della dignità.

Innanzitutto, ciò che è indubbio è che, nonostante non abbia mai colto l'occasione di definire oggettivamente cosa debba intendersi per buon costume¹²³ – forse per le difficoltà evidenti di compiere un'operazione simile – la Corte costituzionale ha sempre fatto capire come esista un significato autonomo costituzionale di buon costume, che si affranca sia dalla sua accezione penalistica¹²⁴ sia da quella civilistica¹²⁵.

Questo è il punto a cui il giudice delle leggi approda nell'arco di trent'anni: il buon costume protegge la collettività da comportamenti che, per le modalità con cui si manifestano, ledono la dignità umana. Detto in altri termini, affinché si possa invocare il buon costume per limitare la libertà d'espressione è necessario che si utilizzino parole o immagini atti a provocare un profondo turbamento all'intera comunità nel suo insieme, indipendentemente dalle concezioni etiche e culturali di ciascuno dei suoi componenti.

Come ebbe modo di affermare la Corte già nella sua prima sentenza sul tema, il buon costume non ha nulla a che vedere con le concezioni di "morale media" di un popolo o di "etica comune", in quanto la legge morale è quella propria di ogni coscienza. Invece «quando la legge parla di morale, vuole riferirsi [...] a regole, cioè, di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile. Non diversamente il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti»¹²⁶.

¹²³ Si è detto a tal proposito che la giurisprudenza sul buon costume non si presta a una lettura univoca. M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, cit., 220.

¹²⁴ Sull'accezione penalistica di buon costume cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Buon costume. III) Moralità pubblica e buon costume – Dir. pen.*, in «Enc. giur.», V, 1988, 1 ss.

¹²⁵ Nell'accezione civilistica il rischio è confondere il buon costume con il concetto di ordine pubblico, due concetti che secondo autorevoli studiosi devono rimanere distinti. S. RODOTÀ, «Ordine pubblico o buon costume?», in «Giur. di merito», n. 1 del 1970, 104 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in «Riv. dir. civ.», n. 1 del 1966, 1 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993. Per una sintesi delle diverse posizioni, G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013.

¹²⁶ Corte cost. n. 9 del 1965, par. 5 del Considerato in diritto.

In sintesi, il buon costume apre alla possibilità di punire, attraverso la legge, norme di condotta che interessano la comunità complessivamente intesa e che sono percepiti come antisociali in un dato momento storico¹²⁷, perché minano le basi della convivenza sociale, ciò conformemente «ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)»¹²⁸.

A suggellare la prospettiva della Corte, secondo cui il buon costume è limite strumentale alla protezione della dignità umana, è la sentenza n. 293 del 2000 in cui viene salvato dall'incostituzionalità l'art. 15 della legge n. 47 del 1948 sulla stampa, che punisce, *ex art. 528 c.p.*, «la pubblicazione di stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti»¹²⁹.

Questa sentenza, oltre a dare l'occasione alla Corte di chiarire finalmente che il buon costume non riguarda solo la sfera del pudore sessuale¹³⁰, rappresenta anche l'opportunità per definire i confini di questo limite, avendo ancorato il buon costume, più che a un criterio temporale, a un criterio di tipo umano e sociale. La Corte afferma, infatti, che per comune senso della morale s'intende «non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata»¹³¹. E quindi «solo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento»¹³². Non-

¹²⁷ L'attenzione al periodo storico di riferimento e quindi alla mutevolezza della coscienza sociale è la strategia che la Corte costituzionale congeda per smentire decisioni prese precedentemente, come per il caso della propaganda anti procreativa (sent. n. 9 del 1965 e sent. n. 49 del 1971).

¹²⁸ Corte cost. n. 368 del 1992, par. 2 del Considerato in diritto. Sentenza annotata da F. RAMACCI, *Libertà «reale» e «svalutazione» del buon costume*, in «Giur. cost.», 1992, 3563 ss.; J. LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette a contenuto pornografico*, in «Foro it.», I, 1993, 1162 ss.

¹²⁹ Tra le varie censure, quella relativa all'art. 21 nasce dal sospetto per il giudice *a quo* che la norma incriminatrice comporti un'indebita estensione del divieto del buon costume ricomprendendo le pubblicazioni contrarie alla morale comune. Corte cost. n. 293 del 2000, par. 2 del Ritenuto in fatto.

¹³⁰ Così, per alcuni autori, la Corte avrebbe riesumato una nozione eccessivamente ampia di buon costume. V. A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, in «Giur. cost.», 2000, 2245 ss.

¹³¹ Corte cost. n. 293 del 2000, par. 3 del Considerato in diritto.

¹³² *Ibidem*.

stante gli organi giudiziari «non poss[er]no ignorare il valore cardine della libertà di manifestazione del pensiero, non per questo la libertà di pensiero è tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale, poiché essa è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana»¹³³. Dignità umana, che a detta della Corte «è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale»¹³⁴.

Ora, come rivelato da alcuni autori, certamente questa pronuncia ha il pregio di affermare che la concezione etica di cui il buon costume diventa il presidio corrisponde a un minimo comune denominatore condiviso dalla società pluralista, che scongiura dal pericolo dell'adozione da parte dello Stato, che sia il legislatore o il giudice, di una etica di maggioranza¹³⁵. Tutto ciò, però, come avverte la dottrina più avveduta, a patto che i principi costituzionali, tra cui pluralismo e rispetto della dignità, fungano non da contenuto, bensì da filtro per depurare dal buon costume «sentimenti ed emozioni contrastanti con lo spirito della Costituzione»¹³⁶; o ancora nella misura in cui il buon costume venga in rilievo come «concetto valvola, diretto a permettere ad alcune disposizioni normative della Carta fondamentale un adattamento costante al minimo etico condiviso che caratterizza la società italiana»¹³⁷.

Tutto ciò in premessa, si possono tirare le somme per capire se, in base a questo contenuto del buon costume – di limite che presidia il rispetto della dignità intesa in senso relazionale e identitario – esso possa acconsentire alla proibizione e quindi alla punibilità dei discorsi d'odio.

Se si considera che il rispetto della persona inteso come divieto di calpestare e degradare la sua identità non è toccato da alcun riferimento spazio-temporale – la persona umana va rispettata come tale in qualunque parte del mondo e in qualunque tempo – il nostro buon costume certamente va inteso nella sua funzione negativa di acconsentire al legislatore di prevedere disposizioni che puniscano comportamenti incompatibili coi principi costituzionali. Ma si può spingere anche a esplicitare una funzione positiva di promozione dei valori? In tal caso non si profilerebbe il rischio di limitare oltremodo le libertà individuali dando vita, come giustamente segnalato, a «un ordine pubblico ideale mascherato sotto le spoglie del buon costume»¹³⁸? La soglia dell'attenzione deve allora rimanere alta,

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*, par. 4 del Considerato in diritto.

¹³⁵ M. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 39-40; M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, cit., 222-223.

¹³⁶ M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, cit., 217.

¹³⁷ V. PACILLO, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano, 2012, 108-109.

¹³⁸ M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, cit., 176-177.

vigilando su qualunque deriva dell'utilizzo del limite in questione come esplicazione delle aspirazioni della società, ma allo stesso tempo consentendo di proteggere valori irrinunciabili della società di riferimento che si è costituita grazie alla stipulazione del patto sociale attraverso la Carta costituzionale. Tra questi c'è ovviamente la negazione di qualunque forma di discriminazione in base alla razza, ma su questo bisogna intendersi. Di sicuro il buon costume copre tutte quelle situazioni in cui si vietano e puniscono comportamenti che conducono a degradare la persona ad una condizione inferiore a quella di essere umano¹³⁹. Ma, come si diceva, l'offesa deve originare dal modo in cui i comportamenti si esprimono, non semplicemente dal loro contenuto. In sostanza, il limite del buon costume non deve mai sconfinare in un obbligo di conformare il proprio modo di essere e di pensare a determinati principi morali, bensì può imporre determinate regole di comportamento nel manifestare certe idee.

Se questa è la premessa di fondo, i nostri discorsi d'odio razziale in quale area agiscono? Considerando, come si è ribadito tante volte, che ormai le incriminazioni della propaganda di idee razziste e il compimento o l'istigazione di atti di discriminazione *ex art. 3*, comma 1 della legge n. 654 del 1975, si applicano indipendentemente dal pericolo concreto, ma sono utilizzate per tutelare una morale pubblica¹⁴⁰, bisogna assolutamente fare attenzione a rimanere ancorati all'idea di moralità pubblica coincidente appunto col buon costume. Non è ad esso contraria qualunque manifestazione del pensiero che esprime intolleranza, ma quella che, per le modalità in cui è espressa, degrada gli altri inducendo la collettività ad "accettare" idee intolleranti¹⁴¹.

Secondo questa prospettiva, torna tuttavia a monte il solito problema, ovvero la difficoltà di distinguere tra espressioni intolleranti che disturbano grandi fette della società e quelle che, in aggiunta, spingono la società ad uniformarsi verso una concezione di comunità e di persona contraria a quella su cui si fonda il nostro ordinamento. Solo se si è certi che le manifestazioni d'odio siano capaci di produrre simili conseguenze, il buon costume non fungerebbe da limite alle espressioni che non rispettino un certo codice di linguaggio – il *politically correct*¹⁴² – bensì vieterebbe le manifestazioni del pensiero che siano in grado da sole a per-

¹³⁹ Si esprime così R. PERRONE, «Buon costume» e valori costituzionali condivisi, cit., 267. L'A. sottolinea come in dottrina è stato segnalato che è l'aggettivo degradante a qualificare l'offesa della dignità. Cfr., altresì, W.A. PARENT, *Constitutional value and Human Dignity*, in M.J. MEYER, W.A. PARENT (a cura di), *The Constitution of rights. Human Dignity and American Values*, Ithaca-Londra, 1992, 40 ss., 62.

¹⁴⁰ Così anche M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Ferrara*, II, Torino, 2005, 511 ss.

¹⁴¹ Così R. PERRONE, «Buon costume» e valori costituzionali condivisi, cit., 280.

¹⁴² Si è visto nella I sez. del secondo capitolo di questo volume come il *politically correct* rappresenti il grimaldello per vietare i discorsi d'odio, nonostante la copertura quasi totale che il Primo emendamento della Costituzione statunitense offre alla libertà d'espressione.

vertire il costume sociale, nel senso di creare quell'*humus* culturale idoneo a convincere la collettività di non rispettare alcune categorie di persone.

Posto in questi termini, il buon costume potrebbe essere invocato in situazioni davvero eccezionali, dovendo superare uno stringente test di proporzionalità, con cui deve essere dimostrata una manifesta e grave lesione tale da giustificare la compressione di un diritto fondamentale come la libertà d'espressione. Un test che invece i giudici non si accingono minimamente a fare, evitando accuratamente di richiamare il limite del buon costume nelle loro pronunce, evidentemente troppo rigoroso se preso sul serio.

4.5. *Pari dignità sociale ed eguaglianza*

Da quanto emerso fin qui, la pari dignità sociale che imporrebbe il dovere di solidarietà nel senso del riconoscimento e del rispetto di tutti non pare abbia una qualità precettiva sufficiente per limitare i discorsi d'odio, a meno che non si dimostri che questi violano il buon costume; circostanza che, come visto, può presentarsi in casi estremamente eccezionali, a pena di non rischiare di sconfinare in un ordinamento che protegge l'ordine pubblico in senso ideale. Si cercherà allora in questo paragrafo di capire se il ricorso alla pari dignità sociale legata al principio d'eguaglianza possa rivelarsi più fruttuoso.

Come detto, i giudici penali e civili nel valutare i discorsi d'odio fanno perno anche sul fatto che essi ledono il principio di eguaglianza in tandem con la dignità, in quanto tali manifestazioni del pensiero rappresentano in sé per sé una discriminazione¹⁴³. Più in particolare, i giudici penali ritengono che la parola è

¹⁴³ Sul fatto che la discriminazione rappresenti una sicura lesione alla dignità è pacifico. Si v. G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, cit., 74. È questo un punto fermo espresso anche dall'attuale Presidente della Repubblica che in occasione della giornata contro l'omofobia del 2016 aveva affermato che «Questa giornata offre l'occasione di riflettere sulla centralità della dignità umana e sul diritto di ogni persona di percorrere la vita senza subire discriminazioni. [...] La piena realizzazione di questa libertà, che deve appartenere a tutti, indipendentemente dall'orientamento sessuale delle persone è essenziale per la costruzione di un ordinamento che garantisca il pieno rispetto dei diritti fondamentali e costituisca un pilastro della convivenza civile, in applicazione del principio di uguaglianza sancito dall'articolo tre della Costituzione. Sulla capacità di respingere ogni forma di intolleranza si misura la maturità della nostra società. L'intolleranza affonda le sue radici nel pregiudizio e deve essere contrastata attraverso l'informazione, la conoscenza, il dialogo e il rispetto. [...] La non accettazione delle diversità genera violenza e per questo va contrastata con determinazione. È inaccettabile che l'orientamento sessuale delle persone costituisca il pretesto per offese e aggressioni. Così come è inaudito che determini discriminazioni sul lavoro e nelle attività economiche e sociali. Dietro queste forme di degenerazione del vivere civile vi è il rifiuto di accettare le peculiarità di ciascuno. La Costituzione richiede, all'articolo 2, di garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali di ognuno. E la Corte costituzionale ci ha ricordato che la realizzazione di questi diritti, non può essere condizionata dall'orientamento sessuale, perché tra i compiti della Repubblica vi è quello di garantire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione».

sinonimo di discriminazione; i giudici civili ritengono che gli *bate speeches*, identificati come atti molesti (che sono considerati dalla legge sull'antidiscriminazione alla stessa stregua delle discriminazioni), pongono le condizioni per violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo. Parlare con odio è quindi sinonimo di comportamento discriminatorio, trascurando così quella intuitiva differenza che intercorre tra l'atto del dire e l'atto del fare.

Ma, pur ammettendo che il pensiero d'odio consista in una condotta discriminatoria (secondo il limite logico del rispetto della dignità e non del tradizionale nesso pensiero-azione), bisogna capire se la pari dignità sociale protetta dall'art. 3, comma 1 cost. sia davvero pertinente per legittimarne la limitazione.

Come per la dignità umana *ex art. 2 cost.*, anche per la pari dignità sociale si deve verificare che questa possa esplicare effetti orizzontali, ponendo l'obbligo del suo rispetto su tutti i singoli e non solo in capo allo Stato.

A tal fine è doverosa una premessa, ovvero bisogna muovere dalla constatazione che pari dignità sociale ed eguaglianza formale dinanzi alla legge non sono concetti equivalenti, nonostante nel testo dell'art. 3 cost. si presentino l'uno accanto all'altro. Se non si accettasse questa lettura, peraltro condivisa dalla maggior parte degli studiosi¹⁴⁴, sarebbe preclusa qualunque possibilità di estendere ai rapporti tra privati la precettività della formula stessa¹⁴⁵, vanificando all'origine i presupposti dell'analisi che qui ci si propone.

Posto che le discriminazioni vietate in base al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni, alle condizioni personali e sociali pongono oneri sullo Sta-

¹⁴⁴ L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 213 ss.; A.S. AGRÒ, *Art. 3. Il principio d'eguaglianza formale*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 124; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1023.

¹⁴⁵ Non tutti gli studiosi concordano sul fatto che tra pari dignità sociale ed eguaglianza vi sia una differenza, insistendo lungamente sul fatto che la pari dignità sociale possa considerarsi un'endiadi rispetto al principio d'eguaglianza formale (P. BARILE, *Eguaglianza e tutela della diversità in Costituzione*, in «Quad. cost.», n. 1 del 1994, 53 ss.), o una formula giuridica evanescente, (P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 156); A.S. AGRÒ, *Art. 3. Il principio d'eguaglianza formale*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 123 ss. Eppure, già nei lavori alla Costituente, certamente difficili nella parte in cui si discuteva dell'introduzione di una formula come quella della pari dignità sociale, si era messo in evidenza che sarebbe stato meglio optare per essa piuttosto che scrivere "diritto ad eguale trattamento sociale", proprio per evitare di accumulare questo principio con quello dell'eguaglianza formale. Fu l'on. Laconi a indicare esplicitamente che la pari dignità dovesse essere altro dal principio d'eguaglianza dinanzi alla legge, «riferendosi il primo a tutte le possibili differenze di trattamento riconducibili alla posizione del cittadino nella scala sociale» (così citato in M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, cit., 151, a cui si rimanda anche per la ricostruzione degli interi lavori in Assemblea Costituente). Per una più completa ricostruzione delle posizioni espresse in dottrina sul significato di pari dignità sociale si rimanda ad A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 71-72.

to e non sui privati¹⁴⁶, il dovere anche per i privati di astenersi da comportamenti discriminatori deriverebbe dalla formula della dignità sociale che agirebbe in via riflessa. Muovendo dalle considerazioni di Paladin, il quale affermava che «il divieto delle differenziazioni aventi riguardo alla razza, non ricevendo deroghe di sorta nel seguito del testo costituzionale, determina un limite assoluto delle funzioni normativa, esecutiva e giudiziaria; ed indirettamente vincola le stesse manifestazioni di autonomia privata»¹⁴⁷, Pace esorta a considerare il preteso diritto soggettivo all'eguaglianza tra privati nella misura in cui s'individui specificamente una discriminazione che impedisca il godimento di un dato bene della vita. Spiega l'A che «in tale ipotesi si tratterà, più correttamente, di un diritto al pari trattamento con riguardo a quel dato bene; e non il diritto al rispetto del generale principio d'eguaglianza»¹⁴⁸. Sempre nella prospettiva di Pace, se ciò è possibile è perché esiste un fondamento costituzionale che è proprio la pari dignità sociale, senza la cui protezione l'uomo non sarebbe trattato al pari degli altri uomini¹⁴⁹.

Chiarito quindi che la pari dignità sociale può, entro certi limiti, esercitare obblighi a livello orizzontale, i discorsi d'odio – quando costituiscono propaganda e istigazione a commettere atti di discriminazione – devono essere limitati e puniti poiché il loro effetto è quello di convincere chi ascolta a impedire il godimento di un bene ad altri. Pertanto, il riconoscimento della violazione della dignità sociale impedisce situazioni – non si sa quanto remote o prossime – che farebbero diminuire le *chances* di godimento di quel dato bene¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Contra A. CERRI, *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in «Foro it.», I, 1992, 1531 ss. L'A. afferma l'esistenza di un diritto soggettivo all'eguaglianza anche tra privati, sostenendo che la discriminazione, ossia la distinzione non motivata da ragioni oggettive, è l'ipotesi tipica di violazione dell'eguaglianza nei rapporti interprivati. Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali sul tema si v. M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in «Giur. cost.», n. 3 del 2007, 2405 ss.

¹⁴⁷ L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., 280.

¹⁴⁸ A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio d'eguaglianza – Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002, 75 ss.

¹⁴⁹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionale, Parte generale*, cit., 47-48. A onor del vero l'A. si riferisce qui alla pari dignità sociale legata alla tutela del diritto all'onore. Ma, come detto ampiamente, per i discorsi d'odio, l'offesa non riguarda l'onore del singolo, bensì il più ampio bene della dignità identitaria di un gruppo. Pertanto, rimane ferma la necessità di individuare il bene concreto di cui s'impedisce il godimento. Sulla tutela civilistica dell'onore e della reputazione v. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985.

¹⁵⁰ È di questa idea la Corte suprema canadese quando afferma che «*The derision, hostility and abuse encouraged by hate propaganda therefore have a severely negative impact on the individual's sense of self-worth and acceptance. This impact may cause target group members to take drastic measures in reaction, perhaps avoiding activities which bring them into contact with non-group members or adopting attitudes and postures directed towards blending in with the majority. Such consequences bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the fostering of human dignity through, among other things, respect for the many racial, religious and cultural groups in our*

Tuttavia, anche in questo caso vengono alla luce i soliti dilemmi più volte sottolineati: è vero che non c'è differenza tra la propaganda di idee di superiorità razziale, o l'istigazione alla commissione di atti discriminatori di cui non si conosce a priori e il compimento di atti concreti di discriminazione? Se l'assunto costituzionale di partenza è corretto, non si dovrebbe di volta in volta verificare il nesso di causalità tra pensiero discriminatorio e azione discriminatoria? Altrimenti in che cosa consisterebbe la parità di trattamento?

Dunque, la tesi secondo cui la pari dignità sociale fa coincidere il pensiero con l'azione discriminatoria non pare possa trovare una giustificazione costituzionale, eccetto nelle ipotesi in cui, per ragioni razziste, si riserva un trattamento diseguale, come ad esempio non servendo al bar il caffè a dei nordafricani¹⁵¹, oppure non ammettendo l'ingresso in una discoteca a persone di colore¹⁵². In tal caso si profila l'ipotesi di reato relativa alla commissione di atti di discriminazione, che ha una portata assolutamente diversa rispetto alla propaganda di idee razziali e all'incitamento alla commissione di atti di discriminazione¹⁵³. Ci sono poi i casi di discriminazione diretta e indiretta commessi da privati che la legge civile sanziona grazie al d.lgs. n. 215 del 2003. È questa una disciplina che ha il pregio di stabilire in dettaglio quando il privato, compiendo una discriminazione, lede il principio d'eguaglianza, accogliendo quindi le indicazioni di Paladin e Pace¹⁵⁴.

Pertanto, in assenza di una verifica puntuale che accerti se il comportamento del privato abbia prodotto come conseguenza il mancato godimento di un bene non è legittimo dichiarare la lesione della pari dignità sociale. In definitiva, si ritiene che questa possa sì costituire la base per consentire una generale proibizione di atti di discriminazione, ma non ha la forza sufficiente per punire situazioni in astratto. Altrimenti si determinerebbe una situazione paradossale in cui verrebbe condannato chi, ad esempio, manifesta disprezzo per le ondate migra-

society». R. v. Keegstra, (1990) 3 SCR 697. Cfr., *ex multis*, L.E. WEINRIB, *Hate Promotion in a Free and Democratic Society: Regina v. Keegstra*, in «Mc Gill L.J.», n. 36 del 1991, 1417, ss.

¹⁵¹ Cass. pen., III sez., 21 dicembre 2005, n. 46783 e 16 novembre 2006, n. 37733.

¹⁵² Tribunale di Torino, I sez. pen., 13 gennaio 1997.

¹⁵³ L'introduzione del reato d'incitamento alla commissione di atti di discriminazione è stato ritenuto oltre che lesivo dell'art. 21, anche incostituzionale per l'indeterminatezza della fattispecie. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in «Crit. dir.», 1994, 16 ss.

¹⁵⁴ In particolare l'art. 3 del d.lgs. n. 215 del 2003 (ambito di applicazione) elenca le aree di discriminazione distinguendole in: *a*) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; *b*) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; *c*) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; *d*) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni; *e*) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; *f*) assistenza sanitaria; *g*) prestazioni sociali; *b*) istruzione; *i*) accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio.

torie, esprimendo sentimenti di disagio o di malumore, ma al contempo ha al proprio servizio, come dipendenti, badanti, addetti alle pulizie, del personale extra-comunitario. Viceversa, rimarrebbero impuniti coloro che solo apparentemente non ledono la dignità sociale perché non si espongono attraverso dichiarazioni non politicamente corrette. Si pensa a tutte quelle situazioni in cui ci si autodefinisce addirittura tolleranti nei confronti di minoranze religiose ed etniche, ma nei fatti si evita di entrare in contatto con esse, così dimostrando un razzismo reale. Come si farebbe a perseguire tali soggetti in nome della tutela generalizzata del rispetto della pari dignità sociale? L'ordinamento non permetterebbe così di trattare in modo ingiusto situazioni originate dal sentimento razzista, per il sol fatto che si manifestano in modalità diverso? Con toni incivili nel primo caso, elegantemente nel secondo, ma senza dubbio con un risvolto discriminatorio tangibile.

Conclusivamente, se ci si ferma alla sfera del pensiero e della sua comunicazione il parametro della dignità sociale può valere solo nell'ipotesi di una lesione a un bene individuale concreto che, indirettamente, lede anche la dignità, come accade per la tutela dell'onore e della reputazione, dove un uomo esprime un giudizio di indegnità su un altro uomo¹⁵⁵.

¹⁵⁵ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 44. Anch'egli afferma che è la pari dignità sociale a porsi come limite diretto alla manifestazione del pensiero che esprimesse un giudizio d'indegnità verso un altro uomo, essendo una formula immediatamente cogente e non un mero ideale costituzionale.

EPILOGO

RIFLESSIONI ATTORNO ALLE POSSIBILI ALTERNATIVE ALLA PUNIBILITÀ DEI DISCORSI D'ODIO

SOMMARIO: 1. Inopportunità politica e incostituzionalità giuridica delle leggi anti *hate speech*. – 1.1. Leggi inutili. – 1.2. Leggi ambigue. – 1.3. Leggi anacronistiche. – 2. Alcune vie d'uscita. – 2.1. La pari dignità sociale come limite al legislatore. – 2.2. La tutela del pluralismo.

1. *Inopportunità politica e incostituzionalità giuridica delle leggi anti hate speech*

«La libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinata con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività, la diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale»¹.

Questo breve passaggio argomentativo di una sentenza della Cassazione penale compendia perfettamente i difetti di una giurisprudenza che, in maniera troppo sbrigativa, giustifica il mancato promovimento dinanzi alla Corte costituzionale di questioni di costituzionalità riguardanti la legge *anti speech* – relativamente al reato di propaganda di idee basate sulla superiorità razziale – per presunta violazione dell'art. 21 cost.

In sintesi, si dà per scontato che la manifestazione del pensiero incontri come limite naturale quello della dignità e dell'eguaglianza ex art. 3 cost; che i reati di *hate speech* previsti dalla legge rispettino i canoni della tipicità e offensività ex art. 25 cost.; che vada punita qualunque propaganda di idee razziali giustificatrici dell'odio e delle discriminazioni.

Eppure, l'analisi proposta in questa sede ha cercato di dimostrare come nes-

¹Cass. pen., III sez., 3 ottobre 2008, n. 37581.

suno di questi tre assunti corrisponda al vero. Riassuntivamente: la dignità e l'eguaglianza sono principi che possono essere invocati in circostanze rare e ben delimitate; sin dalla stesura iniziale della legge anti *hate speech* proprio i requisiti di tipicità e offensività apparivano carenti per il fatto di aver equiparato il reato di propaganda al reato "ibrido" dell'istigazione a commettere atti di discriminazione, potendosi attraverso quest'ultimo punire qualunque manifestazione di cui non fosse certa l'offensività; conseguentemente, dal mancato rispetto di questi due criteri, la propaganda d'idee d'odio razziale viene punita per il suo contenuto e non per le modalità espressive utilizzate, applicando così la teoria dei limiti logici alla manifestazione del pensiero. Infatti, l'applicazione del reato si giustifica ormai per la presenza di un dolo generico, senza necessariamente valutare gli elementi di pericolo astratto, men che meno di pericolo concreto.

Pertanto, se e quando i giudici ordinari decideranno di sollevare una questione di costituzionalità alla Corte costituzionale, impugnando l'art. 604 *bis* c.p. (che abroga il comma 1 dell'art. 3, lett. a) della legge n. 654 del 1975), oppure il comma 3 dell'art. 2 del d.lgs. n. 215 del 2003, nell'interpretazione ormai fatta propria dal diritto vivente, entrambi per violazione dell'art. 21 cost., lo scrutinio del giudice delle leggi dovrà essere molto più accurato rispetto a quello proposto autonomamente dalla magistratura. Quanto meno, se proprio mancano i presupposti per dichiarare incostituzionali i reati in questione, la Corte potrebbe offrire una interpretazione costituzionalmente orientata che aiuti i giudici a districarsi nel labirinto dei limiti alla libertà delle espressioni d'odio. Ovvero la Corte dovrebbe auspicabilmente chiarire se è costituzionalmente consentito adottare l'approccio *context based*, valutando caso per caso la portata offensiva degli *hate speeches* (per l'ordine pubblico, per la dignità sociale) a seconda delle modalità espressive scelte, dei media che li veicolano, della notorietà del predicatore d'odio, oppure se si può seguire l'approccio *content based*, in base al quale si può limitare il loro mero contenuto.

La delicatezza del tema e le sue possibili implicazioni sulla tenuta generale del sistema democratico appaiono evidenti. Non sembra azzardato poter affermare che attorno ai discorsi d'odio si giochi la partita del "modo di essere della democrazia", se sistema aperto o chiuso. Per questo, si vogliono qui proporre alcune riflessioni attorno a cui ragionare per poter maneggiare con cura questo tipo di reati.

Innanzitutto, le leggi in questione sembrano essere inadeguate a contrastare il fenomeno razzista, essendo palese la loro inutilità sia politica sia giuridica. Per di più, esse "autorizzano" i giudici, per come formulate ambiguamente, a muoversi in uno spazio interpretativo e applicativo troppo ampio. Inoltre, utilizzano strumenti punitivi e risarcitori assolutamente anacronistici rispetto all'armamentario sanzionatorio che l'ordinamento oggi sta affinando.

1.1. *Leggi inutili*

Si proporranno alcune considerazioni di (in)utilità politica – prima che giuridica – di leggi come quelle oggetto di questo studio, che configurano un ordina-

mento che non tollera gli intolleranti e che pone regole coercitive per ridurli al silenzio.

Il momento storico presente fa ritenere ragionevole l'intervento normativo per il semplice fatto che, come è stato detto, «nell'attualità emerge un latente “neo-identitarismo” razzista dal sapore di rivalessa, riscontrabile in comportamenti di privati cittadini e talvolta irresponsabilmente alimentato da rozze manifestazioni di pensiero di soggetti delle istituzioni»². Infatti, anche sulla base delle pronunce analizzate, è chiaro come le condanne si rivolgano sempre più spesso nei confronti di chi detiene il potere o di chi concorre per conquistarlo.

Posto che anche le leggi possano perseguire un fine educativo, in particolare quelle che intendono guidare la società verso la condivisione di valori quali la tolleranza e l'eguaglianza³, i dati dimostrano come l'applicazione delle leggi anti *hate speech* non abbia prodotto i risultati sperati.

Già subito dopo l'approvazione della legge Mancino, che aveva modificato in parte la prima versione della legge n. 654 del 1975, i più accorti sottolineavano come questa «non sarebbe servita a nulla, perché mettere fuori legge parole ed enunciati equivale a cercare di fermare l'acqua con una forchetta», oppure che «la legge avrebbe contribuito a peggiorare le cose, conferendo ancor più fascino maligno a naziskin e camerateria. Chi va in cerca di un'attitudine “antisistema” non si scoraggerà per la sua messa al bando, anzi, è probabile che la cosa lo entusiasmi. Al primo riluttante sequestro di volantini, alla prima perquisizione all'acqua di rose in una sede d'ultradestra, la legge avrebbe trasformato in ribelle e finto martire anche il più scalzacane dei nazistelli di quartiere. Aggiungici una diffida dallo stadio, ed ecco uno sfigato tramutato in eroe e *role model* per i ragazzini»⁴.

A distanza di più di tre lustri dall'approvazione della legge Mancino, il risul-

² Così F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2014, 823 ss., 841. In generale, sull'eguale rispetto e la tutela penale, ID., *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018. Sono abbastanza preoccupanti i dati recenti che vedono in netta crescita le manifestazioni di antisemitismo. Da una ricerca condotta da Euromedia Research e proposta dall'Osservatorio Solomon sulle discriminazioni risulta che il 14% imputa a Israele la responsabilità del “genocidio” palestinese, l'11,6% lamenta che gli ebrei possiedono ancora un potere economico-finanziario internazionale troppo forte. Inoltre, il 10,7% pensa che si interessino solo della propria comunità religiosa e non della società in cui vivono, così come l'8,4% crede che si sentano superiori agli altri e il 5,8% che abbiano responsabilità dirette nei conflitti nel mondo. Il 6,1% degli intervistati si è dichiarato apertamente antisemita, <https://www.iodonna.it/attualita/storie-e-reportage/2020/01/27/giornata-della-memoria-allarme-antisemitismo-in-europa-e-in-italia/>.

³ In tal senso Pizzorusso riconosceva il valore “educativo” delle misure legislative adottate contro l'incitamento all'odio, in particolare al fine di evitare che il razzismo diventi guida per le attività dei pubblici poteri. A. PIZZORUSSO, *The Constitutional treatment of hate speech, General report, in Italian National reports to the XVIth International congress of comparative law*, Brisbane, 2002.

⁴ «Chi fabbrica i nazisti?», post pubblicato il 3 dicembre del 2006 da Wu Ming1, pseudonimo di un romanziere e giornalista dell'Internazionale che opera nel “collettivo” bolognese di scrittori Wu Ming, <https://www.carmillaonline.com/2006/12/03/chi-fabbrica-i-nazisti/>.

tato è sotto gli occhi di tutti: a fronte di un maggior numero di notizie di reato e di condanne – sia in applicazione della legge anti *hate speech* sia per il continuo aumento di provvedimenti che impongono di cessare comportamenti molesti basati sulla discriminazione razziale e la conseguente condanna al risarcimento dei danni morali – gli episodi d'intolleranza non accennano a diminuire, anzi, come si diceva, sono in continua crescita⁵. Il razzismo si manifesta negli stadi, il movimento Casapound guadagna consensi nelle tornate elettorali alle elezioni amministrative, il partito della Lega fa della propaganda anti immigrazione il cuore del proprio programma. E gli esempi si potrebbero moltiplicare⁶.

Dunque, sempre rimanendo sul piano politico ci si deve interrogare se i rimedi scelti dal legislatore siano utili, o se non siano addirittura controproducenti⁷. Guardando alla società sempre più frammentata in cui viviamo, l'impressione è che si confondano i piani del problema. All'insistente richiesta di arginare il fenomeno razzista per assicurare una pacifica convivenza e indurre tutti a riconoscere e rispettare chi è considerato diverso per religione, etnia, o cultura, si risponde proponendo l'introduzione di nuove regole sanzionatorie⁸, senza invece chiedersi che cosa un ordinamento civile e democratico possa fare di diverso, sia politicamente sia giuridicamente.

Quello che si percepisce osservando i comportamenti dei cittadini comuni è che gli intolleranti, soprattutto se formano gruppi e movimenti organizzati, diventano degli eroi (seppur negativi) anche e proprio perché non si consente loro di esprimersi⁹. Ma non solo: il più delle volte chi simpatizza per queste persone

⁵ Per una simile riflessione fondata su dati a livello globale T.G. ASH, *Libertà di parola*, Milano, 2017, 318-321.

⁶ Si chiede WuMing 1: «Il fenomeno neo-nazi non si sta ripresentando con rinnovata virulenza proprio in Germania, il Paese europeo con le leggi più severe e restrittive? E la Francia, la nazione della legge Gayssot contro il negazionismo e di altre leggi che cercano di sopprimere enunciati, non è forse il paese in cui il neofascismo è divenuto emergenza addirittura costituzionale, e in cui l'antisemitismo si riaffaccia in forme ogni volta più perniciose? Insomma: chi fabbrica i nazisti?», <https://www.carmillaonline.com/2006/12/03/chi-fabbrica-i-nazisti/>.

⁷ Di inutilità di tali misure parla anche P. CARETTI, Introduzione, in L. BOLLINGER, *La società tollerante*, Milano, 1992. Cfr. altresì M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in «Quad. cost.», n. 3 del 1995, 445 ss.; M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, 511 ss.

⁸ Ne è un recente esempio il disegno di legge Fiano che voleva inasprire l'apologia di fascismo, annotato criticamente da M. MANETTI, *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazi-fascista*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2017, 883 ss.

⁹ Come si è già avuto modo di spiegare nel primo capitolo, anche secondo la teoria partecipativa di Post, acconsentire agli intolleranti di partecipare al dibattito pubblico scongiura il pericolo che si comportino in maniera antidemocratica. R. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 97 ss. Invece che di eroe parla di trappole del vittimismo dell'odiante A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 3 del 2013, 77 ss., 83.

non sa nemmeno spiegare il perché, magari solamente per il gusto di andare contro l'autorità costituita, oppure perché teme che da qui al prossimo futuro si possa essere dominati da culture che si fondono su valori diversi da quelli occidentali¹⁰.

Nondimeno, si paventano almeno altri due rischi: il primo parte dall'ipotetico presupposto che i predicatori d'odio, scoraggiati dalla minaccia della sanzione, possano nascondersi sempre di più nell'anonimato, soprattutto grazie all'ausilio dei social, o imparino a non manifestare il loro disprezzo, sfogando la loro rabbia con condotte violente; il secondo, più concreto, è di alimentare comportamenti ossessivi da parte delle vittime, le quali pretendono sempre di più il pugno duro da parte dello Stato per ottenere quel riconoscimento che spontaneamente non riescono a guadagnarsi¹¹. Ciò condiziona qualunque giudizio sul piano giuridico, persuadendo soprattutto i giudici a decidere in loro favore, anche come pretesto per prendere le distanze da comportamenti sociali sconvenienti¹².

Bisognerebbe, invece, fermarsi a riflettere di più su quali sono le forme odierne di razzismo e da che cosa vengono originate. Si fanno qui proprie le parole di un'opera di narrativa davvero illuminanti: «Anche se prendessimo tutti i sostenitori della supremazia bianca esistenti al mondo e li spedissimo su Marte, il razzismo ci sarebbe ugualmente. Perché il razzismo non riguarda soltanto l'odio. Tutti abbiamo dei pregiudizi, anche se pensiamo di non averne»¹³. In fondo, la massima hobbesiana *homo homini lupus* è sfortunatamente ancora valida, nonostante i tanti progressi compiuti nella storia della civiltà.

Neanche l'argomento storico riesce a giustificare appieno giuridicamente la limitazione del pensiero razzista. È alquanto dubbio che la causa dell'antisemitismo e, conseguentemente, dell'Olocausto, sia imputabile alla libertà d'espressione. Ad esempio, l'opera magistrale di Hanna Arendt, *Le origini del totalitarismo*, dimostra come il genocidio ebreo sia stato il frutto di più elementi concomitanti, di cui la diffusione dell'odio ai danni degli ebrei è stata sì importante, ma ha rap-

¹⁰ Nell'ambito dell'insegnamento al corso di Diritto costituzionale europeo si è avuto modo di indagare sugli umori degli studenti, futuri giuristi, sul tema del multiculturalismo, in particolare riguardo alla possibilità di tollerare l'uso di simboli di altre religioni nello spazio pubblico. Alcuni hanno confessato di temere un prossimo dominio della cultura musulmana qualora non venga imposto l'utilizzo dei simboli della religione cattolica, finalizzato a veicolare i valori occidentali.

¹¹ Interessanti riflessioni sul "dovere di non essere suscettibili" sono proposte da T.G. ASH, *Libertà di parola*, cit., 325.

¹² Vengono in mente i lavori degli storici sul significato del recupero della memoria, che ha avuto come conseguenza nel nostro ordinamento quella di mettere un forte accento sul dolore delle vittime, le quali per essere ascoltate, per commuovere, per emozionare hanno bisogno di gridare questo dolore in qualunque luogo in cui possono esprimersi. V.G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, Milano, 2011. Sul piano giuridico, A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018. Avverte del pericolo del recupero della memoria *ex lege* A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in «Quad. cost.», n. 1 del 2009, 7 ss.

¹³ Queste sono le parole fatte dire alla coprotagonista del romanzo di Jodi Picault nell'arringa finale di una causa contro una donna di colore. J. PICOULT, *Piccoli grandi cose*, Milano, 2017.

presentato più il sintomo che la sua causa. A quei tempi l'idea di Nazione stava entrando in crisi; inoltre si spandeva la brama imperialista di dominare altri territori, con la conseguenza di accentuare il bisogno di escludere chi non apparteneva alla comunità ufficialmente riconosciuta¹⁴.

Anche l'ipotesi secondo cui la diffusione dei discorsi d'odio razziali comporti il rischio di provocare il sovvertimento dell'ordine democratico – soprattutto perché queste idee sono espresse da movimenti e partiti populistici di ultradestra che richiamano in taluni casi i valori fascisti (questi sì incostituzionali) – non è dimostrabile. A tal proposito appare convincente un recente studio di natura politologica da cui emerge come le forme populiste aspirino a una nuova forma di governo democratico rappresentativo, anche se sfigurata, non mirando invece al ritorno di un governo totalitario¹⁵. L'accostamento dei movimenti populistici al fascismo è azzardato, in quanto quest'ultimo non rinunciava a conquistare il potere per costruire uno Stato che rinnega i diritti e, più in generale, la democrazia costituzionale¹⁶. Al contrario, il populismo è ambiguo: si nutre in larga parte della democrazia, nonostante condivida anche alcuni valori del fascismo¹⁷. In sostanza, il populismo non distrugge la democrazia, bensì la trasforma.

Quanto detto dovrebbe convincere a spostare il focus della questione e interrogarsi sulle modalità per adottare misure di prevenzione e rieducazione, invece che coercitive. Si dovrebbe iniziare seriamente a concentrarsi non solo sul razzismo attivo, ma su quello passivo. Ma di questo si accennerà nella parte finale, dove si proporranno alcune *exit* giuridiche e politiche più conformi al dettato costituzionale.

1.2. *Leggi ambigue*

Politicamente la limitazione dei discorsi d'odio pare inopportuna. E giuridicamente?

A questo punto della trattazione è fin troppo chiaro che si deve guardare al tema dell'*hate speech* con molto sospetto, non nutrendo alcuna aspettativa, per come è stato affrontato, sui vantaggi della sua punibilità. Sia perché non ne è affatto certa la copertura costituzionale sia per l'indeterminatezza del modo in cui le previsioni legislative sono attualmente congegnate. Le due motivazioni sono interconnesse, essendo la prima conseguenza della seconda.

Sulla dubbia copertura costituzionale si è detto ampiamente, ma è bene riassumere qui le principali obiezioni avanzate. Innanzitutto, si è cercato di smenti-

¹⁴ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it. di A. GUADAGNIN, Torino, 2009.

¹⁵ N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2019, 15.

¹⁶ *Ivi*, 43-44.

¹⁷ Per descrivere la natura ambigua del populismo, vicino sia al fascismo sia alla democrazia, Wittgenstein utilizza la metafora delle "somiglianze di famiglia". La citazione è di N. URBINATI, *Io, il popolo*, cit., 44.

re l'assunto secondo cui i discorsi d'odio abbiano tutti il difetto di ledere la dignità sociale e di dimostrare che non è possibile limitarli, né in forza del dovere di solidarietà (vista la mancata precettività della disposizione e l'estrema eccezionalità della lesione del buon costume), né in forza del principio di non discriminazione, per la confusione terminologica tra l'atto del parlare e l'atto del fare e il rischio di confondere l'odio col pregiudizio. In secondo luogo, si è chiarito che il rispetto degli obblighi internazionali non va confuso con l'obbligo di adeguamento al diritto e alla giurisprudenza europea che, come si è visto, per i casi di *hate speech*, non possono essere mai considerati direttamente vincolanti. Da ultimo, si è messo in luce che il limite dell'ordine pubblico può essere fatto valere solo quando il pericolo è reale e immediato, mai presunto. Altrimenti si contravviene al sistema costituzionale che nega protezione all'ordine pubblico ideale.

Sulla scorta di ciò, dal punto di vista penalistico sarebbe bene limitare le ipotesi di punibilità alla sola istigazione a commettere atti di violenza mossi dall'intento razziale, mentre la propaganda di idee d'odio e l'istigazione alla commissione di atti di discriminazione andrebbero se non depenalizzati, per lo meno definiti secondo criteri che delimitino in modo più puntuale le ipotesi di offensività; dal punto di vista civilistico si dovrebbero chiarire con più accuratezza le ipotesi in cui la molestia lede la dignità umana e crea un clima ostile.

Invece, le leggi che si sono analizzate, si è visto, si muovono esattamente nella direzione contraria, la legge penale assimilando la propaganda d'odio all'incitamento alla commissione di atti discriminatori; la disciplina civilistica lasciando imprecisata la definizione di molestia. L'esito è scontato: a causa dell'indeterminata e confusa legislazione, i giudici sono autorizzati a interpretare e applicare le suddette disposizioni secondo le proprie sensibilità. Ma, come biasimarli se il contesto in cui sono costretti a decidere si mostra sempre più arrogante e irrispettoso, se i giudizi sono semplificati e vengono espressi attraverso dei semplici "I like" o dei pollici versi? Il loro è un mestiere ingrato, carico di responsabilità. Chissà quante volte vorrebbero cadere nella tentazione di decidere nel modo in cui decideva l'anziano giudice Bridoye, che stabiliva il torto e la ragione tirando i dadi¹⁸.

Nel dubbio che i discorsi deplorabili possano alimentare maggiormente i disordini sociali l'adozione di misure preventive sembra d'obbligo, tanto più che la legge lo consente. Ma un atteggiamento così poco coraggioso tradisce il dato costituzionale, non solo perché manca una disposizione precisa per consentirlo, ma soprattutto perché il costituzionalismo contemporaneo si fonda sull'assunto che i diritti di libertà devono rimanere inalterati a presidio della democrazia. La sfida è proprio quella di non cedere alla tentazione di limitare i diritti individuali per assicurare un buon livello generale di libertà, soprattutto nei momenti di crisi quando domina il sentimento della paura. Come è stato detto, «le regole ispirate

¹⁸ Il racconto è tratto dal XXXIX capitolo del *Tiers Livre di Gargantua et Pantagruel* di Rabelais ripreso da B. CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite*, Milano, 2016.

dalla paura danno un senso di sicurezza fittizio, ma non portano ad una vera soluzione dei conflitti»¹⁹.

Inoltre, il rischio è di usare due pesi e due misure, trascurando espressioni propagandistiche dell'odio camuffate da un registro verbale che rientra tra i confini di un discorso accettabile. Come accennato nella parte introduttiva, che differenza ci sarebbe tra un'Oriana Fallaci che con bella scrittura riusciva elegantemente ad essere spietata nei confronti del mondo arabo e un illetterato che urla «sporgo negro», oppure «zingari ladri»?

In sostanza, non bisognerebbe cadere nella trappola della paura, ma richiamare all'ordine un legislatore che troppo spesso, ipocritamente, decide di affidarsi a testi legislativi irrazionali pur di non assumersi la responsabilità delle decisioni prese.

1.3. *Leggi anacronistiche*

L'inutilità delle leggi *anti speech* risulta ancora più evidente se si prendono in considerazione le sanzioni previste: la pena detentiva, con la probabile commutazione in un risarcimento pecuniario (se fatte valere le attenuanti) per la disciplina penale; il risarcimento danni alle vittime per la legge civile. Anche se, a dire il vero, quest'ultima prevede molto più opportunamente la possibilità di ordinare la cessazione del comportamento che dà origine alla discriminazione e la pubblicazione dell'ordinanza sulle maggiori testate giornalistiche per darne diffusione.

Ci si chiede se queste misure possano concretamente avere un effetto deterrente o rieducativo. Come si è già detto, il più delle volte, la reazione dei condannati penalmente è quella di elevarsi a paladini della libertà d'espressione, ritenendosi gli unici ad avere il coraggio delle proprie idee per contrapporsi a uno Stato perbenista e moralista. Quando poi le condanne riguardano personaggi pubblici, in particolare politici, il fallimento delle misure è ancora più lampante. Sebbene si sia convinti che questa particolare categoria di soggetti debba essere quella più attenta ad adottare un registro verbale "civile", dato il forte condizionamento che esercitano sul proprio elettorato, non pare che le sanzioni ricevute abbiano sortito gli effetti voluti. I diversi esponenti di partiti e movimenti più estremi continuano ad esporre le proprie idee anti immigrazione con toni esecrabili, mettendo sempre più in risalto come il bersaglio non è tanto la politica dell'immigrazione, quanto gli immigrati considerati come gruppo etnico e religioso²⁰.

Sul piano civilistico, le misure congegnate sembrano più appropriate, ma solo in apparenza. A ben vedere, quello che le vittime riescono ad ottenere è un

¹⁹C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Non spuntiamo le parole*, articolo pubblicato su «Il Sole 24 Ore» del 27 dicembre 2015.

²⁰Ritengono indispensabile condannare soprattutto gli esponenti politici di spicco che incitano all'odio, proprio perché, «in qualità di leader, da *to lead*, condurre, orientano e formano l'opinione pubblica nella direzione di distruggere l'ordinamento democratico», L. MANCONI, F. RESTA, *Non sono razzista, La xenofobia degli italiani e gli imprenditori politici della paura*, Milano, 2017.

esiguo risarcimento danni. Si dubita però che questo tipo di sanzione rappresenti davvero una congrua soddisfazione per l'offesa subita, o per meglio dire, per l'umiliazione sofferta, subendo perfino la lesione della dignità umana. È questo il risultato che si vuole conseguire condannando i razzisti e il razzismo? Non si chiede, attraverso la limitazione dei discorsi d'odio, il diritto al riconoscimento e al rispetto? Non si rischia con questo tipo di sanzioni di monetizzare i diritti? Allo stato dei fatti, le vittime sono invogliate sul piano penale a querelare; sul piano civilistico, a sollevare una sorta di *class action*, data la legittimazione a ricorrere delle associazioni per la difesa dei gruppi minoritari²¹.

Sull'efficacia della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale si è già interrogata parte della dottrina, dividendosi tra chi avverte il rischio della "mercificazione" di diritti ritenuti inviolabili e, quindi, incommensurabili²², e chi ritiene che tale tutela potrebbe assumere un ruolo rilevante solo se si scongiura l'effetto "tranquillizzante", perché in questo modo si valorizzerebbe il suo punitivo, sanzionatorio rispetto a quello satisfattivo²³. Ma, come si è visto analizzando la giurisprudenza civilistica, almeno al momento, il risarcimento danni non pare assolvere questa funzione, costituendo più una consolazione per e vittime o le associazioni che le rappresentano che non un modo per arginare comportamenti razzisti.

Ritornando alla condanna penale, si vuole avanzare ancora una riflessione, questa volta più costruttiva, da cui risulta che le leggi attuali volte a combattere il fenomeno del razzismo sono, anche, anacronistiche.

Il diritto penale sta lentamente facendo scoprire un altro volto della pena, più corrispondente alla sua funzione rieducativa, come l'art. 27 della Costituzione impone²⁴. Si parla in gergo di giustizia riparativa²⁵, volta alla riconciliazione tra

²¹ V. par. 1.4 del terzo capitolo di questo volume.

²² Per tutti E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in «Quad. cost.», n. 2 del 2008, 269 ss.

²³ A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta a Elisabetta Lamarque*, in «Quad. cost.», n. 2 del 2009, 303 ss.

²⁴ Si veda anche in tal senso la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, tra cui l'importante sentenza relativa al divieto dell'ergastolo ostativo. Corte cost. n. 253 del 2019.

²⁵ La giustizia riparativa è una delle più frequenti misure di *transitional justice* utilizzate per sostenere quegli Stati che, usciti da periodi di dittature o al termine di guerre civili, avviano programmi per portare a compimento il processo democratico intrapreso. La prima esperienza è stata l'istituzione della Commissione Verità in Sudafrica dopo la fine del regime dell'Apartheid e presieduta dal premio Nobel Desmond Tutu. Sulla giustizia riparativa, tra i molti, D. TUTU, *Non c'è futuro senza perdono*, trad. it. di E. Dornetti, Milano, 2001; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in «Questione Giustizia», n. 2 del 2015, 66 ss.; E. GONZÁLEZ, H. VARNEY (a cura di), *Truth Seeking: Elements of Creating an Effective Truth Commission. Brasilia: Amnesty Commission of the Ministry of Justice of Brazil*, New York, 2013; E. GONZÁLEZ, *Drafting a Truth Commission Mandate: A Practical Tool*, New York, 2013; Y. NAQVI,

reo e vittima attraverso un duro lavoro di mediazione²⁶. Sostanzialmente essa si fonda sulla possibilità di realizzare un “incontro” tra i protagonisti di un conflitto, cercando di capire da cosa abbia preso le mosse attraverso il confronto tra i punti di vista dei “colpevoli” e quello dei “perseguitati”. Illuminante, a tal proposito, è *Il libro dell'incontro* che, attraverso un progetto che si è sviluppato nell'arco di oltre sette anni, racconta e cerca di capire il perché degli anni di piombo²⁷.

Trasponendo questa esperienza agli episodi razzisti, la scelta di puntare sulla sanzione retributiva appare ancora più stridente. Il problema di fondo legato al razzismo attuale è di tipo culturale: il mancato riconoscimento dell'altro è soprattutto dovuto alla paura di essere dominati da una cultura diversa che non si accetta perché originata da un tipo di costume sociale distante dal proprio. La razza non è intesa come differenziazione da un punto di vista biologico, come era nel passato²⁸, ma come elemento distintivo, appunto, tra culture²⁹. Che cosa ci sarebbe di meglio, allora, se non cercare di far incontrare i portatori di tutte le diverse culture che popolano ormai le nostre città e dare modo di comprendere a fondo cosa le distanzia e se ci sono margini di un avvicinamento? Per farlo, però, bisognerebbe avere il coraggio di depenalizzare i reati di *hate speech* e intraprendere una strada sicuramente più difficile – e di cui si potrebbe scorgere la fine in tempi lontani – ma almeno si tenterebbe di prendere seriamente in considerazione a livello giuridico il problema, senza nascondersi dietro a leggi di pura facciata.

2. Alcune vie d'uscita

Si è appena accennato a una possibile via d'uscita per evitare di criminalizzare il razzismo attraverso un sistema sanzionatorio riparativo che ha dimostrato il suo fallimento, non facendo diminuire gli episodi d'intolleranza verso i portatori di altre culture. Qui di seguito si vogliono proporre altre possibili soluzioni giuridiche per produrre un risultato che combatta il razzismo e sia al contempo rispettoso dei fondamenti della nostra Costituzione.

The Right to the Truth in International Law: Fact or Fiction?, in «Int. Rev. of the Red Cross», n. 862 del 2006, 245 ss.

²⁶ In generale, per capire in modo essenziale cosa s'intende per giustizia riparativa, G. COLOMBO, *Il perdono responsabile. Si può educare il bene attraverso il male? Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Milano, 2011.

²⁷ G. BERTAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Il libro dell'incontro*, Milano, 2015.

²⁸ Cfr., tra gli altri, G.L. MOSSE, *Le origini culturali del Terzo Reich*, Milano, 2015, 113-136.

²⁹ Mette bene in evidenza questo nuovo significato di razzismo il Tribunale di Verona, nella prima pronuncia relativa al caso Tosi di cui si è ampiamente detto nel corso del terzo capitolo del presente volume. Tribunale di Verona, sent. n. 2203/2004.

Con ciò non si vogliono disconoscere le potenzialità dei rimedi che il campo sociologico e di psicologia sociale possono offrire. Al contrario, si ripone estrema fiducia nella loro applicazione, ritenendo che il compito primario che la società dovrebbe assolvere attraverso le diverse istituzioni – dalla scuola ad altri tipi di corpi intermedi – sia quello di veicolare regole culturali. È lodevole, ad esempio, la previsione legislativa relativa al cyberbullismo che introduce un accurato piano di prevenzione che coinvolge in primo luogo le scuole³⁰. Inoltre, senza poter entrare nel dettaglio di tecniche di cui non si possiedono pienamente le categorie, la psicologia sociale sperimenta forme di negoziazione³¹, oppure di contenimento della rabbia attraverso la persuasione – dal greco *peithō*, discorso che convince – che conduce alla riconciliazione³². Ma il diritto cosa può fare?

2.1. La pari dignità sociale come limite al legislatore

Il diritto può dare il buon esempio. Vediamo come.

L'indagine svolta attorno al parametro della dignità sociale *ex art. 3*, comma 1 cost., ha evidenziato come questa possa essere ricollegata alla sfera individuale, attraverso il dovere di solidarietà per imporre il divieto di discriminazione negli ambiti elencati dalla stessa disposizione. È inoltre indiscusso che esso ponga degli obblighi primariamente in capo al legislatore. Come è stato detto, la pari dignità sociale è un «precetto più ampio (del divieto di non discriminazione) che è la premessa dello stesso principio d'eguaglianza»³³.

Per questo motivo, oltre ad essere un anello di congiunzione tra il divieto di solidarietà e il principio d'eguaglianza formale, la pari dignità sociale rappresenta un ponte col secondo comma dell'art. 3 cost., che impone alla legislatura l'onere «di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»³⁴.

Che la pari dignità sociale sia la meta che la Repubblica deve prefissarsi si evin-

³⁰ Legge n. 71 del 2017, dal titolo «Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo». Tra i possibili rimedi c'è anche quello relativo all'introduzione di seri programmi di educazione civica finalizzati a rinnovare la fede civica. In tal senso Y. MOUNK, *Popolo vs Democrazia*, Milano, 2018, 221-227.

³¹ Cfr. G.R. SHELL, *Strategie della negoziazione*, Milano, 2007, 95-102.

³² La tecnica trae spunto dalle *Eumenidi* di Eschilo, dove Atena cerca di placare la furia delle Erinni, le forze che tormentano, infuriano e opprimano Oreste attraverso appunto la persuasione, dedicando loro un altare dove possono risiedere ed essere venerate. J. HILLMAN, *La vana fuga dagli Dei*, Milano, ottava edizione, 2012, 122-123.

³³ F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011, 30.

³⁴ Sulla dignità sociale come limite al legislatore v. anche M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 135.

ce anche dalla giurisprudenza costituzionale³⁵. La Corte ha definito in modo esplicito che la pari dignità sociale è valore costituzionale primario che autorizza il legislatore a porre in essere le adeguate misure positive dirette «a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità»³⁶. Questo perché «il principio enunciato nel comma primo dell'art. 3 della Costituzione sta a significare che devesi riconoscere ad ogni cittadino uguale dignità pur nella varietà delle occupazioni o professioni, anche se collegate a differenti condizioni sociali»³⁷.

Tutto ciò premesso, relativamente ai discorsi d'odio razziale sarebbe utile capire che cosa la formula in questione vieta al legislatore e che cosa gli consente, ferma restando la possibilità di prevedere in via legislativa degli obblighi in capo ai singoli.

Da un punto di vista negativo, è piuttosto scontato ritenere che il legislatore o le autorità amministrative non devono prevedere, rispettivamente, leggi o provvedimenti che, introducendo disparità di trattamento, impediscono di fatto l'eguale godimento dei diritti fondamentali. È consolidata, in tal senso, la giurisprudenza costituzionale che ha definitivamente superato la distinzione tra cittadino e straniero in materia di diritti, grazie e soprattutto in forza dell'10 cost.

Considerato che il rispetto di alcuni diritti essenziali sono parte del diritto generalmente riconosciuto e che il nostro ordinamento deve a questo conformarsi, va da sé che la maggior parte dei diritti fondamentali debbano essere tutelati anche a favore degli stranieri, indipendentemente dal possesso della cittadinanza³⁸. Tra l'altro, si è andati nella stessa direzione persino a livello di legislazione ordinaria. Infatti, la disciplina sull'immigrazione prevede la possibilità d'intentare azione civile per discriminazione non solo per le categorie elencate nell'art. 3 cost., ma anche per lo *status* di straniero di chi, vivendo in Italia, è soggetto alle stesse leggi a cui sono soggetti i cittadini³⁹.

³⁵ Per una completa rassegna della giurisprudenza costituzionale sull'applicazione del principio della pari dignità sociale cfr. M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale valore costituzionale*, in «www.cortecostituzionale.it».

³⁶ Corte cost. n. 109 del 1993, par. 2.2 del Considerato in diritto.

³⁷ Corte cost. n. 3 del 1957, Considerato in diritto.

³⁸ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., e gli autori e la giurisprudenza costituzionale ivi citati in nota n. 103, 198. Invero, la dottrina già dagli anni '60 aveva prospettato il superamento dell'applicazione dell'egualianza dal punto di vista soggettivo, favorendo l'applicazione dell'art. 3 anche agli stranieri sulla base degli artt. 2 e 10 cost., comma 2. V. A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, e la dottrina e la giurisprudenza costituzionale ivi citati in nota n. 34, 69.

³⁹ Cfr. artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 486 del 1998, T.U. sull'immigrazione. In particolare, in base all'art. 43 Discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, «1. Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'o-

Eppure le discriminazioni nei confronti degli extracomunitari non sfuggono all'evidenza dei fatti, soprattutto quelle generate dalle autorità locali⁴⁰. Se ne parla poco nel dibattito giuridico interno, ma il nostro ordinamento è pervaso da ciò che si definisce "razzismo istituzionale", attraverso cui vengono adottate leggi o messi in pratica usi e costumi che producono diseguaglianza nelle società⁴¹.

Alcuni studi analizzano come siano proprio le istituzioni ad agire a sfavore della coesione sociale. Infatti, le normative e le prassi delle autorità che direttamente o indirettamente fomentano il pregiudizio razziale si moltiplicano⁴². Quando le discriminazioni sono dirette la risposta dell'ordinamento di solito non si fa attendere. Molte sono le decisioni dei giudici amministrativi che annullano i provvedimenti, così come non mancano sentenze della Corte costituzionale che contra-

rigine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica. 2. In ogni caso compie un atto di discriminazione: a) il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, lo discriminino ingiustamente; b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; d) chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità; e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».

⁴⁰ Per un'ampia trattazione sugli atti di discriminazione posti in essere dalle autorità locali F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013. Cfr. anche A. LORENZETTI, *Discriminazioni razziali ed etniche nelle ordinanze dei Sindaci e negli ordinamenti municipali*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., 205 ss.

⁴¹ Per una definizione di razzismo istituzionale si rimanda ai lavori della Commissione inglese *The MacPherson Report. Ten Years on*, House of Commons, Home Affairs Committee, 14 luglio 2009.

⁴² C. BARTOLI, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Bari-Roma, 2012.

stano tali politiche, tenendo così alta la guardia per presidiare il rispetto dei diritti fondamentali assicurati a chiunque⁴³.

Ma gli sforzi devono essere maggiori in quanto non basta arginare i comportamenti istituzionali con provvedimenti giurisdizionali. L'impegno delle istituzioni, tutte, deve essere indirizzato anche nel senso di "educare" la cittadinanza alla fraternità e al riconoscimento⁴⁴. Come è stato sostenuto, la posta in gioco è molto più alta: attraverso l'interpretazione e l'applicazione della pari dignità sociale si tratta di scegliere quale tipo di società multietnica si vuole, se coesa o frammentata⁴⁵.

In quest'ottica, differentemente da quanto prospettato dai giudici nei casi di condanna per *hate speech*, il rispetto della dignità sociale si può tramutare in un dovere giuridico al riconoscimento e al rispetto non per i singoli, bensì per le istituzioni. Le teorie americane di studiosi come Jeremy Waldron o dagli aderenti alla *Critical Race Theory*, in base alle quali il divieto di manifestare i discorsi d'odio deriverebbe proprio dal dovere di ciascuno di rispettare e riconoscere il prossimo, possono trovare una loro ragion d'essere nel contesto statunitense, dove è pressoché impossibile avanzare pretese d'intervento dello Stato in termini di eguaglianza sostanziale⁴⁶. La natura liberale di questo ordinamento ha permesso che per anni si compiessero azioni positive esclusivamente a favore dei bianchi⁴⁷. In genere, oltreoceano la partita si gioca attraverso dure battaglie per il riconoscimento dei diritti civili, che negli anni sessanta hanno dato luogo alle politiche del Presidente Lyndon Jhonson e del Congresso con l'approvazione del *Civil Rights Act* del 1964, il *Voting Rights Act* del 1965 e il *Fair Housing Act* del 1968⁴⁸. Attualmente sembra che essa si giochi anche a livello giurisprudenziale. L'orientamento volto alla limitazione della libertà d'espressione – sacra negli *States* – secondo le dottrine del *clear and present danger* e delle *fighting words*

⁴³ Tra i tanti casi decisi si ricorda qui solo il più recente in cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 22 della legge della Regione Lombardia n. 16 del 2016 dal titolo «Disciplina regionale dei servizi abitativi» per violazione dell'art. 3 cost., in quanto poneva come requisito per l'accesso al godimento degli alloggi di residenza pubblica la residenza anagrafica ultraquinquennale nel territorio. Corte cost. n. 44 del 2020.

⁴⁴ Sulla difficoltà giuridiche di approntare misure atte a far valere la responsabilità per l'esecuzione di leggi incostituzionali, A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., 38 ss.

⁴⁵ A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., 199-200.

⁴⁶ Sul punto si rimanda al primo capitolo.

⁴⁷ I. KATZNELSON, *When affirmative action was white*, New York-Londra, 2005.

⁴⁸ Si rimanda all'opera magistrale di B. ACKERMAN, *We The People. 3. The Civil Rights Revolution*, Cambridge (Ma)-Londra, 2014, recensito per il pubblico italiano da E. LAMARQUE in «Riv. trim. dir. pubbl.», n. 3 del 2014, 815 ss.

ormai interpretate in modo lasco per risolvere i casi di *hate speech*, è certamente insolito, ma si giustifica alla luce del fatto che nella situazione attuale, per i motivi già indagati altrove, i giudici tendono a sostituirsi al legislatore per assicurare eguaglianza e pari rispetto⁴⁹.

Invece, poiché gli ordinamenti europei occidentali, come quello italiano, si definiscono Stati sociali dignitari e tendono a politiche di *welfare*, quel dovere di riconoscimento ben può essere considerato vincolante per le istituzioni direttamente per effetto della Costituzione. In tal senso, risulta efficace la metafora usata dallo psicologo sociale Philip Zimbardo «dei cattivi cestini che guastano le mele». Attraverso di essa egli vuole dimostrare come il comportamento individuale sia fortemente influenzato dal contesto e dalle istituzioni, per cui la responsabilità non deve ricadere esclusivamente sul singolo che ha commesso l'illecito, ma occorrerebbe puntare il dito anche contro chi legittima un certo sistema⁵⁰.

Alcuni studi economici e di psicologia sociale dimostrano come sarebbe indispensabile indirizzarsi verso politiche che combattono il fenomeno della disegualianza economica, invece che concentrarsi su legislazioni che limitano la fondamentale libertà d'espressione. In particolare emerge come ci sia un nesso stretto tra la disegualianza e la democrazia⁵¹ e come proprio la disegualianza sia alla base di tanta aggressività tra le fasce sociali. E, paradossalmente, i più poveri non si scagliano contro i più ricchi, bensì contro chi sta peggio di loro⁵².

In fondo, come affermato recentemente da Gustavo Zagrebelsky⁵³ e da Marco Revelli⁵⁴, la società in cui viviamo non offre più spazi "liberi" e nella lotta alla sopravvivenza per accaparrarsi quanto si ritiene spetti di diritto vince il potente, mentre il debole è messo alla berlina e viene additato come pericoloso. In questo scenario spetterebbe alla Repubblica rimuovere gli ostacoli ...

2.2. La tutela del pluralismo

A quanto appena detto potrebbe essere avanzata la seguente obiezione: il legislatore è libero di rimuovere gli ostacoli prevedendo leggi, anche di diritto pe-

⁴⁹ Si rimanda alla II sez. del secondo capitolo del presente volume.

⁵⁰ P. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2008.

⁵¹ M. ALACEVICH, A. SOCI, *Breve storia della disuguaglianza* [tit. orig. *Inequality. A short history*], Bari, 2019, 98-112; AG.I.R.E., *Agire contro la disuguaglianza. Un manifesto*, Bari-Roma, 2018, 41-67. Analizzano giuridicamente questo aspetto L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2018, 80-89; S. STAIANO, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale* (Relazione conclusiva al Convegno annuale del "Gruppo di Pisa" – Campobasso 19-20 giugno 2015), Napoli, 2016, 413 ss.

⁵² C. VOLPATO, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Bologna, 2019, 171.

⁵³ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017.

⁵⁴ M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017. Parla di minacce alla democrazia in termini di disegualianza di ricchezza e istruzione anche S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 54.

nale, che hanno lo scopo di contenere i sentimenti razzisti dei singoli, come ad esempio quelle che disciplinano i reati di *hate speech*.

Tuttavia, risulta chiaro che queste fattispecie di reato difficilmente trovano una copertura costituzionale per l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'ordine pubblico e della pari dignità sociale. A ciò può aggiungersi un ulteriore tassello, ovvero che la punibilità dei discorsi d'odio comporta certamente una restrizione del principio del pluralismo ampiamente tutelato dalla carta fondamentale. Resta da capire se tale limitazione sia ammissibile, oppure se possa addirittura dispiacere effetti controproducenti rispetto al fine di garantire la coesione sociale.

A tal fine è utile dare qualche coordinata definitoria. Come spiega il politologo Robert Dahl, il pluralismo è il cuore pulsante della democrazia se lo intendiamo sia come possibilità di manifestare qualunque opinione sia come possibilità di organizzarsi in movimenti, associazioni, partiti, chiese, gruppi d'interesse e di opinione, nei quali si generano le condizioni decisive per la tenuta democratica di un ordinamento⁵⁵. Detto in modo più esemplificativo, un ordinamento si definisce autenticamente democratico nella misura in cui è organizzato nei suddetti termini, rappresentando il pluralismo un architrave che assicura la tenuta del patto sociale.

A ben vedere la Costituzione italiana tiene anch'essa fede a questo significato di pluralismo. Ciò si evince non solo dall'art. 21 cost. sulla libertà della manifestazione del pensiero, ma più in generale dalla lettura sistematica della prima parte della Carta, a partire dall'art. 1 che sancisce il principio democratico e dall'art. 2 cost. che ricorda come la persona si realizza anche nelle formazioni sociali.

È questa un'impostazione che incarna la più classica concezione di ordinamento plurale che presuppone di non escludere alcuna idea dal dibattito, perché ognuna di essa è utile alla formazione di una consapevole opinione pubblica⁵⁶. Persino i discorsi razzisti, secondo la celeberrima dottrina del *marketplace of ideas*⁵⁷, sono indispensabili per conoscere e tacitare nel lungo periodo le opinioni e le istanze di gruppi che intendono sottolineare la differenza tra "un noi" e "un loro". In democrazia risulta più vantaggioso giocare a carte scoperte, per poter (ri)conoscere gli intolleranti e per avere la possibilità, ad armi pari, di contrastarli.

Alla luce dei dati di realtà e dell'impianto costituzionale non si può non convenire con tale assunto. Alla vigilia di ogni elezione si nutre sempre il timore che si allarghi il consenso a favore di movimenti politici estremi, decisamente orientati ad attuare politiche non inclusive. Inoltre, è sotto gli occhi di tutti come il livello del dibattito sia sempre più volgare e inaccettabile sul piano semantico. Tuttavia, nel corso dei settant'anni di vigenza della Costituzione, di fronte ai tanti

⁵⁵ R.A. DAHL, *Intervista sul pluralismo*, Roma-Bari, 2002.

⁵⁶ Per un'indagine critica su come avviene il processo attraverso cui le opinioni diventano Opinione pubblica non si può non rimandare a un testo classico come quello di W. LIPPMAN, *L'opinione pubblica* [tit. orig. *Public opinion*], con Prefazione di N. Tranfaglia, Roma, ed. 2004.

⁵⁷ Per un approfondimento della dottrina si rimanda al par. 1.3 del primo capitolo di questo volume.

episodi che hanno fatto seriamente dubitare della tenuta del sistema, l'ordinamento ha mostrato di avere gli anticorpi necessari. Non è attraverso il divieto di diffondere il pensiero d'odio che si rifugge dalla minaccia antidemocratica, bensì attivando tutti quei pesi e contrappesi che gli ordinamenti maturi democraticamente hanno congegnato. Oltre alla divisione dei poteri, alla rigidità della Costituzione, al controllo di costituzionalità delle leggi, particolarmente rilevante è, come si diceva, l'attenzione prestata al diritto d'associazione e a tutte le sue declinazioni (dalla famiglia, alle confessioni religiose, ai partiti politici).

In fondo, gli stessi Costituenti, nonostante fossero scossi dall'esperienza dittatoriale appena vissuta, hanno avuto il coraggio di costruire un ordinamento che si fonda sulla fiducia nei meccanismi democratici, rigettando l'idea di inserire clausole di protezione che escludano dall'arena i partiti cosiddetti antisistema. L'unica eccezione riguarda la ricostituzione del disciolto partito fascista in conformità alla XII disp. fin. cost. sulla cui interpretazione va, tuttavia, fatta estrema chiarezza. Ci sono stati parecchi tentativi per giustificare la limitazione della propaganda fascista (disseminatrice anche di idee razziste) invocando tale clausola⁵⁸. Però, si trascura il fatto che l'intento originario era vietare la ricostituzione di "quel" partito⁵⁹ (si parla infatti di "disciolto" partito fascista), tant'è che in attuazione del precepto costituzionale, la legge n. 654 del 1952, meglio conosciuta come legge Scelba, condanna l'apologia di fascismo, intendendo questa come «la propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguente le finalità [antidemocratiche del partito fascista]»⁶⁰.

A quei tempi per rinnegare il fascismo si era quindi scelto di mettere definitivamente al bando il partito fascista preferendo scommettere su un modello di democrazia aperta, che prevedeva come unico limite il rispetto del metodo democratico per concorrere alla vita politica⁶¹.

⁵⁸ Infatti, la disposizione in esame ha prodotto effetti sulla libera manifestazione del pensiero, avallando la copertura costituzionale della legge Scelba n. 645 del 1952 che punisce l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste. La Corte costituzionale non ha disconosciuto la possibilità di vietare atti che vadano oltre quella della riorganizzazione strettamente intesi (in particolare, Corte cost., n. 74 del 1958, n. 15 del 1973). Inoltre, la stessa disposizione è stata rivitalizzata anche dalla legge Mancino, che all'art. 7 prevede la sospensione cautelativa o lo scioglimento di organizzazioni per i reati previsti dall'art. 3, comma 1, lett. b) della legge n. 654 del 1975. Per un commento generale alla XII Disposizione finale della Costituzione, G. D'ELIA, *Disp. XII*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 2786 ss.

⁵⁹ Sono note le posizioni di Togliatti in Assemblea costituente a riguardo, il quale insisteva sul fatto che quel partito non avrebbe dovuto ricostituirsi. Per una ricostruzione dell'*original intent* dei Costituenti nella redazione della XII Disposizione finale, G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in «Medialaws», n. 1 del 2019, 25 ss.

⁶⁰ Art. 4 della legge n. 654 del 1952.

⁶¹ Cfr. art. 49 cost., il quale dispone che «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

Oltre a suggerire il tipo di sistema – aperto o chiuso – prescelto, ciò sarebbe indicativo anche di come la XII disposizione finale si riferisca al diritto d'associazione, in particolare politica, e non alla libertà d'espressione, che potrebbe venire in rilievo solo nella misura in cui la diffusione delle idee fasciste sia strettamente funzionale alla riorganizzazione del partito secondo il modo conosciuto nell'esperienza del ventennio⁶².

Di qui, possono sorgere un paio d'interrogativi, ovvero se questa interpretazione ha fatto il suo corso e se, per le esigenze del tempo presente, non sia necessario ripensare al significato di democrazia aperta intendendola come sistema che, al fine di salvaguardare il pluralismo, deve comunque porre delle barriere all'ingresso⁶³. Alcune ragioni convincono del fatto che ciò non sia possibile. Pur aderendo alla tesi di chi ritiene che la disposizione finale non ha valore solo per il passato, ma ha ancora molto da dire alle future generazioni⁶⁴, non si può disconoscere la sua interpretazione letterale. È ancora valido ritenere che essa funzioni esclusivamente come deroga alla libertà d'associazione, in particolare politica.

Inoltre, il tentativo odierno di estendere la portata applicativa della disposizione in oggetto come limite all'art. 21 cost. appare inconferente se, come già si accennava, si tiene conto dell'intero disegno costituzionale. L'antifascismo che caratterizza l'ordinamento costituzionale si esprime non solo attraverso la XII Disposizione finale, ma soprattutto per aver sancito il riconoscimento dell'inviolabilità dei diritti, dell'eguaglianza, della libertà personale e il principio democratico che si realizza col pluralismo, inteso come confronto franco, anche estremo, in quanto unico metodo riconosciuto per affermare ciò che il fascismo non consentiva.

Persino nell'ordinamento tedesco, che si protegge costituzionalmente da partiti antidemocratici⁶⁵, il Tribunale costituzionale è oggi più cauto nel procedere allo scioglimento di partiti neonazisti, valutando se nel concreto questi possono avere la reale forza di sovvertire l'ordine democratico, in termini di consistenza e riscontro del corpo elettorale⁶⁶. In definitiva, il più recente orientamento va nella direzione di non ritenere necessario predisporre lo scioglimento dei partiti antisistema, confidando nel loro ripudio da parte della società civile. Alla magi-

⁶² In tal senso D. PICCIONE, *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in «Medialaws», n. 3 del 2018, 77 ss., 87.

⁶³ Si esprime così Tania Groppi nell'introduzione al volume di I. SPIGNO, *I discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, XX.

⁶⁴ B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1379 ss., 1384-1385.

⁶⁵ Comma 2 dell'art. 21 della Legge fondamentale tedesca.

⁶⁶ *Bundesverfassungsgericht*, Beschluss vom 17. Januar 2017, 2 BvB 1/13. In particolare, il *Bundesrat* chiedeva alla Corte costituzionale di predisporre lo scioglimento del partito neonazista *Nationale Partei Deutschland* (NPD) e le formazioni affiliate *Junge Nationaldemokraten* (JN), *Ring Nationaler Frauen* (RNF) e *Kommunalpolitische Vereinigung* (KV).

struttura sarebbe lasciato solo il compito di punirli per i reati che compiono⁶⁷.

Mark Thompson, ex direttore generale della Bbc, con il suo *La fine del dibattito pubblico* mette sotto accusa il luogo comune secondo il quale vietare le idee che disapproviamo sia salutare per la democrazia. Di fronte alla solita obiezione in base a cui fascismo e nazismo sono riusciti ad affermarsi perché la Costituzione di Weimer e lo Statuto albertino sono stati neutrali rispetto alle forze sovversive, egli obietta che quei regimi si sono potuti affermare proprio per la mancanza di dibattito pubblico, in un contesto dove le strutture della società civile erano fragili e il centro politico screditato⁶⁸. Molto lucida è la sua riflessione rispetto alle reazioni ai tragici fatti che avevano coinvolto la redazione parigina di Charlie Hebdo. L'occidente è sceso in piazza per rispondere agli attacchi dei terroristi, sfilando con matite e candele per affermare che la libertà d'espressione è un valore da difendere strenuamente. Si è gridato *Je suis Charlie*. Al contempo, però, i ministri europei affermavano che sarebbe stata alta la guardia rispetto alle parole di odio e violenza, scartandole così dalla libertà di parola⁶⁹. Ma, come afferma il giornalista, «se vuoi criminalizzare ogni forma d'odio tanto vale criminalizzare gli esseri umani»⁷⁰, concludendo che «le culture e le società possono degenerare per tanti motivi, e il libero discorso non lo impedirà. Ma non lasciatevi convincere a causa di ciò che sopprimere la libertà di parola sia una risposta. Di rado ottiene qualcosa. Alla fine avvelena tutto»⁷¹.

Occorre quindi scommettere sul dibattito pubblico che permette alle persone di pensare, di riflettere e di garantire la possibilità di organizzarsi in corpi intermedi. Se manca la possibilità di affinare questa capacità, il male si banalizza e dà vita a quanto si è già sperimentato in passato. Per dirla con Zagrebelsky, bisogna puntare sulla democrazia critica, «un sistema in cui i singoli sono parte attiva di un processo lungo e impegnativo, denso di sacrifici e che non ambisce a risolvere in tempo reale i problemi. [...] Solo il tempo che si diffonde ed espande attraverso procedure nelle quali siano garantite tutte le voci, di consenso come di dissenso, nella maggioranza come delle minoranze, può garantire che il popolo non si richiuda su se stesso, soffocando per paura chi non si riconosce nel coro»⁷².

Questo è il pluralismo come sinonimo di apertura alla manifestazione di qua-

⁶⁷ M. BONINI, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in «Osservatorio Costituzionale», n. 2 del 2017, 471 ss., 484. Si rimanda allo scritto per la puntuale ricostruzione del significato di democrazia combattente in Germania e per le comparazioni svolte rispetto ad alcune vicende che hanno visto protagonista l'Italia negli anni '70 con lo scioglimento di Forza Nuova e Fronte Nazionale.

⁶⁸ M. THOMPSON, *La fine del dibattito pubblico. Come la retorica sta distruggendo la lingua della democrazia*, Milano, 2016, 304.

⁶⁹ *Ivi*, 319.

⁷⁰ *Ivi*, 336.

⁷¹ *Ivi*, 338.

⁷² G. ZAGREBELSKY, *Il crucifige e la democrazia*, Torino, 2007, 124.

lunque idea od opinione, con il risultato che un sistema democratico non può e non deve rinunciare ad alcuna forma espressiva. Se così non fosse e se si consentisse alle istituzioni di decidere a monte le espressioni che hanno un valore e quelle che non ce l'hanno si legittimerebbe una censura di Stato che creerebbe un precedente pericoloso per il futuro della democrazia⁷³. A ben vedere, però, questo è il rischio che si sta correndo oggi, insistendo sull'applicazione dei reati di *hate speech* in base al mero contenuto delle parole, applicando il limite logico personalista.

Inoltre, si diceva che il pluralismo può essere inteso anche come colonna portante del patto sociale. In tal senso, esso rappresenta la sintesi delle diverse forze politiche e sociali che si contendono la possibilità di affermare le proprie istanze, in un ordinamento che si fonda su una Costituzione, per l'appunto, pluralista. Ma quali forze politiche e sociali? Le società odierne, come è ormai quella italiana, più che plurali si definiscono multiculturali, ovvero si caratterizzano per la grande presenza di popolazioni diverse per appartenenza religiosa e culturale. E però, a queste non si concede lo stesso spazio istituzionale riservato ai cittadini. La differenza tra diritti di cittadinanza e diritti concessi agli stranieri è notevole se si considera il gran numero di persone straniere residenti sul territorio nazionale, che hanno l'onere di assolvere agli stessi doveri dei cittadini, ma che non hanno voce per rivendicare nelle sedi rappresentative i propri diritti.

La vera scommessa del pluralismo consiste nel passaggio da una società multiculturale, che assume caratteristiche sempre più escludenti, a una società pluralista che, al contrario, ha come tratto peculiare l'inclusività⁷⁴, la quale si raggiunge anche attraverso un dibattito aperto. *Ius soli* e diritto di voto agli stranieri sono alcune tra le principali "riforme culturali" – prima ancora che giuridiche – da prendere sul serio per non appiattirsi sui soliti e tanti luoghi comuni che si ripetono quando si parla di discorsi d'odio. Questi sono solo un sintomo di un male sociale che non potrà essere curato con la loro limitazione.

⁷³ In tal senso Y. MOUNK, *Popolo vs Democrazia*, cit., 187, spec. nota n. 28. In particolare l'A. sottolinea come, in termini filosofici, anche l'incitamento all'odio ha un valore di verità, nel senso che esprime una proposizione riconoscibile e corretta sul piano semantico, anche se non ha alcuna importanza per gli altri.

⁷⁴ Come afferma Gustavo Zagrebelsky, «il pluralismo è la virtù politica in base alla quale ci si riconosce diversi, ma ugualmente degni e portatori di benefici nella dialettica sociale e politica [...]. Invece, il multiculturalismo punta a proteggere la propria cultura e il proprio modo di vivere con la conseguenza che le società, pur definendosi aperte, rischiano sempre di più di chiudersi su sé stesse». G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo Specchio*, Bologna, 2018, 269-270.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966.
- AA.VV., *Corte costituzionale e principio d'eguaglianza – Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002.
- AA.VV., *Sistema penale e diritti dell'uomo*, Napoli, 2002.
- AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 2003.
- AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011.
- AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014.
- AA.VV., *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019.
- ACIERNO M., *La tutela delle discriminazioni nel d. lgs. n. 215 /2003*, in «Dir. imm. citt.», n. 3 del 2004, 43 ss.
- ACKERMAN B., *The Rise of World Constitutionalism*, in «83 Virginia Law Rev.», 1997, 771 ss.
- ACKERMAN B., *We the People 3, The Civil Rights Revolution*, Cambridge-Massachusetts, 2014.
- AG.I.R.E., *Agire contro la disuguaglianza. Un manifesto*, Bari-Roma, 2018.
- AGRÒ A.S., *Art. 3. Il principio d'eguaglianza formale*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 123 ss.
- AINIS M., *Valore e disvalore della tolleranza*, in «Quad. cost.», n. 3 del 1995, 445 ss.
- ALACEVICH M., SOCI A., *Breve storia della disuguaglianza [tit. orig. Inequality. A short history]*, Bari, 2019.
- ALLPORT G., *The Nature of Prejudice*, 25sima ed., Boston, 1979.
- AMATO G., *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in «Dem. dir.», 1966, 490 ss.
- AMATO G., *Libertà. Diritto costituzionale*, in «Enc. dir.», XXIV, Milano, 1974.
- AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997.
- AMBROSI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in «Quad. cost.», n. 3 del 2008, 519 ss.
- AMBROSI A., *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 38 ss.
- ANGIOLINI V., *Manifestazione del pensiero e "libertà altrui"*, in «Giur cost.», 1995, 4585 ss.
- ARENDT H., *La banalità del male*, trad. it. di BERNARDINI P., Milano, 2001.
- ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, trad. it. di GUADAGNIN A., Torino, 2009.
- ASH T.G., *Libertà di parola*, Milano, 2017.
- AZZARITI G., *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico. Appunti*, in PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., RUGGERI A., SAITTA A., SILVESTRI G., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005.
- AZZARITI G., *Osseervazioni a margine della relazione di D. Shefold, La dignità umana*, in

- PANUNZIO S.P. (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee*, Padova, 2007, 67 ss.
- AZZARITI G., *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari-Roma, 2016.
- BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2014, 823 ss.
- BACCO F., *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018.
- BAKER E., *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford, 1989.
- BAKER E., *Harm, Liberty and free speech*, in «70 Southern California L. Rev.», 1997, 70 ss.
- BAKER E., *Autonomy and Hate speech*, in HARE I., WEINSTEIN J. (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, 139 ss.
- BALDINI V., *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in «Rivista AIC», n. 2 del 2013.
- BARILE P., *Il "vilipendio" è da abolire*, in «Temi», 1969, 538 ss.
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in «Enc. dir.», XXIV, 1974, 424 ss.
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- BARILE P., *Eguaglianza e tutela della diversità in Costituzione*, in «Quad. cost.», n. 1 del 1994, 53 ss.
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2012.
- BARTOLI C., *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Bari-Roma, 2012.
- BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, 2010.
- BAUMAN Z., *Il demone della paura*, Bari-Roma, 2014.
- BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La dignità dell'uomo quale valore costituzionale*, in «www.cortecostituzionale.it», 2007.
- BERLIN I., *Libertà*, trad. it. di RIGAMONTI G., SANTAMBROGIO M., Milano, 2010.
- BERTAGNA G., CERETTI A., MAZZUCATO C., *Il libro dell'incontro*, Milano, 2015.
- BETTIOL G., *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1965, 641 ss.
- BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012.
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.
- BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.
- BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015, 1 ss.
- BILANCIA F., DI SCIULLO F., RIMOLI F. (a cura di), *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, 2008.
- BILFORD B.J., *Harper's Bazaar: The marketplace of ideas and Hate Speech in Schools*, in «4 Stan. J. Civ. Rts. & Civ. Liberties», 2008, 447 ss.

- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- BIN R., *L'interpretazione conforme, Due o tre cose che so di lei*, in «Rivista AIC», n. 1 del 2015, 1 ss.
- BIN R., *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.
- BIONDI DAL MONTE F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013.
- BIRKS P.B.H. (a cura di), *Pressing Problems in the Law*, vol. 1, *Criminal Justice and Human Rights*, Oxford, 1995.
- BJORGE E., *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, Oxford, 2016.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1997.
- BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Torino, 2009.
- BOGNETTI G., *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1960, 15 ss.
- BOGNETTI G., *Vilipendio del Governo o principi costituzionali di libertà d'espressione*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1965, 641 ss.
- BOGNETTI G., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1971, 18 ss.
- BOGNETTI G., *Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in «Giur. cost.», 1974, 1433 ss.
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, Torino, 2006.
- BOLLINGER L., *La società tollerante*, (1986), trad. it. di MATTEI I., Milano, 1992.
- BOLLINGER L., STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, Chicago-Londra, 2002.
- BOLLINGER L.C., STONE G.R. (a cura di), *The free speech century*, New York, 2019.
- BONETTI P. (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Torino, 2016.
- BONETTI P., SIMONI A., VITALE T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Milano, 2011.
- BONINI M., *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in «Osservatorio costituzionale», n. 2 del 2017, 471 ss.
- BONOMI A., PAVICH G., *Reati in tema di discriminazione: Il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 ottobre 2014.
- BOUCHARD M., *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in «Questione Giustizia», n. 2 del 2015, 66 ss.
- BOURGUIGNON V.H.J., *The United States Supreme Court and freedom of expression*, in «Hum. Rts. L. Journal», 1994, 137 ss.
- BOURNE A.K., CASAL BÉRTOA F., *Mapping 'Militant Democracy': Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015)*, in «Eur. Const. Law Rev.», n. 13 del 2017, 221 ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in «Noviss. Dig. it.», XIX, Torino, 1973, 7 ss.
- BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1988, 3 ss.
- BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlas-*

- sare. *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009.
- BURATTI A., *La condotta antidemocratica dei partiti politici come "illecito costituzionale"*, in «Dir. pubbl. comp. ed eur.», n. 2 del 2003, 875 ss.
- BURATTI A., *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratica*, in «Giur. it.», 2005, 2243 ss.
- BURATTI A., *Dal diritto di resistenza alla tutela costituzionale del dissenso politico*, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2006.
- CAGOSSI M., *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento italiano*, in «penalecontemporaneo.it», 19 gennaio 2016.
- CALLEGARI A., *Problemi fondamentali dell'empatia ed esperienza costituzionale americana*, in «Questione Giustizia», 14 novembre 2017.
- CALLEORS C.R., *Reconciliation of Civil Rights and Civil Liberties after R.A.V. v. City of St. Paul: Free speech, Multiculturalism Education, and Political Correctness at Arizona State Univeristy*, in «Uthah L. Rev.», 1992, 1205 ss.
- CAMERA G., POLLICINO O., *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google – Vividown*, Milano, 2010.
- CAPOZZI E., *Politicamente corretto. Storia di un'ideologia*, Venezia, 2018.
- CAPPUCCIO L., LOLLINI A., TANZARELLA P., *Le Corti regionali tra Stati e diritti*, Napoli, 2012.
- CAPUTO A., *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in «Questione Giustizia», n. 2 del 1997, 476 ss.
- CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in «Diritto penale contemporaneo», 7 gennaio 2014.
- CARETTI P., *Art. 10. Libertà di espressione*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 349 ss.
- CARETTI P., *Manifestazione del pensiero e istigazione all'odio nell'ordinamento italiano*, in *Atti del XVI Congresso dell'Accademia Internazionale di Diritto comparato*, Brisbane, 2002, in «www.ddp.unipi.it».
- CARETTI P., *I diritti fondamentali*, Torino, 2005.
- CAROFILIO G., *La manomissione delle parole*, Milano, 2010.
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 13 ss.
- CARTABIA M., LAMARQUE E., TEGA D., *L'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, 901 ss.
- CARUSO C., *Dialettica della libertà di espressione: il caso "Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 133 ss.
- CARUSO C., *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 cost.*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2013, 795 ss.

- CARUSO C., *La libertà d'espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013.
- CARUSO C., *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, Atto I*, in SIDIBlog del 20 gennaio 2020, <http://www.sidiblog.org/2020/01/20/la-liberta-di-espressione-presa-sul-serio-casa-pound-c-facebook-atto-i>.
- CASSESE S., *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017.
- CASTELLANETA M., *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della corte europea dei diritti umani*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2011, 65 ss.
- CASTELLANETA M., DE SENA P., *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casa Pound c. Facebook*, in SIDIBlog del 20 gennaio 2020, <http://www.sidiblog.org/2020/01/20/la-liberta-di-espressione-e-le-norme-internazionali-ed-europee-prese-sul-serio-sempre-su-casapound-c-facebook>.
- CATTANEO M.A., *Critica della giustizia. Natura e società moderna*, Milano, 1996.
- CAVALLONE B., *La borsa di Miss Flite*, Milano, 2016.
- CECCANTI S., *L'Italia non è una "democrazia protetta", ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno*, in «Giur. cost.», 2001, 2109 ss.
- CECCHERINI E., *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.
- CELOTTO A., *Art. 3, 1° co., Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 65 ss.
- CENTINI M., *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in «Giur. cost.», n. 3 del 2007, 2405 ss.
- CERETTI A., CORNELLI R., *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013.
- CERRI A., *Ordine pubblico. II. Diritto costituzionale*, in «Enc. giur.», XXII, Roma, 1990, 3 ss.
- CERRI A., *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interpretati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in «Foro it.», I, 1992, 1531 ss.
- CHANG D., *Lynching and terrorism, speech, and R.A.V.: The constitutionality of Wisconsin's hate crimes Statute*, in «10 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts.», 1993, 455 ss.
- CHEMERINSKY E., *Unpleasant speech on campus, even hate speech, is a First Amendment issue*, in «William Mary Bill of Rights Journal», 2009, 765 ss.
- CIERVO A., *La relatività del male*, in «Questione Giustizia», 15 dicembre 2015.
- COHEN-JONATHAN G., *Discrimination raciale et liberté d'expression*, in «R.U.D.H.», n. 10 del 1995, 1 ss.
- COLOMBO G., *Il perdono responsabile. Si può educare il bene attraverso il male? Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Milano, 2011.
- CONTI R., *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in «Consulta Online», Studi, n. 1 del 2015, 181 ss.
- CORSO G., *Ordine pubblico*, in «Enc. dir.», XXX, Milano, 1980, 1060 ss.
- CRISAFULLI V., *Problematica della libertà d'informazione*, in «Il politico», 1964, 290 ss.
- CRISAFULLI V., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.
- CRISAFULLI E., *Igiene verbale. Il politicamente corretto e la libertà linguistica*, Roma, 2004.
- CUCCIA V., *Libertà d'espressione e identità collettive*, Torino, 2007.
- CUNIBERTI M., *Il limite del buon costume*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 33 ss.

- CUNIBERTI M., *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in «Medialaws» n. 1 del 2017, 26 ss.
- CUNIBERTI M., *Il buon costume e i reati di opinione*, in AA.VV., *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 171 ss.
- D'ELIA G., *Disp. XII*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2016, 2786 ss.
- DAHL R.A., *Intervista sul pluralismo*, Bari-Roma, 2002.
- DAL CANTO F., CONSORTI P., PANIZZA S. (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, 2016.
- DE GREGORIO G., *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in «Medialaws», n. 1 del 2017, 91 ss.
- DE LUNA V.G., *La Repubblica del dolore*, Milano, 2011.
- DE ROBERTO G., *Buon costume. I) Diritto costituzionale*, in «Enc. giur.», V, 1988, 1 ss.
- DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.
- DE SHUTTER O., *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, in «Revue belge de droit international», 1997, 20 ss.
- DE VERO G., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in «Dig. disc. pen.», IX, Torino, 1995, 72 ss.
- DEACUX E., IMBERT P.H., PETTITI L.E. (a cura di), *La Convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi, 1999.
- DELGADO R., *Campus antiracism rules: constitutional narratives in collision*, in «85 Nw. U.L. Rev.», 1991, 343 ss.
- DELGADO R., *Four observation about Hate Speech*, in «44 Wake Forest L. Rev.», 2009, 353 ss.
- DELGADO R., STEFANCIC J., *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York, 1997.
- DELGADO R., *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling*, in «17 Harv. Civil Rights L. Rev.», 1982, 133 ss.
- DELGADO R., STEFANCIC J., *Critical Race Theory. An introduction*, New York, 2012.
- DELLA MORTE G., *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in «Dir. pubbl. comp. eur.», n. 3 del 2014, 1181 ss.
- DEMASKE C., *Modern power and the First amendment: Reassessing Hate Speech*, in «9 Comm. L. & Pol'y», 2004, 273 ss.
- DI CIOMMO M., *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010.
- DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, 1988.
- DI GIOVINE A. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.
- DONATI F., *Fake news e libertà di informazione*, in «Medialaws», n. 2 del 2018, 440 ss.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DORSETT D.M., *Hate speech debate and free expression*, in «5 Southern California Interdisciplinary Law Journal», 1997, 259 ss.
- DOWNES D.A., *Nazis in Skokie: Freedom, Community, and the First Amendment*, Notre Dame (Indiana-Usa), 1985.

- DOWNS D.A., *Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment*, in «60 Notre Dame L. Rev.», 1985, 629 ss.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* (1977), ed. it. MUFFATTO N. (a cura di), Bologna, 2010.
- EBERLE E.J., *Dignity and Liberty. Constitutional visions in Germany and the United States*, Westport, Connecticut, Londra, 2002.
- EISSEN M.A., *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1982.
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in «Giur. cost.», 1962, 191 ss.
- EURIPIDE, *Le Supplici*, 1, 19, trad. it. di PADUANO G., Pisa, 2016.
- FALLACI O., *La rabbia e l'orgoglio*, Milano, 2001.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1990.
- FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2018.
- FERRARA G., *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione). Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.
- FIANDACA G., *Buon costume. III) Moralità pubblica e buon costume – Dir. pen.*, in «Enc. giur.», V, 1988, 1 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- IORE C., *I reati d'opinione*, Padova, 1972.
- IORE C., *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in «Quale giustizia», 1974, 271 ss.
- IORE C., *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», n. 2 del 2016, 893 ss.
- FIORINI E., *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, in «Cassazione penale», n. 1 del 1999, 984 ss.
- FLICK G.M., *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 39 ss.
- FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.
- FOIS S., VIGNUDELLI A. (a cura di), *Principi fondamentali, diritti e doveri dei cittadini nella Costituzione italiana, Articoli 1-54*, Rimini, 1991.
- FRESU R., *Politically correct*, in «Enciclopedia dell'Italiano», vol. 2, Roma, 2011, 1117 ss.
- FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.
- FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in «Diritto penale contemporaneo», 29 ottobre 2013.
- GAETA P., *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in «www.giustiziainsieme.it», 17 ottobre 2019.
- GALEOTTI A.E., *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Napoli, 1994.
- GALEOTTI A.E., *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999.
- GARLATI L., VETTOR T. (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, Milano, 2009.
- GIOVANNETTI T., *Governance della rete e ricorso alla sanzione penale: il caso della re-*

- sponsabilità dell'internet Service Provider tra tentazioni punitive e rispetto dei principi costituzionali, in NISTICÒ M., PASSAGLIA P. (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 314 ss.
- GIUFFRÈ F., *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in «federalismi.it», n. 7 del 2016, 1 ss.
- GLENN R.A., STEPHENS O.H., *Campus hate speech and equal protection: competing constitutional values*, in «Widener Journal of Public Law», 1997, 349 ss.
- GONZÁLEZ E., *Drafting a Truth Commission Mandate: A Practical Tool*, New York, 2013.
- GONZÁLEZ E., VARNEY H. (a cura di), *Truth Seeking: Elements of Creating an Effective Truth Commission. Brasilia: Amnesty Commission of the Ministry of Justice of Brazil*, New York, 2013.
- GRANDE E., *Il dispositivo penale della paura. Diffusione di un'ideologia*, in «Dem. dir.», n. 3 del 2014, 17 ss.
- GRANDE E., *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in «Questione Giustizia», n. 4 del 2015, 47 ss.
- GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in «Diritto civile contemporaneo», 31 luglio 2016.
- GROS M., «Prima lezione di diritto»: ordine morale, dignità umana e "neutralità del diritto". *Dal lancio del nano al comico razzista*, in «Diritto e società», n. 2 del 2015, 237 ss.
- GROSSI P., *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in SICLARI M. (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, 41 ss.
- GROSSI P., *La dignità nella Costituzione italiana*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 79 ss.
- GUAZZAROTTI A., *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta a Elisabetta Lamarque*, in «Quad. cost.», n. 2 del 2009, 303 ss.
- GUAZZAROTTI A., *Eguaglianza e pari dignità*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 196 ss.
- HABERMAS J., *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*, Cambridge, 2004.
- HARE I., *Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free speech dogma and Doctrine*, in HARE I., WEINSTEIN J. (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, 289 ss.
- HARE I., WEINSTEIN J. (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009.
- HARRIS D., O'BOYLE M., BATES E., BUCKLEY C. & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014.
- HAYEE B., *Blasphemy Laus and Pakistan's Human Rights Obligations*, in «14 U. Notre Dame Austl. L. Rev.», 2012, 25 ss.
- HEINZE E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford, 2016.
- HENNEBEL L., HOCHMANN T. (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., *Constitutional v. international? When unified reformatory rationales mismatch the plural paths of legitimacy of ECHR law*, in CHRISTOFFERSEN J., RASK MADSEN M. (a cura di), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford, 2011, 144 ss.

- HEYMAN S.J., *Spheres of autonomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in «10 Wm. & Mary Bill Rts. J.», 2002, 647 ss.
- HEYMAN S.J., *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in HARE I., WEINSTEIN J. (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, 158 ss.
- HEYMAN S.J., *The third annual c. Edwin baker lecture for liberty, equality, and democracy: the conservative-libertarian turn in first amendment jurisprudence*, in «117 W. Va. L. Rev.», 2014, 231 ss.
- HILLMAN J., *La vana fuga dagli Dei*, ottava ed., Milano, 2012.
- HOBBS T., *Leviatano*, (1651), Pacchi A. (a cura di), trad. it. LUPOLI A., PREDAVAL MARGRINI M.V., REBECCHI R., Bari-Roma, 1997.
- HUGHES G., *Political correctness. A history of Semantics and Culture*, Londra, 2010.
- INGRAO I., *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, in «Riv. int. diritti umani» 1994, 578 ss.
- INGRASSIA A., *La Corte d'appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in «Diritto penale contemporaneo», 4 marzo 2013.
- INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA G. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, 396 ss.
- JACOBSON G., SHOR M. (a cura di), *Comparative Constitutional Theory*, Uk-Usa, 2018.
- JAMES S., *Cittadinanza femminile e indipendenza: la cittadina adeguata*, in GALEOTTI A.E. (a cura di), *Individui e istituzioni*, Torino, 1992, 175 ss.
- JEMOLO A.C., *I problemi pratici della libertà*, seconda edizione, Milano, 1972.
- JULLIEN F., *L'identità culturale non esiste*, trad. it. di BONGIOVANNI C., Torino, 2018.
- KARST K.L., *Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups*, in «95 University of Illinois Law Rev.», 1990, 95 ss.
- KATZNELSON I., *When affirmative action was white*, New York-Londra, 2005.
- KELSEN H., *La democrazia*, (1920), trad. it. CASTRONUORO A.M., Bologna, 1998.
- KENNEDY R., *Nigger: The strange career of a troublesome word*, New York, 2002.
- KOSAŘ D., *Policing separation of powers: a new role for the European Court of Human Rights?*, in «Eur. Constit. L. Rev.», n. 8 del 2012, 33 ss.
- LAMARQUE E., *I reati d'opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 141 ss.
- LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del Seminario svoltosi in Roma – Palazzo della Consulta*, 6 novembre 2009, Milano, 2010, 111 ss.
- LAMARQUE E., *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in «Quad. cost.», n. 2 del 2008, 269 ss.
- LAMARQUE E., *Recensione a We The People. 3. The Civil Rights Revolution di Bruce Ackerman*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», n. 3 del 2014, 815 ss.
- LAVAGNA C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in «Dem. dir.», Milano, 1967, 367 ss.
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985.

- LAW D.S., VERSTEEG M., *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in «99 California Law Rev.», 2011, 1162 ss.
- LAWRENCE C.R., *If the Hollers let him go: regulating racist speech on campus*, in «Duke L.J.», 1990, 1431 ss.
- LAWRENCE F., *The punishment of Hate: Toward a normative theory of Bias-motivated crimes*, in «93 Mich. L. Rev.», 1995, 320 ss.
- LEWIS A., *Freedom for the thought that we hate*, New York, 2007.
- LIPPMANN W., *Public Opinion*, trad. it. *L'opinione pubblica*, con Prefazione di TRANFAGLIA N., Roma, 2004.
- LOCKE J., *Lettera sulla tolleranza*, (1685), ed. it. VIANO A.C. (a cura di), Bari-Roma, 1994.
- LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.
- LONARDO L., *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in «Rass. Dir. civ.», n. 3 del 2011, 761 ss.
- LONGO A., *I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in «Osservatorio costituzionale», n. 3. del 2014, 1 ss.
- LORENZETTI A., *Discriminazioni razziali ed etniche nelle ordinanze dei Sindaci e negli ordinamenti municipali*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 205 ss.
- LOWENSTEIN K., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in «The American Political Science Review», vol. 31, n. 3 del 1937, 417 ss.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- LUCIANI M., *Economia nel diritto costituzionale*, in «Dig. Disc. Pubbl.», V, Torino, 1990, 382 ss.
- LUCIANI M., *Positività, metapositività, e parapositività dei diritti fondamentali*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 1055 ss.
- LUTHER J., *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette a contenuto pornografico*, in «Foro it.», I, 1993, 1162 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza e dignità umana*, in CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo nel sapere giuridico*, Roma, 2007, 185 ss.
- MACKINNON C., *Only words*, Cambridge-Massachusetts, 1993.
- MACKLEM P., *Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self determination*, in «4 Int'l J. Const. L.», 2006, 488 ss.
- MAHONEY K., *Hate speech, Equality, and the State of Canadian Law*, in «44 Wake Forest Law Rev.», 2009, 321 ss.
- MALAVENDA C., MELZI D'ERIL C., VIGEVANI G.E., *Le regole dei giornalisti*, Bologna, 2012.
- MALFATTI E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, terza ed., Torino, 2018.
- MALFATTI E., *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in «La Rivista Gruppo di Pisa», n. 3 del 2019, 116 ss.
- MANCONI L., RESTA F., *Non sono razzista, La xenofobia degli italiani e gli imprenditori politici della paura*, Milano, 2017.

- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2007, 739 ss.
- MANETTI M., *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, 511 ss.
- MANETTI M., *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione delle democrazie*, Torino, 2005, 103 ss.
- MANETTI M., PACE A., *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.
- MANETTI M., *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazi-fascista*, in «Quad. cost.», n. 4 del 2017, 883 ss.
- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.
- MARCENÒ V., ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018.
- MARTINICO G., POLLICINO O., *The Interaction between Europe's Legal Systems, Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, UK-Northampton, Ma, Usa, 2012.
- MASCIOTTA C., *Leggi interpretative e rigidità degli strumenti decisionali della Corte costituzionale: quali prospettive nella vicenda delle "pensioni svizzere"?*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3 del 2017, 1 ss.
- MASSA M., *Difficoltà di dialogo. ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative (Nota a C. Cost. 26 gennaio 2012, n. 15)*, in «Giur. cost.», n. 1 del 2012, 167 ss.
- MASTROMARINO A., *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018.
- MATSUDA M., *Public response of Racist Speech: considering the victim's story*, in «87 Mich. L. Rev.», 1989, 2320 ss.
- MAZZIOTTI DI CELSO A., *Dal Primo emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in «Medialaws», n. 3 del 2018, 90 ss.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., SALERNO G.M., *Manuale di diritto costituzionale*, 2014.
- MC CRUDDEN C., *Freedom of Speech and Racial Equality*, in BIRKS P.B.H. (a cura di), *Pressing Problems in the Law*, vol. 1, *Criminal Justice and Human Rights*, Oxford, 1995, 125 ss.
- MC CRUDDEN C., *Human dignity and judicial interpretation of human rights*, in «European Journal of Int.l Law», n. 10 del 2008, 655 ss.
- MEIKLEJOHN A., *Free speech and its relation to self-government*, New York, 1948.
- MEIKLEJOHN A., *Political freedom: the Constitutional powers of the People*, Oxford, 1965.
- MENDUS S., EDWARDS D. (a cura di), *Saggi sulla tolleranza*, Milano, 1990.
- MILL J.S., *On liberty*, Londra, 1859, trad. it., *Sulla libertà*, a cura di MOLLICA G., Milano, 2003.
- MILTON J., *Areopagitica, Discorso per la libertà di stampa*, (1644) trad. it. di GATTI M., Prefazione di OSTELLINO P., Milano, 2002.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.
- MOCCIA S. (a cura di), *Delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2007.

- MONACO G., *La tutela della dignità umana: Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in «Pol. dir.», n. 1 del 2011, 47 ss.
- MONTANARI A., *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in «Diritto civile contemporaneo», 2 febbraio 2017.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, nona ed., Padova, 1969.
- MOSSE G.L., *Le origini culturali del Terzo Reich*, Milano, 2015.
- MOUNK Y., *Popolo vs Democrazia*, Milano, 2018.
- MOWBRAY A., *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, terza ed., Oxford, 2012.
- MÜLLER J.W., *Militant Democracy*, in ROSENFELD M., SAJÓ A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1253 ss.
- NAMAZI N., CAHILL J.H., *University hate Speech Codes: a necessary method in the process of eradicating the universal wrong of racism*, in «10 Tauro Law Review», 1994, 561 ss.
- NANIA R. (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi studio*, Torino, 2012.
- NAQVI Y., *The Right to the Truth in International Law: Fact or Fiction?* in «Int. Rev. of the Red Cross», n. 862 del 2006, 245 ss.
- NEUBORNE B., *Ghosts in the Attic: Idealized Pluralism, Community and Hate Speech*, in «27 Harv. C.R.-C.L.L. Rev.», 1992.
- NINATTI S., *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012.
- NISTICÒ M., PASSAGLIA P. (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014.
- NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in «Diritto civile contemporaneo», 30 gennaio 2017.
- NOCKLEBY J.T., *Hate Speech*, in LEVY L.W., KARST K.L. (a cura di), *Encyclopedia of the American Constitution*, vol. 3, Detroit, 2000, 1277 ss.
- NOLTE G. (a cura di), *European and US constitutionalism*, Strasburgo, 2005.
- NUVOLONE P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 350 ss.
- ODDI A., *La riesumazione dei boni mores*, in «Giur. cost.», 2000, 2245 ss.
- ONIDA V., *I principi fondamentali*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 111 ss.
- PACE A., *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in «Archivio giur. "Filippo Serafini"», 1963, 111 ss.
- PACE A., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992.
- PACE A., *Eguaglianza e libertà*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio d'eguaglianza – Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002, 75 ss.
- PACE A., *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in «Rivista AIC», n. 1 del 2015.
- PACILLO V., *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano, 2012.
- PALADIN L., *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.

- PALADIN L., *Ordine pubblico*, in «Noviss. Dig. It.», XII, Torino, 1965, 30 ss.
- PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in «Quad. cost.», n. 1 del 1987, 3 ss.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, 366 ss.
- PALICI DI SUNI E., *Il volontariato tra i valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in «Giur. it.», n. 1 del 1992, 1205 ss.
- PALLANTE F., *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in «Questione Giustizia», 20 gennaio 2020.
- PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.
- PANUNZIO S.P. (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee*, Padova, 2007.
- PARENT W.A. (a cura di), *The Constitution of rights. Human Dignity and American Values*, Ithaca-Londra, 1992.
- PARENT W.A., *Constitutional value and Human Dignity*, in MEYER M.J., PARENT W.A. (a cura di), *The Constitution of rights. Human Dignity and American Values*, Ithaca-Londra, 1992, 40 ss.
- PARISI S., *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in «Quad. cost.», n. del 2013, 879 ss.
- PECH L., *Lois mémorielles et liberté d'expression: de la controverse à l'ambiguïté*, in «Rev. fr. dr. const.», 2012, 563 ss.
- PECH L., *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, Jean Monnet Working Paper No.10/09.
- PELLISSERO M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in «Dir. pen. proc.», n. 8 del 2006, 960 ss.
- PERRONE R., «Buon costume» e valori costituzionali condivisi, Napoli, 2015.
- PETITTI L.E., DECAUX E., IMBERT P.H., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1999.
- PEZZINI B., *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in D'AMICO M., RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1379 ss.
- PICCIONE D., *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emozionalità e psicologia collettiva*, in «Medialaws», n. 3 del 2018, 77 ss.
- PICOTTI L., *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, in «Dir., immigr. e citt.», 2005, 69 ss.
- PICOTTI L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in RIONDATO S. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia odio religioso. Diritti fondamentali e tutela della persona*, Padova, 2006, 134 ss.
- PICOULT J., *Piccoli grandi cose*, Milano, 2017.
- PINELLI C., *Art. 17. Divieto dell'abuso di diritto*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in «Pol. dir.», 2008, 307 ss.
- PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in «Rass. parl.», n. 2 del 2007, 323 ss.

- PIROZZOLI A., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012.
- PIROZZOLI A., *La responsabilità dell'Internet Service Provider, il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in «Rivista AIC», n. 3 del 2012.
- PIZZORUSSO A., *The constitutional treatment of hate speech, General report, in Italian National reports to the XVIth International congress of comparative law*, Brisbane, 2002.
- PIZZORUSSO A., *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 2003.
- PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., RUGGERI A., SAITTA A., SILVESTRI G., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005.
- POLLICINO O., *Il negazionismo nel diritto comparato – profili ricostruttivi*, in «Diritti umani e diritto internazionale», n. 5 del 2011, 85 ss.
- POLLICINO O., *Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, «ConsultaOnLine», 25 febbraio 2020.
- POPPER K., *La società aperta e i suoi nemici, Platone totalitario*, vol. 1, (1943), in D. ANTISERI (a cura di), trad. it. di PAVETTO R., seconda ed., Roma, 2003.
- POPPER K., *Miseria dello storicismo*, (1957), Introduzione di VECA S., trad. it. di MONTALEONE C., ultima ristampa, Milano, 2013.
- POST R., *Racist speech, democracy, and the First Amendment*, in «32 William and Mary Law Rev.», 1990, 318 ss.
- POST R., *The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, in «1033 Harv. L. Rev.», 1990, 603 ss.
- POST R., *Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence*, in «95 Mich. L. Rev.», 1997, 1517 ss.
- POST R., *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in «88 Cal. L. Rev.», 2000, 2353 ss.
- POST R., *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 97 ss.
- PUGIOTTO A., *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in «Quad. cost.», n. 1 del 2009, 7 ss.
- PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 3 del 2013, 77 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005.
- PULITANÒ D., *Riforma dei reati d'opinione?*, in «Corr. giur.», n. 6 del 2006, 745 ss.
- PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012.
- RAMACCI F., *Libertà «reale» e «svalutazione» del buon costume*, in «Giur. cost.», 1992, 3563 ss.
- RAO N., *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, in «86 Notre Dame L. Rev.», 2011, 248 ss.
- RAWLS J., *Liberalismo politico*, VECA S. (a cura di), Milano, 1994.
- RECCHIA N., *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015, 55 ss.

- REPETTO G., *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in «Dir. pubbl.», n. 1 del 2016, 247 ss.
- RESCIGNO P., «*In pari causa turpitudinis*», in «Riv. dir. civ.», n. 1 del 1966, 1 ss.
- RESINA J.R., CRESTANI J.L., DE CASTRO ROCHA J.C., *Negationism and Freedom of Speech*, Manchester, 2009.
- RESTA F., *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, in «Diritto dell'informazione e della comunicazione», n. 1 del 2014, 237 ss.
- RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012.
- REVELLI M., *Populismo 2.0*, Torino, 2017.
- RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo del costituzionalismo*, in NANIA R., RIDOLA P., *I diritti costituzionali*, vol. 1, Torino, 2006.
- RIDOLA P., *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in NANIA R. (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi studio*, Torino, 2012, 61 ss.
- RIMOLI F., *Pluralismo*, «Enc. Giur.», XXIII, 1997, 1 ss.
- RIONDATO S. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia odio religioso. Diritti fondamentali e tutela della persona*, Padova, 2006.
- RIPIPE E., *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 18 ss.
- ROCCHINI E., «*Pensioni svizzere*»: inammissibilità, ma con monito al legislatore, (Nota a C. Cost. 12 luglio 2017, n. 166), in «Giur. cost.», n. 4 del 2017, 1542 ss.
- RODOTÀ S., «*Ordine pubblico o buon costume?*», in «Giur. di merito», n. 1 del 1970, 104 ss.
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012.
- ROLLA G., *Profili costituzionali della dignità umana*, in CECCHERINI E., *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 57 ss.
- RORIVE I., *What can be done against Cyber Hate? Freedom of speech versus Hate Speech in the Council of Europe*, in «17 Cardozo J. Int.'l & Comp. L.», 2009, 417 ss.
- ROSSI E., *Art. 2*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 38 ss.
- RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, in «Rivista AIC», n. 1 del 2011.
- RUGGERI A., «*Itinerari*» di una ricerca sul sistema delle fonti. XVII. *Studi dell'anno 2013*, Torino, 2014.
- RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015.
- RUGGERI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in «Osservatorio costituzionale», n. 1 del 2018, 1 ss.
- RUGGERI A., *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in «Ordine internazionale e diritti umani», n. 3 del 2019, 507 ss.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in «Pol. dir.», n. 3 del 1991, 343 ss.
- RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, Milano, 2012.
- RUOTOLO M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012.
- RUSSO M. (a cura di), *Umanesimo. Storia, critica, attualità*, Firenze, 2015.

- SAJÓ A. (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004.
- SANCHEZ MADRID V.N., *Ragione, dignità e humanitas nel paradigma critico kantiano*, in RUSSO M. (a cura di), *Umanesimo. Storia, critica, attualità*, Firenze, 2015, 117 ss.
- SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.
- SCHMIDT G., VOJTOVIC R.L., *Holocaust denial and freedom of expression*, in ORLIN T.S., ROSAS A., SCHEININ M. (a cura di), *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach*, Syracuse, 2000, 152 ss.
- SCIARABBA V., *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019.
- SESSA A., *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in MOCCIA S. (a cura di), *Delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2007, 1 ss.
- SHAHNAZAROVA I., *Criminalisation of genocide denial and freedom of expression*, in «Int. J. of H.R. and Const. St.», 1.4 del 2013, 322 ss.
- SHAPIRO V.M., *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, New Orleans, 2011.
- SHELL G.R., *Strateghi della negoziazione*, Milano, 2007.
- SILVA C., *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di cassazione*, in «L'indice penale», 2009, 207 ss.
- SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in «Rivista AIC», 2008.
- SMITH P.S., *Speak no Evil: Apostasy, Blasphemy and Heresy in Malaysian Syariah law*, in «10 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y», 2004, 357 ss.
- SORRENTI G., *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 7 dicembre 2015.
- SORRENTINO F., *Eguaglianza*, Torino, 2011.
- SOTTIAUX S., *Bad tendencies in the ECtHR's hate speech jurisprudence*, in «Eur. Const Law. Rev.», n. 7 del 2011, 40 ss.
- SPADARO I., *Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del "nuovo" reato di istigazione all'odio razziale*, in «Dirittifondamentali.it», n. 1 del 2019, 1 ss.
- SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», n. 2 del 2007, 689 ss.
- SPERTI A., *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in «Costituzionalismo.it», n. 1 del 2013.
- SPERTI A., *L'incidenza della lotta al terrorismo sulla libertà di manifestazione del pensiero negli Stati Uniti. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali*, in DAL CANTO F., CONSORTI P., PANIZZA S. (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, 2016, 101 ss.
- SPIGNO I., *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in «Dir. pubbl. comp. eur.», n. 4 del 2008, 1921 ss.
- SPIGNO I., *La Corte di Strasburgo e il negazionismo del genocidio armeno: revirement o conferma giurisprudenziale?*, in «Questione Giustizia», 24 marzo 2014.
- SPIGNO I., *I discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018.
- STAIANO S., *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in DELLA MORTE M. (a

- cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale* (Relazione conclusiva al Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” – Campobasso 19-20 giugno 2015), Napoli, 2016, 413 ss.
- STARK S., *The expansion of Canadian Hate Speech Legislation*, in «10 L. & Bus. Rev. Am.», 2004, 807 ss.
- STENBERG R.J. (a cura di), *The Psychology of Hate*, Washington D.C., 2005.
- STORTONI L., *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in «Crit. dir.», 1994, 16 ss.
- STORTONI V., *Diritti dell'uomo ed emergenza: (l'eredità de)gli anni di piombo*, in AA.VV., *Sistema penale e diritti dell'uomo*, Napoli, 2002, 35 ss.
- STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, Torino, 2008.
- STROSSEN N., *Regulating racist speech on campus: a modest proposal?*, in «Duke L.J.», 1990, 484 ss.
- STROZZI G., *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell'uomo*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 1 del 2014, 189 ss.
- SUNSTEIN C., *Democracy and the problem of Free Speech*, New York, 1993.
- SUNSTEIN C.R., *Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?*, in BOLINGER L.C., STONE G.R. (a cura di), *The free speech century*, New York, 2019, 162 ss.
- TANZARELLA P., *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in «Dir. imm. citt.», n. 4 del 2010, 50 ss.
- TANZARELLA P., *I diritti della Corte europea dei diritti*, in CAPPUCCIO L., LOLLINI A., TANZARELLA P., *Le Corti regionali tra Stati e diritti*, Napoli, 2012, 35 ss.
- TANZARELLA P., *Rujak c. Croazia: il limite logico alla manifestazione del pensiero secondo la Corte europea dei diritti*, in «Quad. cost.», n. 1 del 2013, 172 ss.
- TANZARELLA P., *La propaganda dell'odio in Internet: un'altra sfida per il diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, 561 ss.
- TANZARELLA P., *Negazionismo: aggiornamenti da Strasburgo*, in «Consulta Online», 2014.
- TANZARELLA P., *L'uso delle lingue nella legislazione elettorale, nella disciplina della comunicazione politica e i limiti della comunicazione*, in BONETTI P. (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Torino, 2016, 167 ss.
- TANZARELLA P., *La paura del passato e la paura per il futuro: il paternalismo della Corte di Strasburgo*, in «Quad. cost.», n. 1 del 2016, 140 ss.
- TAYLOR C., *Radici dell'io: la costruzione dell'identità moderna*, trad. it. di RINI R., Milano, 1993.
- TAYLOR C., *La politica del riconoscimento*, in HABERMAS J., TAYLOR C., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. di CEPPIA L., RIGAMONTI G., Milano, 1998.
- TAYLOR C., *Il disagio della modernità*, trad. it. di FERRARA DEGLI UBERTI G., Bari-Roma, 2006.
- TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011.
- TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 30 aprile 2015, 1 ss.
- TERLIZZI G., *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013.

- TERUEL LOZANO G.M., *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in «Rivista», n. 2 del 2014.
- TESCARO M., *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in «Giur. di merito», n. 12 del 2013, 2584 ss.
- THIEL M. (a cura di), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, Londra-New York, 2009.
- THOMPSON M., *La fine del dibattito pubblico. Come la retorica sta distruggendo la lingua della democrazia*, Milano, 2016.
- TOURAINÉ A., *Quando lo straniero diventa una minaccia*, in BAUMAN Z., *Il demone della paura*, Bari-Roma, 2014, 65 ss.
- TSEHIS A., *Destructive messages: How Hate Speech paves the way for Harmful Social Movements*, New York, 2002.
- TSEHIS A., *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy*, in «44 Wake Forest Law Rev.», 2009, 497 ss.
- TURNATURI G., *La nuova cultura dell'individuo emozionale e sempre emozionato*, in «Questione Giustizia», 29 marzo 2019.
- TUSHNET M., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in «49 Virginia Journal of Int. Law», 2009, 987 ss.
- TUTU D., *Non c'è futuro senza perdono*, trad. it. di DORNETTI E., Milano, 2001.
- UCCI S., *Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 1 del 2017, 171 ss.
- URBINATI N., *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2019.
- VALENTINO A., *Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere"*, in «Osservatorio Costituzionale», n. 3 del 2013, 1 ss.
- VECCHIO F., *Libertà d'espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in «Diritto dell'informazione e della comunicazione», n. 1 del 2014, 43 ss.
- VELU J., *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à Francois Rigaux*, Bruxelles, 1997, 533 ss.
- VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2 del 2015.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 5 del 2017, 330 ss.
- VIGEVANI G.E., *Diritto di cronaca ed intervista diffamatoria*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 87 ss.
- VIGEVANI G.E., *Informazione e democrazia*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 1 ss.
- VIGEVANI G.E., *Diritto, verità e storia: la criminalizzazione della negazione della Shoah*, in FERRI G. (a cura di), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Napoli, 2015, 291 ss.

- VIGEVANI G.E., *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in «Medialaws», n. 1 del 2019, 25 ss.
- VIOLA P., *Storia moderna e contemporanea*, vol. 3, *L'Ottocento*, Torino, 2000.
- VISCONTI C., *Il legislatore azzeccarbugli: le "modifiche in materia di reati d'opinione" introdotte dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85*, in «Foro it.», V, 2006, 222 ss.
- VIVIANI SCHLEIN M.P., *Il diritto di satira*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 67 ss.
- VOLPATO C., *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Bologna, 2019.
- WALDRON J., *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, 2012.
- WALZER M., *Sulla tolleranza*, (1997), trad. it. di RINI R., Bari-Roma, 1998.
- WEINRIB J., *Human Dignity and its critics*, in JACOBSON G., SHOR M. (a cura di), *Comparative Constitutional Theory*, Uk-Usa, 2018.
- WEINRIB L.E., *Hate Promotion in a Free and Democratic Society: Regina v. Keegstra*, in «Mc Gill L.J.», n. 36 del 1991, 1417 ss.
- WEINSTEIN J., *Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from the Masses*, in HARE I., WEINSTEIN J. (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, 23 ss.
- WHITMAN J.Q., *"Human dignity" in Europe and The United States: The social foundations*, in NOLTE G. (a cura di), *European and US constitutionalism*, Strasburgo, 2005, 95 ss.
- WILLIAMS B., *L'idea di eguaglianza*, in ID., *Problemi dell'io*, trad. it. di RINI R., Milano, 1990.
- WILLIAMS R.J. Jr., *Burning crosses and blazing words: Hate Speech and the Supreme Court's free speech clause jurisprudence*, in «5 Seton Hall L.J.», 1999, 609 ss.
- WRAGG P., *Mill's Dead Dogma: The Value of Truth to Free Speech Jurisprudence*, in «Public Law», n. 2 del 2013, 363 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'invisibilità dei giudici costituzionali*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it», 2006.
- ZAGREBELSKY G., *Il crucifige e la democrazia*, Torino, 2007.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.
- ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Torino, 2017.
- ZAGREBELSKY G., *Diritto allo Specchio*, Bologna, 2018.
- ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in «Osservatorio Costituzionale», n. 2 del 2015, 1 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985.
- ZICCHITTO P., *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in «Consulta OnLine», 4 marzo 2020.
- ZIMBARDO P., *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2008.
- ZUCCALÀ G., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1966, 1154 ss.

Finito di stampare nel mese di giugno 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino – via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, *«Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l.*, 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bis} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.
107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.

109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.
132. *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.