



Gianmarco Gometz

(associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Cagliari,
Dipartimento di Giurisprudenza)

L'odio proibito: la repressione giuridica dello *hate speech* *

SOMMARIO: 1. Discorsi odiosi - 2. La repressione giuridica delle idee odiose: vecchie difese, nuovi difesi - 3. Le ragioni del contrasto giuridico ai discorsi d'odio - 4. Due direttrici nella giustificazione della repressione giuridica del discorso d'odio.

1 - Discorsi odiosi

Con l'indagine filosofica sui fenomeni designati dai termini "razzismo", "sessismo", "xenofobia", "omofobia" e altre espressioni semanticamente contigue o iponime¹ si maneggia del materiale infiammabile. Lo segnala la solita spia del senso comune, almeno nella forma altolocata del *buon senso*², che nell'odierno occidente giudica come minimo inappropriato, se non intollerabilmente irrispettoso, perfino un accostamento faceto, goliardico o satirico a questi temi³. L'*indignazione* spesso suscitata da ogni loro

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Come "transfobia", "slavofobia", "islamofobia" e "antisemitismo".

² **M. JORI**, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa, 2010, p. 12, ricorda che **A. GRAMSCI**, *Quaderni dal carcere*, Einaudi, Torino, 2014, Q11, p. 1483, ricava dal cap. XXXII dei Promessi Sposi la distinzione tra "senso comune" e "buon senso", il primo essendo solo il senso della maggioranza e il secondo invece qualcosa di più. Qui parlo di buon senso come forma "altolocata" di senso comune alludendo pure a un'altra nozione gramsciana: quella di *egemonia culturale*. La cultura antirazzista, antisessista e antiomofoba è infatti (per fortuna) diventata prevalente almeno nelle componenti colte e istruite delle società occidentali, ancorché fronteggiata da una diffusa ostilità volgare e populista che si palesa soprattutto in certe formazioni politiche, oltre che nelle piazze digitali. Sul nesso tra egemonia culturale della classe dominante e contenuti delle leggi repressive dello *hate speech*, cfr. **R. POST**, *Hate Speech*, in Hare, I., Weinstein, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford U.P., Oxford, 2009, p. 128 ss.

³ **C. DEL BÒ**, *Fino a che punto si può ridere delle donne? Libertà di satira e sessismo*, in *Notizie di Politeia*, XXXII, 124, 2016, p. 63 ss., ad esempio, ritiene che la satira contro le donne e i gruppi sociali deboli e vulnerabili sia subdolamente irrispettosa e moralmente deplorabile perché (e quando) tratta le persone come mezzo per l'umorismo altrui, senza neppure l'esimente di essere una forma di contropotere o una critica contro i costumi dominanti. Lo stesso autore, peraltro, precisa che nonostante la deplorabilità *morale*, v'è almeno una buona ragione per sconsigliare il ricorso alla repressione *giuridica* della satira, pure rivolta



trattamento meno che reverente è invero sintomatica del fatto che gli assunti sul pari valore morale di tutti gli esseri umani senza distinzione di razza, origine, religione, genere e orientamento sessuale, affermatasi come nobili *etiche della dignità*, sono oggi diventati ciò che Mario Jori chiama *etiche dignitose*⁴: delle idee talmente penetrate nella cultura “alta” grazie al tempo e al supporto educativo, istituzionale e accademico da ritenersi sottratte a ogni accostamento critico sia nelle loro tesi centrali sia in quelle che di volta in volta se ne ritengono le implicazioni necessarie. Se tale constatazione va combinata col rilievo dell’indubbia giustezza di quelle etiche (almeno secondo chi scrive), deve segnalarsi il rischio che lo sdegno scandalizzato che caratterizza certe loro difese funzioni come uno stop argomentativo non solo a livello del discorso, ma anche a livello metadiscorsivo⁵. Rischia così di essere accusato di razzismo, omofobia, sessismo, xenofobia, magari “criptici” o “inconsci”, anche chi ad esempio ritenga discutibile e/o controproducente il largo ricorso alla criminalizzazione del discorso razzista, omofobo, sessista o xenofobo a cui oggi si assiste in Europa⁶, o chi dia ragioni per ritenere tali discorsi protetti dalle garanzie della libertà di

contro i deboli: la tolleranza della satira irrispettosa, evitando la formazione di dogmi, consente «ai principi che ci sono cari di difendersi sempre meglio e mantenersi vivi e tonici, e con essi il tipo di società nella quale aspiriamo a vivere» (C. DEL BÒ, *Col sorriso sulle labbra. La satira tra libertà di espressione e dovere di rispetto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 7 del 2016., p. 23; cfr. anche p. 18 ss.).

⁴ Cfr. M. JORI, *La necessità dell’irreverenza*, in *Biblioteca della libertà*, XXII, ottobre-dicembre, n. 99, 1987, p. 45. Con Jori, peraltro, si può notare che molte di queste etiche, pur autorevolmente formulate e affermate nelle più alte sedi culturali, politico-istituzionali e (sempre più frequentemente) giurisdizionali, restano nella pratica scarsamente applicate, disattese e ricordate solo nei momenti solenni della riflessione; cfr. M. JORI, *La necessità dell’irreverenza*, cit., pp. 46 e 47. Mi pare che qualcosa del genere accada nel caso delle etiche della (pari) dignità offese dal discorso razzista, xenofobo, omofobo o sessista: etiche universalmente affermate e formalmente indisputate e tuttavia quotidianamente contraddette nella pratica “volgare” e spesso inconfessata del razzismo diffuso, dell’omofobia latente, del sessismo becero ecc.

⁵ L’emotività irriflessiva che caratterizza il trattamento filosofico dei concetti qui analizzati si riflette tra l’altro nella sciattezza di alcune delle espressioni coniate per nominarli. “Omofobia”, ad esempio, nel suo etimo richiama più la paura per il simile che l’avversione agli omosessuali, “sessismo” potrebbe benissimo riferirsi a un’ideologia favorevole alla liberazione sessuale, e “transfobia” a una paura delle trasformazioni in generale. Risparmio al lettore ogni commento su altri neologismi usati per designare fenomeni di cui non mi occupo qui, tra cui un “femminicidio” che avrebbe potuto assai più elegantemente denominarsi “ginecidio” e certi anglicismi entrati purtroppo nel lessico corrente come “mobbizzare”, “stalkerare” e “bullizzare”.

⁶ C. LUZZATI, *Chi parla con chi? Negazionismo e libertà di parola*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, XVII/I (giugno), 2017, p. 237, ad esempio, osserva che “Si rischia di credere che chi ritiene controproducente e/o discutibile la previsione di una severa punizione del negazionismo [della Shoah] sia un cripto-antisemita”.



parola⁷. A complicare l'analisi di questi fenomeni contribuisce inoltre il fatto che i vocaboli adoperati per designarli sono piuttosto *vaghi*, specie se usati nelle loro frequenti associazioni con "intolleranza", "pregiudizio", "stereotipo", "discriminazione" e "violenza"⁸. I loro usi presentano infatti, oltre a uno spazio di ipotesi centrali e non controverse, un'area di casi di penombra in cui i parlanti sono intrinsecamente incerti se il termine possa applicarsi oppure no⁹. Sia quello spazio che quest'area si sono tra l'altro progressivamente ampliati nel corso del tempo, rendendo queste parole non solo più *generali*, ossia riferite a più ipotesi, situazioni e fenomeni rispetto al passato, ma anche più *generiche*, ossia riferite ciascuna indifferentemente a una pluralità di ipotesi/situazioni/fenomeni alquanto diversi tra loro¹⁰. La distinzione tra i concetti corrispondenti a tutte queste

⁷ "Now the defenders of the status quo have discovered, in the first amendment, a new weapon [...] The first amendment arms conscious and unconscious racists – Nazis and liberals alike – with a constitutional right to be racists"; **M.J. MATSUDA, CH. LAWRENCE, III, R. DELGADO, K. CRENSHAW**, *Introduction*, in M.J. Matsuda, Ch. Lawrence III, R. Delgado, K. Crenshaw, *Words That Wound, Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Westview, Boulder (CO), 1993, pp. 14-15.

⁸ Nelle combinazioni "pregiudizio", "stereotipo", "discriminazione" o "violenza" "di genere", "razzista", "omofobo/a", "xenofobo/a" ecc. Sul concetto di vaghezza, si veda **C. LUZZATI**, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁹ L'incertezza è *intrinseca* nel senso che non dipende da una carenza di informazioni sul caso considerato, ma dall'impossibilità di decidere in modo relativamente concorde se a tale caso possano applicarsi quelle espressioni usando delle regole condivise di significato; cfr. **C. LUZZATI**, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 3. Si pensi alle furibonde polemiche che sui *social* hanno riguardato il riscontro di un presunto sessismo: nell'abbigliamento dello scienziato dell'ESA Matt Taylor, scusatosi pubblicamente in lacrime per aver indossato durante una conferenza stampa una camicia ritraente delle pin-up; ne "i motivi per scegliere una fidanzata dell'est" discussi durante il programma televisivo "Parliamone sabato" di Rai 1, poi subitaneamente chiuso; nella pornografia, considerata da alcune correnti femministe come una specifica forma di *hate speech* sessista in quanto rappresenta le donne come oggetto di attenzioni sessuali degradanti (cfr *infra*, nota 113).

Quanto alle pratiche e agli atteggiamenti in cui taluni reperiscono del "razzismo", si pensi al caso di Pietro Boselli, modello e ricercatore dell'University College di Londra, al centro di aspre polemiche per aver pubblicato su Youtube un video umoristico che lo ritrae mentre si produce in una serie di esercizi ginnici sollevando uno smilzo (ma consenziente) giovane filippino, ai filtri "Black", "Caucasian", "Asian" and "Indian" dell'applicazione "Faceapp", che ritocca automaticamente le fotografie di un volto in modo da farlo assomigliare a quello di un individuo nero, indiano, orientale ecc. (poi rimossi a seguito delle polemiche degli antirazzisti), o si considerino certi lapsus, il complimento insultante per cui "sai di buono e i tuoi lineamenti sembrano proprio quelli di una bianca", e un'ampia gamma di altre condotte e atteggiamenti non intenzionalmente offensivi e tuttavia percepiti come razzisti da **C. RANKINE**, *Citizen. Una lirica americana*, 66thand2d, Roma, 2017.

¹⁰ Il termine "razzismo", ad esempio, un tempo adoperato prevalentemente per designare l'idea secondo cui la specie umana è suddivisibile in razze caratterizzate da



espressioni è infine ben poco nitida, come pure le loro reciproche relazioni analitiche. Talora, ad esempio, razzismo, omofobia, xenofobia ecc. sono intesi essi stessi come peculiari forme di intolleranza, pregiudizio, discriminazione o violenza, altre volte come la loro causa, condizione o ragione, e altre volte ancora – più raramente – come i loro effetti o conseguenze.

L'unico elemento incontestabilmente certo, relativamente a questi concetti così volatili e incendiari, è la loro attuale ascrizione alla categoria generale dell' „odio”, di norma per almeno una di queste ragioni: sono associati a pratiche manifestanti ostilità, avversione o perlomeno mancanza di rispetto rivolti alle persone per via della loro appartenenza a certi gruppi minoritari, vessati, o storicamente e/o socialmente svantaggiati (ad esempio i neri, gli immigrati, le donne, i gay ecc.)¹¹; sono associati a pratiche “odiose” nel senso di nocive ed eticamente riprovate e/o riprovevoli; sono associati a pratiche a loro volta fonte d'odio, eccitato in altri contro gli odiati e/o ritorto da costoro contro gli odiati o la società nel suo complesso.

Quando questi fenomeni sono considerati nella loro dimensione comunicativo-espressiva, allora è d'uso parlare di “*hate speech*”, una nozione tanto popolare nei dibattiti quanto sciagurata dal punto di vista analitico: tutti deplorano le condotte espressive a cui tale espressione si riferisce ma nessuno sa esattamente quali siano, dato l'inusitato grado di genericità e vaghezza che contraddistingue ciascuna delle sue *varie* definizioni. Una tipica definizione di hate speech è ad esempio: “*denigration of the reputation of a social group, stereotyped by some particular national, racial or religious characteristics, accompanied by incitement to hostility, violence and discrimination against that group*”¹², la quale, oltre a implicare un riferimento

diverse capacità intellettive o morali, viene oggi usato sempre più spesso per designare ogni atteggiamento di pregiudizio, intolleranza o discriminazione verso persone identificate attraverso la loro regione di provenienza, cultura, religione, etnia, genere, sessualità, aspetto fisico, abbigliamento, abitudini, modo di socializzarsi o altre caratteristiche. La stessa parola “razza”, riferita agli esseri umani, è ormai considerata di per sé una parola dell'odio, pur continuando a essere presente ad esempio nella nostra costituzione. Sulla genericità cfr. LUZZATI, C., *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹¹ Preciso “certi” gruppi perché i fenomeni dell'odio sono tipicamente riferiti non a ogni forma di avversione generalizzante, ossia diretta contro una classe aperta di individui, ma solo a quelle che colpiscono un catalogo tassativo, peraltro storicamente variabile, di gruppi ritenuti per qualche ragione bisognosi di speciale protezione. Cfr. *infra*, § 2.

¹² Si veda la p. 11 del report “*Hate Crime and Hate Speech in Europe: Comprehensive Analysis of International Law Principles, EU-wide Study and National Assessments*” prodotto nell'ambito del progetto PRISM (Preventing, Repressing & Inhibiting Hate Speech in New Media”) finanziato dalla Commissione Europea (disponibile su. <http://www.prismproject.eu/hate-crime-and-hate-speech-in-europe-comprehensive-analysis-of-international-law-principles-eu-wide->



alla denigrazione della *reputazione* di un gruppo sociale che si presta a coprire in pratica qualsiasi giudizio negativo su quel gruppo (ad esempio un rilievo sul più elevato tasso di criminalità o di partecipazione ad attività terroristiche che si registra tra i suoi componenti), accosta in modo assai problematico l'incitamento alla "ostilità" a quello alla "violenza" e alla "discriminazione", a loro volta concetti alquanto vaghi e generici. Utili tentativi di precisazione come quello di Giovanni Ziccardi, secondo cui affinché un'espressione possa considerarsi "*hate speech*" è necessario tra l'altro che manifesti un incitamento *volontario e idoneo* a causare atti d'odio, violenza o discriminazione¹³, debbono fare i conti con un quadro normativo, dottrinario e giurisprudenziale nient'affatto concorde nel reperire nella congiunzione tra intento soggettivo e pericolosità oggettiva il tratto caratterizzante questa nozione¹⁴. Perfino ridefinizioni che non alludono alla necessità di una pericolosità concreta della condotta espressiva, come quella proposta da Giorgio Pino ("discorso *finalizzato* a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano disprezzo nei confronti di quel gruppo a causa della sua connotazione")¹⁵, risentono del fatto che molti diritti puniscono a titolo di *hate speech* non solo discorsi intenzionalmente rivolti a eccitare l'odio epperò idonei a rendere probabile o possibile tale effetto, ma anche discorsi non intenzionalmente diretti a promuovere l'odio e tuttavia idonei a produrlo¹⁶. Vi sono anzi diritti, come l'italiano, che puniscono delle

study-and-national-assessments/).

¹³ Cfr. G. ZICCARDI, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016, p. 21.

¹⁴ Cfr. *infra*, § 2.

¹⁵ G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, n. 2, 2008, pp. 293-294.

¹⁶ Spesso la punizione del discorso d'odio richiede l'accertamento di *almeno uno* di questi due elementi (oggettivo o soggettivo). Si pensi, per quanto riguarda il diritto italiano, alla formulazione dell'art. 2 del d.lgs n. 215 del 2003, su cui la giurisprudenza fonda tra l'altro diverse sentenze di condanna per il reato di propaganda razzista *ex art.* 3 l. n. 654 del 1975 (cfr. ad esempio Cass. pen., sez. III, n. 13234 del 13 dicembre 2007). La disposizione prevede che sono 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 od offensivo". Altri ordinamenti, ad esempio quello inglese, hanno nel corso del tempo oscillato tra una criminalizzazione della diffusione di messaggi "*threatening, abusive or insulting*", ove questa avvenisse con l'intento di causare la rottura della pace materiale ("*breach of peace*"), e fosse idonea a provocarla (cfr. il *Public Order Act* del 1936), e la repressione del semplice incitamento idoneo a eccitare l'odio (come nel *Race Relations Act* del 1976), per poi tornare a richiedere la prova del dolo specifico salvo che l'autore non si sia reso conto che le sue espressioni potevano suonare come "minacciose o offensive" (*Public Order Act* del 1986).



condotte espressive d'odio indipendentemente *sia* dall'accertamento della loro pericolosità concreta, *sia* dall'accertamento dell'intento di promuovere o diffondere l'odio, e dunque in virtù del semplice contenuto dell'espressione esternata o diffusa¹⁷.

A complicare ulteriormente la nozione di linguaggio dell'odio, come ho anticipato poc'anzi, contribuisce il suo corrente riferimento sia ai discorsi che contengono e/o esprimono i sentimenti di disprezzo del locutore verso certe categorie di persone, sia a quelli che vengono giudicati "odiosi" dai locutari, nel senso di deplorabili e spregevoli, anche indipendentemente dallo stato mentale ed emotivo e dalle intenzioni comunicative di chi li ha espressi. Si pensi al tale che dica che gli omosessuali sono persone malate provando per essi una genuina compassione, a quello che affermi che alle donne "piace esser prese con la forza" pur avendo tutt'altro che in odio il genere femminile, a chi creda sul serio che i neri siano meno intelligenti dei bianchi e sostenga che perciò essi necessitano di speciali tutele giuridiche, o al negazionista sinceramente convinto che i resoconti sulla Shoah siano troppo atroci per essere veri. Questi esempi di hate speech rivelano l'ambiguità della sua nozione corrente, evidenziando che l'odio che la connota rileva non solo, e non necessariamente, sul piano semantico-pragmatico dei contenuti e delle intenzioni comunicative dei discorsi, o sul piano psicologico dei sentimenti e degli stati mentali soggettivi di chi li esprime, ma anche su quello etico-normativo della loro valutazione da parte di chi li recepisce¹⁸.

Il risultato di questa pluralità, ambiguità, genericità e indeterminatezza delle concezioni giuridiche dello *hate speech*, specie in Europa, è una tendenza a contrastare attraverso gli strumenti del diritto un sempre più ampio catalogo di discorsi reputati "odiosi" in ragione di un'offensività che assai spesso è presunta come inerente alla loro mera espressione o diffusione, indipendentemente dalla necessità di provare che essi abbiano effettivamente cagionato un qualche danno o pericolo nel caso concreto¹⁹. Ciò talora sulla base del presupposto che gli atti linguistici

¹⁷ È questo ad esempio il caso dell'art. 8, secondo comma, della legge italiana n. 962 del 1967, che punisce con la reclusione da tre a dodici anni chiunque pubblicamente faccia l'apologia di: atti diretti a commettere genocidio, deportazione a fini di genocidio, morte per genocidio o deportazione, atti diretti a commettere genocidio mediante limitazione delle nascite e atti diretti a commettere genocidio mediante sottrazione di minori.

¹⁸ Debbo le considerazioni riportate in questo capoverso ad alcune osservazioni di Anna Pintore.

¹⁹ Un accostamento che vari autori, tra cui **R.G. WRIGHT**, *Racist Speech and the First Amendment*, in *Mississippi College Law Review*, vol. 9, issue 1, 1988, propongono di estendere anche all'interpretazione del primo emendamento della Costituzione USA.



“odiosi” non siano degni di esser qualificati come “discorsi”²⁰, che le idee da essi veicolate non siano affatto opinioni²¹ o che, quantomeno, vadano espressamente espunte dal novero di quelle protette dalle garanzie della libertà di pensiero e di espressione²².

In questo articolo mi propongo due obiettivi.

In primo luogo, vorrei offrire una panoramica generale delle più consuete forme della repressione giuridica delle idee odiose, chiarendo quali siano le categorie di condotte espressive tipicamente vietate a titolo di *hate speech* e come operino tali divieti. A tal fine, presenterò nel prossimo paragrafo una rassegna delle misure che gli ordinamenti giuridici attuali approntano contro l’affermazione delle idee odiose e/o i danni da esse cagionati, notando come, specie in Europa, esse passino assai spesso per la criminalizzazione, del resto da sempre usata dal diritto per reprimere pensieri o punti di vista per qualche ragione sgraditi o ritenuti dannosi. Diverse dal passato, piuttosto, sono le categorie di soggetti *difesi* da tali misure: categorie deboli e/o minoritarie anziché forti e/o maggioritarie.

Il secondo obiettivo di questo lavoro è tentare di capire *perché* queste particolari condotte espressive siano proibite dal diritto, ciò che richiede di individuare le ragioni addotte a giustificazione della repressione giuridica di espressioni, credenze o dottrine certamente in molti casi più che deprecabili sul piano morale, eppure in potenza protette, assieme ai loro portatori, da altre ragioni giuridiche d’alto rango: i principi della libertà di pensiero e di parola. Nei §§ 3 e 4 avrò così modo di notare che, almeno quando si prendono in esame i discorsi d’odio non indirizzati contro individui determinati né diretti e idonei a far compiere ad altri atti lesivi, non v’è alcun accordo su quali siano tali ragioni. Tutto ciò che può

²⁰ Cfr. **M. TROPER**, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion Pratica*, n. 8, 1997.

²¹ Come nel caso dello slogan secondo cui “l’odio non è un’opinione”, ripreso fin dal titolo dal rapporto “L’odio non è un’opinione. Ricerca su hate speech, giornalismo e migrazioni” (http://www.bricks-project.eu/wp/wp-content/uploads/2016/03/relazione_bricks_bassa.pdf), pubblicato nell’ambito del progetto BRICKS (Building Respect on the Internet by Combating hate Speech; <http://www.bricks-project.eu/>) da una serie di organizzazioni per la tutela dei diritti umani.

²² Pur senza avere mai esplicitamente definito la nozione di hate speech, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo lo ha escluso dal novero delle espressioni tutelate dalla libertà di pensiero *ex art. 10* della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, stabilendo ad esempio in *Gündüz v. Turkey* (2003) che tale libertà non copre: “concrete expressions constituting hate speech, which may be insulting to particular individuals or groups” e che “tolerance and respect for the *equal dignity* of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance”. Cfr. anche *infra*, nota 52.



osservarsi è che esse tendono a strutturarsi in due modi: da una parte ci sono giustificazioni *deontologiche* della repressione giuridica dei discorsi d'odio, le quali "guardano indietro" a certi principi che sarebbero violati dalla loro mera espressione o circolazione, primo tra tutti la dignità umana; da un'altra parte ci sono giustificazioni *teleologiche*, che "guardano avanti" all'esigenza di assicurare una condizione di convivenza relativamente pacifica in società sempre più multiculturali, ciò che richiederebbe forme molto anticipate di tutela penale contro le espressioni stigmatizzanti certi gruppi razziali, etnici, nazionali, religiosi ecc.

Concluderò questo contributo constatando che tali giustificazioni presentano in modo insolitamente lampante alcune pecche tipiche, rispettivamente, delle giustificazioni deontologiche e di quelle teleologiche: le prime tendono a risultare superficiali in quanto apodittiche, generiche e vacue; le seconde tendono a eludere gli oneri argomentativo-dimostrativi d'ordine fattuale da cui dipende la loro validità.

Prima di entrare nel merito del discorso è d'uopo qualche avvertenza. Innanzitutto, non intendo tentare in questa sede una ricostruzione puntuale dell'evoluzione storica, politica e sociale delle istanze di repressione/censura delle idee razziste, sessiste, omofobe, xenofobe o altrimenti "odiose" nel senso che ho già iniziato a precisare. Noto solo, di passaggio, che mi pare che nella loro attuale configurazione esse riflettano una delle più notevoli evoluzioni della morale positiva occidentale dal secondo dopoguerra in poi²³, ovvero una maggior propensione alla stigmatizzazione di fenomeni discriminatori avvertiti come sempre meno tollerabili, peraltro talora incongruamente associata a una curiosa indulgenza nei confronti di certe pratiche sessiste, razziste, omofobe ecc. tenute in seno ai gruppi discriminati e condonate in quanto ritenute espressive della loro "identità" e/o della loro "cultura". Naturalmente questo sviluppo non interessa tutta la società né tutte le società occidentali allo stesso modo: i sociologi potranno fornire tutte le statistiche circa i gruppi più sensibili o, all'opposto, propensi al razzismo, all'omofobia, al sessismo ecc., rilevando presumibilmente che le richieste di sanzione giuridica di quei fenomeni non provengono soltanto, o necessariamente, da coloro che a vario titolo se ne ritengono direttamente

²³ Per *morale positiva* intendo un complesso di idee etiche che si affermano in un certo momento storico all'interno di una determinata comunità non necessariamente diventando maggioritarie, e tuttavia interessando quote rilevanti della popolazione. Un'altra recente e notevole evoluzione della morale positiva occidentale, di cui però non mi occupo in questa sede, riguarda una più diffusa sensibilità alla sofferenza degli animali non umani, che nel diritto si riflette nella criminalizzazione di maltrattamenti, torture e uccisioni prima giuridicamente irrilevanti o mitemente sanzionate.



offesi (ad esempio i neri, gli ebrei, le donne e gli omosessuali), bensì da un pubblico oggi alquanto eterogeneo e non contraddistinto soltanto da posizioni politiche *liberal* o di sinistra. Ma, ribadisco, non è di questo che intendo occuparmi nel presente lavoro, e neppure mi interessa tentare una descrizione generale di fenomeni così vari e sfaccettati come il razzismo, il sessismo, la xenofobia e l'omofobia o discuterli nel merito sul piano storico, sociale, politico o morale. Su tutto ciò del resto sono state scritte intere biblioteche, e in questa sede non posso che limitarmi ad assumere questi fenomeni come dei *mali*, confidando che tale giudizio sia condiviso dai lettori. Restano inoltre estranee al mio campo di studio, almeno per ora: 1) la difficile questione del raffronto tra le ragioni tipicamente addotte a giustificazione della repressione giuridica delle idee odiose e quelle, antagoniste, della libertà di pensiero e di parola; 2) ogni indagine e apprezzamento circa il grado di efficacia delle misure di contrasto del linguaggio dell'odio finora messe in atto (almeno rispetto ai loro fini esplicitamente dichiarati). A tutto ciò spero di poter dedicare qualche riflessione in futuro.

2 - La repressione giuridica delle idee odiose: vecchie difese, nuovi difesi

La repressione giuridica di idee reputate per qualche motivo *offensive*, nel senso di dannose o pericolose²⁴, è un elemento che ricorre nella storia del diritto almeno da quando Socrate bevve la cicuta. Oltre al filosofo ateniese, com'è noto, ne fecero le spese Gesù Cristo, Dante, Machiavelli, Giordano Bruno, Galileo e moltissimi altri innovatori troppo in anticipo sui loro tempi. Crudeltà delle pene a parte, le forme e le modalità del contrasto giuridico a idee "odiose" nel senso precisato nel paragrafo precedente non hanno subito troppe variazioni dall'epoca di Socrate: si reprimono, anche

²⁴ La distinzione tra discorsi *dannosi* e discorsi solo *offensivi* tracciata da G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 299, deve fare i conti, oltreché con una certa dose di ambiguità lessicale legata alla possibile confusione tra il concetto di senso comune e quello tecnico-giuridico di offesa, col fatto che il semplice "disappunto, fastidio o imbarazzo" prodotto dai discorsi offensivi nel primo senso, specie se protratti o reiterati nel tempo, sono da taluni avvertiti come vere e proprie sofferenze psichiche o morali, di un tipo analogo a quelle che la giurisprudenza italiana riconduce alla nozione di danno esistenziale o a quella del danno biologico. Senza contare che molte "offese" verbali sono lesive di beni giuridicamente tutelati come l'onore, la reputazione, la dignità individuale o di gruppo, ecc. Per questo motivo, nel presente lavoro parlerò di discorsi e idee "offensive" solo con riferimento alla nozione tecnico-giuridica che allude a un qualche danno (ovvero lesione a un bene giuridicamente protetto) attualmente o potenzialmente causato dalla loro espressione o circolazione.



con lo strumento penale, una serie di condotte che vanno dalla mera espressione di un pensiero eretico, anche negativo/confutativo (esempio “Dio non esiste”, “L’Olocausto non ha mai avuto luogo”)²⁵, all’istigazione più o meno efficace al compimento di atti lesivi, passando per l’esaltazione o propaganda di idee, credenze, dottrine, metodi, modelli di comportamento, fatti o personaggi storici. Non troppo dissimili dalle attuali repressioni dello *hate speech* erano ad esempio i reati di bestemmia perseguiti a titolo di odio contro la divinità nella Repubblica di Venezia da una magistratura apposita²⁶ o il *Seditious Libel*, che nel Seicento puniva «*all writings [...] which tend to bring into hatred or contempt the King, the Government, or the constitution as by law*»²⁷. Ciò che piuttosto è relativamente nuovo – se può chiamarsi “nuovo” un corso intrapreso con crescente sollecitudine dal secondo dopoguerra in poi²⁸ – è l’uso di reprimere delle idee in altri tempi e luoghi non solo tollerate, ma addirittura socialmente approvate e anzi profondamente radicate nella cultura popolare, perseguendone l’espressione/circolazione in quanto offensiva *per gruppi considerati deboli e/o minoritari*. Alludo per l’appunto alle idee su cui si fondano le discriminazioni basate sulla razza, l’etnia, l’origine/provenienza, il sesso (sempre più frequentemente sostituito dalla identità di genere), l’orientamento sessuale, la religione e, oggi in qualche subordine, le opinioni politiche e certe condizioni di minorità fisica o psichica²⁹. A esser relativamente inedita, nella storia del diritto, non è insomma la proscrizione giuridica di idee avvertite come dannose nella loro espressione/diffusione in sé o in quanto idonee e/o scientemente dirette a

²⁵ L’art. 23 del *Public Order Act* inglese del 1986 e l’art. 130, secondocomma, del Codice penale tedesco puniscono addirittura la semplice produzione o la detenzione di materiale scritto, visivo o sonoro che istighi all’odio.

²⁶ I “Difensori in foro secolare delle leggi di Santa Chiesa e Correttori della negligenza delle medesime”, attivi dal 1537 al 1797.

²⁷ H.C. FOLKARD, *The Law of Slander and Libel*, Butterworth & Co., London, 1908, p. 371.

²⁸ C. LUZZATI, *Chi parla con chi?*, cit., p. 231 ss., ricorda che nell’immediato dopoguerra l’atteggiamento culturale prevalente, rispetto alle atrocità razziste del nazismo, non era quello della discussione critica bensì quello dell’attonito silenzio: “Ci fu un lungo periodo in cui la persecuzione restò un peso troppo grande da sopportare per gli stessi scampati, i quali provavano spesso vergogna per le umiliazioni di cui erano stati vittime” (p. 231).

²⁹ Con E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2010, p. 114 ss., può ricordarsi che l’idea della eguale dignità di tutti gli esseri umani è una conquista assai recente, giacché le società premoderne erano di norma strutturate in ordini gerarchici implicanti delle nozioni di persona, dignità e rispetto intesi come concetti scalari anziché come concetti qualificatori tutto-o-niente; un accostamento che induceva a graduare la dignità degli individui sulla base di vari elementi sociali, razziali o anagrafici (genere, età, famiglia o luogo di provenienza ecc.).



render più probabili *altri* eventi dannosi di qualche genere, né la repressione di un "odio" variamente inteso e diretto, ma piuttosto il loro divieto per ragioni di tutela dei gruppi ritenuti socialmente deboli o minoritari, anziché a difesa dello *status quo* su cui prosperano quelli forti o maggioritari³⁰. Si noti invero che sebbene in astratto le idee fondate sulle predette discriminazioni siano censurabili *qualunque* sia la razza/etnia/genere/orientamento sessuale ecc. preso di mira, oggi esse tendono a esser di fatto perseguite se colpiscono certi individui/gruppi sociali considerati per qualche ragione svantaggiati: sono tutto sommato eccezionali³¹, almeno nell'odierno Occidente, i casi in cui vengono perseguite in quanto *hate speech* delle espressioni d'odio rivolte in generale contro i bianchi, i cittadini autoctoni, i maschi, gli eterosessuali, i cristiani e gli individui psicofisicamente normodotati, e ancora più stravagante sarebbe una criminalizzazione *ad hoc* di discorsi che manifestano odio generalizzante contro le persone che hanno molti capelli, i proprietari di automobili di colore nero o coloro che ammettono la carne nella propria alimentazione³². I fenomeni dell'odio sono dunque tipicamente riferiti non a qualsiasi avversione generalizzante, ossia diretta contro una classe aperta di individui, ma solo a quelle che colpiscono gruppi inclusi nel catalogo, persistente ma non invariabile, delle categorie che attualmente si ritengono per qualche ragione bisognose di speciale protezione.

La difesa dei gruppi deboli, minoritari o svantaggiati, anche operata attraverso *affirmative actions* e/o deroghe al principio liberale della neutralità/non intervento dello stato nel discorso pubblico, trova ampio riscontro negli ordinamenti giuridici attuali, ed è anzi uno degli elementi

³⁰ Quanto alla criminalizzazione dell'odio come difesa dei gruppi maggioritari o maggioranti, oltre al già citato *Seditious Libel*, si pensi alla repressione delle campagne dei cartisti o delle *suffragettes* (cfr. **B. HILTON**, *A Mad, Bad, and Dangerous People? England 1783-1846*, Clarendon Press, Oxford, 2006, pp. 612-621; **K.W. WEDDERBURN**, *The Worker and the Law*, Sweet & Maxwell, London, 1986, pp. 512-518) alla punizione della propaganda abolizionista della schiavitù in vari stati schiavisti o alla punizione dell'odio di classe (la cui istigazione è punita dall'art. 131 del codice penale tedesco del 1871 e dall'art. 415 del codice Rocco, sia pure dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 108 del 1974 "nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità").

³¹ Ancorché non inauditi; si pensi al caso dello scioglimento coatto da parte del Presidente della Repubblica francese, nel 2006, dell'organizzazione "Tribu KA", dedita alla propagazione di odio razziale contro i non neri e in special modo gli ebrei; cfr. **P. MBONGO**, *Hate Speech, Extreme Speech and Collective Defamation in French Law*, in I. Hare, J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford U.P., Oxford, 2009, p. 227.

³² Questi ultimi peraltro sono bersaglio di una particolare forma di odio sociale "di minoranza", venendo frequentemente qualificati da certi gruppi antispecisti come "assassini" o "mangiacadaveri"



che li distingue maggiormente dai diritti liberali ottocenteschi. Si pensi agli obblighi di messa al bando del razzismo, della xenofobia e dell'odio nazionale e religioso solennemente proclamati nelle più alte sedi internazionali e oggi ratificati e attuati da quasi tutti gli stati³³, o ai principi

³³ Si pensi in particolare alla *Convenzione internazionale sui diritti civili e politici* (ICCPR, adottata e aperta alla firma, la ratifica e l'adesione dalla risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966) e alla *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* (ICERD, adottata e aperta alla firma e alla ratifica dalla risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 2106 (XX) del 21 dicembre 1965. L'art. 20 della ICCPR, dedicato all'odio nazionale, razziale o religioso, stabilisce:

"1. Any propaganda for war shall be prohibited by law.

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law".

L'art. 4 della ICERD, specificamente dedicata alla discriminazione razziale, prevede invece che:

"States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia:

(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

(b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;

(c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination".

Quanto alla genesi di queste convenzioni, E. SCHWELB, *The International Convention on the Elimination of All Racial Discrimination*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 15 (4), 1966, riferisce che la criminalizzazione della diffusione di idee razziste prevista dall'art. 4 della ICERD fu avversata dalle democrazie liberali dell'epoca e propugnata invece dai paesi comunisti e da stati appena decolonizzati, che videro la convenzione come un'occasione per condannare l'apartheid e il giogo del colonialismo a cui erano appena sfuggiti. J. MCHANGAMA, *The Problem with Hate Speech Laws*, in *The Review of Faith & International Affairs*, 13, 1, 2015, p. 76, ricorda che un'analoga contrapposizione si verificò in occasione della formulazione dell'art. 20 della ICERD, coi paesi col peggior pedigree democratico (quelli guidati dall'Unione Sovietica e, tra gli altri, l'Arabia Saudita, Haiti, il Sudan e la Thailandia) a favore delle più ampie restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero, e le democrazie liberali che, messe in minoranza, assistettero all'approvazione del testo dell'art. 20 come oggi lo conosciamo. L'Autore ricorda anche che tra i critici dell'art. 20, particolarmente severa fu Eleanor Roosevelt, *chairman* della Commissione delle



della pari dignità e uguaglianza sanciti da costituzioni come l'italiana, che non si limitano a vietare al legislatore di discriminare i cittadini in base a razza, sesso, lingua, religione, opinioni politiche ecc., ma sono sempre più spesso associati a doveri di intervento pubblico finalizzato alla rimozione o alla compensazione delle varie sperequazioni sociali che di fatto affliggono certi gruppi. Si pensi inoltre ai moltissimi ordinamenti giuridici che istituiscono autonome figure di reato contraddistinte da qualche forma di violenza rivolta contro persone o gruppi connotati in base all'etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere o a particolari condizioni fisiche o psichiche (i c.d. *hate crimes*), oppure prevedono delle aggravanti per i delitti motivati da odio razzista, xenofobo, omofobo, religioso, di genere ecc.³⁴, o ancora approntano vari istituti e rimedi giuridici a contrasto delle discriminazioni, come ad esempio delle tutele rafforzate riconosciute al lavoratore licenziato per motivi politici, religiosi, sindacali, razziali, di lingua, di sesso, di handicap, di età o basati sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali³⁵. Quanto poi al tema che più ci interessa, ossia la repressione giuridica dei discorsi d'odio, può ribadirsi che in Europa non ci si fa troppi scrupoli a farla passare per il diritto penale,

Nazioni Unite per i Diritti Umani, che denunciò la disposizione come estremamente pericolosa in quanto facilmente sfruttabile dagli stati totalitari al fine di rendere gli altri articoli della convenzione sulla libertà di parola nulli o inefficaci, e così approvare leggi che, col pretesto del contrasto all'ostilità nazionale o religiosa, avrebbero potuto agevolmente reprimere ogni critica ai regimi stessi.

³⁴ Dalle fattispecie autonome di *hate crimes* e dalle numerose previsioni di aggravanti d'odio si evince chiaramente come i vari legislatori nazionali, pressoché universalmente, abbiano ascritto uno specifico disvalore a razzismo, sessismo, xenofobia, omofobia e altre forme di "odio", naturalmente in qualche modo manifestato sul foro esterno. La gran parte degli ordinamenti giuridici occidentali contemporanei riconoscono principi omologhi al *principio di materialità* individuato dalla dottrina penalistica italiana, che, esigendo che il reato si manifesti in un contegno accertabile nella realtà fenomenica, vieta di punire il razzismo, l'omofobia, il sessismo come mere attitudini, credenze, opinioni o sentimenti circoscritti al foro interno. Nondimeno, questi elementi psichici possono rilevare giuridicamente sul piano della valutazione della gravità del fatto quando le circostanze autorizzano a ravvisarne l'incidenza in quanto *motivi* che inducono l'individuo a delinquere, in modo analogo a quanto accade per la tradizionale aggravante generica del motivo abietto che, secondo una giurisprudenza costante, è quello "turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello che secondo il comune sentire è espressione di un sentimento spregevole o vile, che provoca ripulsione ed è ingiustificabile per l'abnormità di fronte al sentimento umano" (Cass. pen., sez. I, 29 settembre 2015, n. 39358).

³⁵ Il "Jobs Act" italiano riconosce ad esempio ai lavoratori licenziati per motivi discriminatori il diritto a essere reintegrati nel posto di lavoro come alternativa all'indennità prevista per i licenziamenti economici.



anche attraverso la costruzione di fattispecie che rientrano a pieno titolo nella oggi sempre meno esecrata categoria dei “reati d’opinione”³⁶. Vengono infatti criminalizzate in quanto “odiose” nel senso qui rilevante delle condotte espressive riconducibili ad almeno cinque categorie: 1) le condotte di diffusione o propaganda di certe idee o dottrine; 2) l’istigazione (o, in alcune ipotesi, il mero incitamento o la promozione) ad atti di discriminazione o perfino al semplice odio³⁷; 3) l’istigazione (o, anche qui, l’incitamento/promozione) alla violenza per motivi razziali, etnici, religiosi ecc.; 4) l’apologia di certe pratiche o dottrine, oppure di certi metodi, fatti, regimi o personaggi storici; 5) la negazione o la grossolana minimizzazione

³⁶ La Decisione Quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 del Consiglio dell’Unione Europea sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, il cui art. 1, rubricato “*Reati di stampo razzista o xenofobo*”, prevede che “Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili: a) l’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 etnica; b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale”. Le lettere c) e d) dello stesso articolo puniscono l’apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana di vari crimini contro l’umanità, di genocidio e di guerra se “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”.

³⁷ Accantonando per ragioni di semplicità la categoria dell’“incitamento” alla discriminazione e alla violenza razziale, omofoba, di genere ecc., che almeno tra i penalisti italiani ha suscitato critiche alla luce dei principi di tassatività e offensività tali da spingere il legislatore del 2006 (legge n. 85), a sostituirla con la meno problematica figura della istigazione. Un ritorno alla criminalizzazione del mero incitamento è stato però da ultimo disposto dalla legge n. 115 del 2016 (ma solo se commesso “in modo che derivi concreto pericolo di diffusione” e limitato alla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra). Altri ordinamenti, a ogni modo, puniscono non solo l’istigazione, ma anche l’incitamento e altre condotte aventi un minor grado di efficacia causale rispetto all’evento offensivo (l’“incoraggiamento”, la “promozione” ecc.). Ne è esempio il § 319 del Codice penale canadese, che punisce non solo l’*incitement*, ma anche chiunque “*wilfully promotes hatred against any identifiable group*”. Il Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica di cui alla nota seguente ammette la criminalizzazione dell’*incitement* così come della *promotion* e della semplice propugnazione di una causa (*advocacy*), prescrivendo agli stati parti di criminalizzare ogni diffusione di “*racist and xenophobic material*” inteso come “*written material, any image or any other representation of ideas or theories, which advocates, promotes or incites hatred, discrimination or violence, against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors*” (artt. 2 e 3).



della Shoah e di altri crimini contro l'umanità³⁸. Queste fattispecie sono ampiamente rappresentate negli ordinamenti giuridici europei, con quelli italiano e tedesco che si distinguono particolarmente per zelo repressivo, giacché: a) le criminalizzano tutte³⁹, e b) con interpretazioni estensive che

³⁸ Particolare ampiezza nella criminalizzazione di discorsi d'odio trasmessi per via digitale è raccomandata dal *Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, riguardante la criminalizzazione degli atti di razzismo e xenofobia commessi a mezzo di sistemi informatici*, che accede alla Convenzione di Budapest sui crimini informatici. In Italia, la ratifica del protocollo addizionale è attualmente in discussione alla Camera. Il testo del protocollo addizionale è disponibile su <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008160f>; quello della Convenzione di Budapest su <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>.

³⁹ Per quanto riguarda il diritto italiano, oltre la l. n. 962 del 1967 già citata in nota 17, si vedano gli artt. 3 della legge n. 654, del 1975, l'art. 4 della legge n. 645 del 1952 (c.d. "legge Scelba") e le loro successive modificazioni (la legge n. 152 del 1975, il decreto legge n. 122 del 1993, c.d. "legge Mancino", la legge n. 85 del 2006 sui reati di opinione e da ultimo la legge n. 115 del 2016). L'art. 3 della l. n. 654 del 1975 oggi infatti prevede che: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato [...], è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga 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, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi."

L'art. 3-bis soggiunge che: "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".

L'art. 4 della legge Scelba prevede invece che: "Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguente le finalità indicate nell'articolo 1 [riorganizzazione del disciolto partito fascista] è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire 400.000 a lire 1.000.000.

Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche. Se il fatto riguarda idee o metodi razzisti, la pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da uno a due milioni". Nel momento in cui scrivo è in discussione una proposta di legge circa l'aggiunta al Codice penale di un art. 293-bis per il quale: "Chiunque propaganda le immagini o i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero delle relative ideologie, anche solo attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne richiama pubblicamente la simbologia o la gestualità è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. La pena di cui al primo comma è aumentata di un terzo se il fatto è commesso attraverso strumenti telematici o informatici".



non hanno mancato di suscitare le critiche della dottrina penalistica⁴⁰. A partire dagli anni Ottanta, i giudici italiani hanno ad esempio rivalutato la *ratio* della legge Scelba inquadrandone le finalità antirazziste nello spirito della Costituzione, e hanno ricondotto le leggi n. 654 del 1975 e n. 205 del 1993 sotto l'ombrello della XII disposizione transitoria e finale, ritenendole deroghe "autorizzate" alla libertà di pensiero⁴¹. Si è così ritenuta perfettamente ammissibile la configurazione di reati di mera condotta in cui l'offensività è presunta indipendentemente da qualsivoglia accertamento circa la concreta idoneità del comportamento espressivo a causare o rendere più probabili effetti di sorta. Ad esempio, il reato di apologia del genocidio *ex art. 8* della legge n. 962 del 1967 è stato ritenuto punibile

"per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dal calvario ancora tragicamente attuale di alcune popolazioni africane ed asiatiche; l'idoneità della condotta ad integrare gli estremi del reato non è quella a generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidari, ma quella più semplice di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio"⁴².

In Germania, d'altro canto, il turbamento della pace sociale richiesto per la criminalizzazione dei numerosi tipi di discorsi d'odio puniti dall'art. 130 del codice penale è inteso addirittura come semplice "avvelenamento del clima politico"⁴³.

Il contrasto al linguaggio dell'odio, peraltro, non passa soltanto per i binari del diritto penale, ma può farsi valere giuridicamente in altre forme,

Quanto all'ordinamento tedesco, si veda l'art. 130 del Codice penale (*Strafgesetzbuch*), che imputa pene detentive e pecuniarie tra l'altro a chi, in maniera tale da disturbare la pace pubblica, inciti all'odio o alla violenza contro un gruppo nazionale, razziale, religioso o un gruppo definito dall'origine etnica, a chi leda la dignità di altre persone attraverso insulti, diffamazioni o offese rivolte a quei gruppi, o a persone o parti della popolazione in ragione dell'appartenenza a essi, a chi produca, detenga o diffonda scritti o documenti audiovisivi diretti a incitare all'odio contro parti della popolazione o contro un gruppo nazionale, razziale, religioso o etnico, chi neghi, minimizzi o approvi l'Olocausto e chi glorifichi, approvi o giustifichi il regime nazista.

⁴⁰ Cfr. ad esempio **A. MANNA**, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Digesto discipline penalistiche*, V, Utet, Torino, 1991, p. 140, e il commento alla sentenza Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985 n. 2949, di **G. FIANDACA**, in *Foro It.*, 1986, vol. 9, n. 1, p. 19 ss.

⁴¹ Lo osserva **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., Giappichelli, Torino, 2005, p. 511 ss., che cita gli esempi delle sentenze Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2001, in *Foro it.* 2001, II, 457 ss.; Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 1993 n. 3791, in *Riv. pen.* 1994, p. 900 ss.

⁴² Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, in *Foro it.*, 1986, II, 19.

⁴³ Cfr. **M. MANETTI**, *L'incitamento all'odio razziale*, cit., p. 511 ss.



ad esempio attraverso le penalità o censure irrogate *secundum ius* da istituzioni, enti, organizzazioni, ordini professionali e imprese private nell'esercizio dei poteri sanzionatori o di autotutela conferiti loro dalla legge. Si pensi ai poteri di censura e divieto di pubblicazione, commercializzazione e riproduzione delle opere esplicitamente razziste, xenofobe, sessiste e omofobe attribuiti a varie autorità amministrative di vigilanza sulle telecomunicazioni, sulle produzioni cinematografiche o sulla stampa⁴⁴. O si considerino i casi della sospensione dall'esercizio della professione di giornalista del consigliere comunale della Lega Nord che posta sul proprio profilo Facebook la foto di un uomo di colore che circola in Val d'Aosta su un hoverboard ritenuto troppo costoso per una "risorsa boldriniana" che "scappa dalla guerra"⁴⁵, alla sospensione da parte dell'Ordine dei giornalisti della Lombardia dell'editorialista che pubblica un articolo intitolato "Perché l'Islam mi sta sul gozzo"⁴⁶, all'interruzione del servizio *booking.com* per la prenotazione dei soggiorni presso la casa vacanze di un imprenditore rifiutatosi di accogliere dei clienti omosessuali, alla sospensione e successivo licenziamento (poi impugnato e commutato in trasferimento ad altro incarico) dell'insegnante che si augura su Facebook la morte dei profughi musulmani che attraversano il Mediterraneo sui barconi, al caso di James Damore, un ingegnere licenziato da Google per aver fatto circolare un documento in cui si evidenziano certe differenze statistiche nella distribuzione di determinate attitudini all'interno della popolazione maschile e femminile e si lamenta la discriminazione e l'intolleranza alla rovescia di alcune politiche aziendali⁴⁷, e ad altre dozzine

⁴⁴ Un catalogo particolarmente ampio di misure del genere è apparecchiato ad esempio in Francia; cfr. **P. MBONGO**, *Hate Speech, Extreme Speech and Collective Defamation in French Law*, cit., p. 221 ss.

⁴⁵ L'ANSA riferisce che l'uomo in questione, un senegalese da anni residente in Italia, ha inoltre querelato il consigliere comunale per violazione della privacy e diffamazione a mezzo web, con l'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ex art. 3 D.L. n. 122 del 1993, conv. in legge n. 205 del 1993 (http://www.ansa.it/valledaosta/notizie/2017/09/02/post-razzista-consigliere-legaindaga-pm_934a7d07-7eb8-4cf7-9d0f-89ac2bc5a1d1.html).

⁴⁶ Si tratta di Filippo Facci, sospeso per un articolo su *Libero* del 28 luglio 2016 in cui scrive tra l'altro: "odio l'Islam, tutti gli islam, gli islamici e la loro religione più schifosa addirittura di tutte le altre, odio il loro odio che è proibito odiare, le loro moschee squallide, la cultura aniconica e la puzza di piedi, i tappeti pulciosi e l'oro tarocco, il muezzin, i loro veli, i culi sul mio marciapiede, il loro cibo da schifo, i digiuni, il maiale, l'ipocrisia sull'alcol, le vergini, la loro permalosità sconosciuta alla nostra cultura, le teocrazie, il taglione, le loro povere donne, quel manualetto militare che è il Corano, anzi, quella merda di libro con le sue sireh e le sue sure, e le fatwe, queste parole orrende che ci hanno costretto a imparare".

⁴⁷ Il documento è disponibile su <https://images.wired.it/wp-content/uploads/2017/08/08102>



di episodi recentemente balzati agli onori delle cronache o sulle graticole dei social network⁴⁸. In tutti questi casi non si ha necessariamente un contrasto giuridico delle idee “odiose” attraverso le tradizionali forme della sanzione irrogata direttamente dal giudice, bensì una sorta di legittimazione giuridica della reazione in senso lato sanzionatoria o penalizzante che vari soggetti di diritto pubblico e privato deliberano e infliggono in relativa autonomia e avvalendosi solo in via eventuale degli apparati coercitivi statali. Dal punto di vista delle ragioni giuridiche, molte di queste misure si rifanno a “codici etici”, “codici deontologici”, “*speech codes*”, o perfino *policies* aziendali a cui vari ordinamenti giuridici attribuiscono forza vincolante, anche nella forma di un generico dovere di non pregiudicare il “buon nome”, l’“immagine”, “il prestigio” o la “reputazione” dell’organizzazione d’appartenenza con “comportamenti discriminatori”, “violenze morali”, o “pregiudizi sociali” che ben possono consistere nell’espressione pubblica (o comunque pubblicata) di idee odiose nel senso anzidetto⁴⁹. Poiché, peraltro, molte di queste misure conseguono agli eventuali procedimenti o condanne penali per fatti ricondotti a qualcuna delle cinque categorie di condotte espressive d’odio che ho elencato sopra, di seguito mi occuperò in particolare della questione della loro criminalizzazione, che è poi quella che solleva i maggiori problemi di giustificazione sul piano della politica del diritto.

3 - Le ragioni del contrasto giuridico ai discorsi d’odio

Non c’è proposta di restrizione legale ai discorsi d’odio che non muova dall’ovvia considerazione, spesso spacciata per rivelazione preta di eclatanti implicazioni politico-giuridiche, secondo cui la libertà di parola

631/1502173591_Google-Ideological-Echo-Chamber.pdf.

⁴⁸ Il giurista troverà curioso il silenzio circa il fatto che molte delle bufere mediatiche in questione sorgano a seguito della pubblicazione non autorizzata di messaggi privati quali e-mail, sms o altre comunicazioni indirizzate a destinatari individuati nominativamente. Sull’onda dello scandalo suscitato da tali vicende, non viene infatti quasi mai rilevato che molte di queste condotte sono illecite in quanto lesive del principio della segretezza della corrispondenza, della privacy (e, in qualche caso, perfino delle leggi sul diritto d’autore).

⁴⁹ Numerose previsioni del genere possono trovarsi ad esempio nei “codici etici” emanati negli ultimi anni dalle Università italiane in applicazione dell’art. 2, quarto comma, della legge 30 dicembre 2010 n. 240. Sul punto, si veda il commento di F. MIDIRI, *I codici etici universitari dalla riforma Gelmini alla legge anticorruzione*, in *Jus*, 2, 2015. Particolarmente stringenti sono poi gli *speech codes* in vigore in molte università statunitensi (su cui si veda ad esempio R. DWORKIN, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford U.P., Oxford, 1996, cap. 11).



non impedisce ogni interferenza pubblica sull'espressione del pensiero, giacché vi sono molte circostanze in cui entra in conflitto con altre esigenze, beni e valori pure meritevoli di tutela⁵⁰. La verità espressa da quest'argomento retorico resta banale perfino negli Stati Uniti, dove pure la libertà di parola è presa assai sul serio⁵¹; anche la *freedom of speech* sancita dal primo emendamento, invero: 1) non è affatto esente da limitazioni individuate nel corso del tempo dalla giurisprudenza della Corte Suprema, sebbene molto più restrittivamente e tassativamente di quanto non accada

⁵⁰ Il *topos* retorico in esame sostiene che siccome la libertà di parola trova già numerosi limiti ed eccezioni legate alla tutela di beni giuridici importanti, non si vede perché non possa limitarsi *anche* attraverso il divieto di discorsi così deplorabili, pericolosi e/o dannosi quali quelli razzisti, xenofobi, omofobi ecc. Come osserva **G. PINO**, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 292, tuttavia, "affermare che un certo evento è un danno giuridicamente rilevante significa assumere ciò che ancora deve essere dimostrato, ossia quando, a quali condizioni il discorso razzista cagioni effettivamente un danno (un danno di cui il diritto debba occuparsi)". E con **J. FEINBERG**, *Harm to Others*, Oxford U.P., Oxford, 1984, specialmente 31-37, e **M. JORI**, *La necessità dell'irreverenza*, cit., p. 43, deve ricordarsi che la stessa nozione di danno è opinabile, storicamente variabile, dipendente da molteplici circostanze e conoscenze fattuali, graduabile e imbevuta di etica, facendo in realtà riferimento al danno *rilevante e ingiusto*.

⁵¹ Anche negli USA, specialmente dalla pubblicazione di **J. WALDRON**, *The Harm in Hate Speech*, Harvard U. P., Cambridge, 2012, in poi, sono avvertite come sempre meno stravaganti e "radicali" tesi critiche verso le tradizionali interpretazioni garantiste del primo emendamento come quelle di **J.H. ELY**, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard U.P., Cambridge, 1980; **R. DELGADO**, *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 17, 1982; **D. KRETZMER**, *Freedom of Speech and Racism*, in *Cardozo Law Review*, 8, 1987; **R.G. WRIGHT**, *Racist Speech and the First Amendment*, cit.; **M.J. MATSUDA**, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in *Michigan Law Review*, 87, 1989; **Ch. LAWRENCE III**, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in Matsuda, M., Lawrence, Ch. III, Delgado, R., Crenshaw, K., *Introduction, Words That Wound, Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Westview, Boulder (CO), 1993; **A. TESIS**, *Destructive Messages: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movements*, New York U.P., New York, 2002; **S.J. HEYMAN**, *Free Speech and Human Dignity*, Yale U.P., New Haven, 2008. Non escludo che questa mutata sensibilità della dottrina giuridica possa portare nel breve-medio termine a sviluppi giurisprudenziali ispirati alle restrizioni della libertà di parola da tempo consuete in Europa. Un esempio particolarmente emblematico di questo recente slancio critico è **F. SCHAUER**, *On the Distinction between Speech and Action*, University of Virginia School of Law - Public Law and Legal Theory Research Paper Series, 68, November, 2014, che insinua il dubbio che il primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti sia fondato su un errore perché presuppone: 1) un'indimostrabile ipotesi circa la complessiva minore nocività della categoria delle condotte comunicative rispetto a quelle non comunicative; 2) un eccessivo e ingiustificato rispetto dell'autonomia degli individui, anche quando il suo esercizio rechi danno ad altri.



nelle corti europee (prima tra tutte la CEDU)⁵²; 2) si limita a presupporre che i comportamenti classificati come “*speech*” posseggano degli attributi distintivi tali da giustificare una loro tutela rafforzata sotto forma di speciali oneri argomentativi che lo stato deve sopportare per disciplinare le manifestazioni del pensiero⁵³. È però soprattutto in Europa, com’è noto, che

⁵² Attualmente le categorie di *speech* non protette dal primo emendamento sono: *obscenity, fighting words, incitement to lawless action, true threats*. Vale peraltro la pena di ricordare che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha accantonato fin dai primi decenni del ventesimo secolo l’indirizzo che ammetteva la possibilità di derogare al primo emendamento sulla base di una generale “*bad tendency*” di certi discorsi a causare danni futuri. L’esempio classico è quello della dottrina comunista come sintetizzata nel *Left Wing Manifesto*, la cui propaganda veniva repressa negli anni Venti sulla base del rilievo che essa avrebbe un giorno potuto provocare una rivoluzione; cfr. *Gitlow v. New York* (1925) e, sul ripudio del test di *bad tendency*, *Pennekamp v. Florida* (1946). Da *Brandenburg v. Ohio* (1969), com’è noto, è stato rafforzato un tuttora prevalente indirizzo risalente al giudice Holmes che prevede che i messaggi veicolanti odio possano essere puniti a titolo di incitamento alla violenza o alla violazione della legge solo qualora producano un *clear and present danger* particolarmente qualificato, ovvero un pericolo concreto, realistico, imminente e intenzionalmente determinato di *lawless action*. Per una ricostruzione della genesi storica di questi indirizzi e un resoconto sopra i *leading cases*, si vedano R. DWORKIN, *Freedom’s Law*, cit., cap. 8, e W.B. FISCH, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 463, 2002.

A confronto della libertà d’espressione stabilita nel primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, quella sancita dall’art. 10, primo comma, della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo appare quasi un simulacro normativo, svuotata di portata pratico-applicativa com’è dal secondo comma dello stesso articolo, che dispone: “L’esercizio di queste libertà [d’espressione, opinione e comunicazione], poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l’integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell’ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la 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”. La giurisprudenza della CEDU ha fatto ampio e frequente ricorso all’art. 10, secondo comma, della Convenzione per giustificare ogni sorta di limitazione della libertà di espressione sancita dal primo comma. La Corte considera ad esempio legittimi i limiti imposti alla libertà d’espressione alle legislazioni nazionali sulla blasfemia (cfr. *Otto Preminger v. Austria* (1994) and *I.A. v. Turkey* (2005)), come pure le sanzioni penali inflitte a chi difenda pubblicamente il boicottaggio di Israele (*Willem v. France* (2009)), a chi faccia campagne politiche usando slogan quali “Lottiamo contro l’islamizzazione del Belgio!”, “rimandiamo gli extracomunitari in cerca di lavoro a casa loro!”, ecc. (*Féret v. Belgium* (2009)), e al privato cittadino che in una comunicazione privata neghi le colpe di Hitler nell’Olocausto (*Witzsch v. Germany* (2005)). Una rassegna sintetica aggiornata di pronunce della CEDU in materia di *hate speech* è pubblicata dalla Press Unit della Corte su http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf.

⁵³ Cfr. T. SCANLON, *A Theory of Freedom of Expression*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1, 1972, e F. SCHAUER, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge U.P., Cambridge



le deroghe e le limitazioni della libertà di parola sono previste con maggior disinvoltura, e ciò sia a causa di giurisprudenze assai creative nell'individuazione dei beni giuridici che si suppongono violati da certe condotte espressive⁵⁴, sia attraverso l'ampio ricorso a leggi che criminalizzano la diffamazione, le minacce, la comunicazione o diffusione illecita di dati personali, i vari tipi di vilipendio e di istigazione e in generale tutte le condotte espressive che si ritiene ledano o mettano in pericolo beni le cui esigenze di protezione sono considerate prevalenti rispetto a quelle che giustificano la libertà di parola. Dal punto di vista della politica criminale, ciò non desta particolari problemi solo: a) per i discorsi d'odio "targeted", ossia diretti contro persone determinate, i quali vengono variamente criminalizzati per l'appunto a titolo di ingiurie, diffamazione, molestie e minacce eventualmente aggravate da motivi d'odio razziale, religioso, nazionale ecc. in quanto ledono l'onore, la reputazione, la libertà o la sicurezza *individuali*; b) per i discorsi d'odio effettivamente idonei a suscitare o rafforzare in altri dei propositi criminali, determinandoli o istigandoli⁵⁵ a compiere atti lesivi di importanti beni giuridici (primi tra tutti, la vita, l'incolumità individuale e la sicurezza)⁵⁶. Nessuna persona

1982, p. 7 ss. Cfr. anche **M. ROSENFELD**, *La filosofia della libertà d'espressione in America*, in *Ragion pratica*, 12, 1999.

⁵⁴ Si consideri ad esempio la sentenza della Corte di cassazione italiana del 27 marzo 1992 che così giustifica la criminalizzazione delle bestemmie (oggi in Italia un mero illecito amministrativo): "va rilevato poi che assurdo e fuori di luogo è il voler ricondurre la bestemmia alla manifestazione del pensiero e alla libertà costituzionalmente garantita di tale manifestazione (sia sotto il profilo dell'articolo 21 che dell'articolo 19, che del primo costituisce specifica enunciazione). Ciò che invero viene sanzionato con la norma in questione è il fatto di bestemmiare, con invettive e parole oltraggiose, non la manifestazione di un pensiero, ma una manifestazione pubblica di volgarità. Ed è pur superfluo il rilievo che, comunque, il diritto di libera manifestazione del pensiero trova il suo limite proprio nel divieto delle manifestazioni contrarie al buon costume (art. 21 ultimo comma della Costituzione): le manifestazioni, cioè, perseguite, appunto, in concreto dalle norme sulla polizia dei costumi".

⁵⁵ In Italia, l'istigazione è tradizionalmente distinta dalla determinazione perché fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente, anziché limitarsi a rafforzarne o eccitarne uno già presente. Entrambe le condotte possono avvalersi dei mezzi più diversi: mandati, esortazioni, consigli, suggerimenti orali o scritti e veicolati attraverso qualsiasi canale (quando si tratta di media digitali sono spesso previste pene particolarmente severe, per via della loro presunta capacità diffusiva). Non configurano istigazione né determinazione, peraltro, le indicazioni puramente teoriche o le informazioni non sottendenti un incitamento a comportarsi in un determinato modo. È peraltro disputato dai penalisti italiani se questa idoneità alla determinazione/rafforzamento dell'altrui proposito criminoso possa essere accertata ex ante tramite un giudizio prognostico sulla sua generica attitudine a sortire questo effetto o se invece sia richiesto l'accertamento ex post dell'effettiva influenza sulla psiche dell'esecutore materiale del reato.

⁵⁶ Quest'ultima, come ricorda **M. BARBERIS**, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento*



ragionevole, in effetti, grida al liberticidio quando si criminalizzano condotte come l'insulto "sporco negro" rivolto a una persona di colore, la promessa di accoltellare il maggior numero possibile di ebrei israeliani, l'invito del dirigente politico islamofobo a bruciare tutte le moschee nel momento di maggior affluenza dei fedeli e l'incitamento dell'imam islamista a compiere attacchi terroristici contro gli infedeli: tutte manifestazioni del pensiero che il diritto, senza troppe contestazioni, reprime in quanto lesive di beni socialmente e moralmente ritenuti preziosi come l'onore e la reputazione individuali, l'integrità della sfera psichico-emotiva soggettiva, la sicurezza, la vita, l'incolumità, la libertà personale ecc.

Assai meno pacifico è *quali* beni giuridicamente protetti siano lesi/messi in pericolo da manifestazioni di idee odiose *non* indirizzate contro individui determinati (con Steven Shiffrin potremmo chiamarle *nontargeted hate speech*)⁵⁷ né dirette e idonee a far compiere ad altri soggetti degli atti lesivi⁵⁸. Si pensi alla propaganda di teorie secondo cui le persone di colore sarebbero meno intelligenti delle altre⁵⁹ o avrebbero un'innata propensione al crimine, o si consideri la negazione dell'Olocausto, l'esaltazione del nazifascismo oppure la pubblica apologia di misure tendenti a limitare le nascite in seno a un certo gruppo nazionale etnico, razziale o religioso. Abbiamo visto nel paragrafo precedente che anche queste fattispecie, almeno in Europa, sono penalmente sanzionate, talora in modo assai severo⁶⁰, e ciò sulla base di ragioni evidentemente ritenute dai decisori politici e giuridici prevalenti rispetto a quelle, antagoniste, poste alla base delle statuizioni costituzionali e internazionali della libertà di espressione⁶¹. *Quali* siano tali ragioni, però, non è dato saperlo con certezza,

delle politiche antiterrorismo, il Mulino, Bologna, 2017, p. 89, rileva sia come bene collettivo sia come diritto individuale.

⁵⁷ Cfr. **S.H. SHIFFRIN**, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, in *Cornell Law Review*, vol. 80, issue 1, 1994, p. 83 ss.

⁵⁸ Ciò che accade per l'appunto nelle ipotesi di *determinazione e istigazione* ad atti violenti o discriminatori (cfr. *supra*, nota 55), le quali naturalmente richiedono non solo un'idoneità (almeno astratta) della condotta a far sorgere/rafforzare in altri un proposito criminoso, ma anche l'intento soggettivo di farlo (dolo).

⁵⁹ Come certe teorie pseudoscientifiche ricostruite a partire dal controverso libro di **R.J. HERRNSTEIN, C. MURRAY**, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, Free Press, New York, 1994.

⁶⁰ In Italia, rispettivamente *ex art. 3*, primo comma, lett. a della l. n. 654 del 1975, *ex art. 4* della legge n. 645 del 1952, ed *ex art. 8*, secondo comma, della l. n. 962 del 1967. Quest'ultima disposizione punisce tra l'altro l'apologia di atti diretti a commettere genocidio mediante limitazione delle nascite con la reclusione da tre a dodici anni.

⁶¹ Sbagliano dunque di grosso gli osservatori d'oltreoceano che, riferendosi agli ordinamenti giuridici occidentali nel complesso, sostengono che "Legal systems do not



visto che esse vengono ricostruite diversamente sia da quei decisori sia dai loro critici, nient'affatto concordi nello stabilire *perché, come e quanto* tali condotte espressive siano offensive. Sulla questione del *perché* si dissente dal momento che non v'è nulla che si avvicini neppure lontanamente a un accordo generale su quale sia il bene giuridicamente protetto attraverso la criminalizzazione delle condotte espressive d'odio razziale, di genere, omofobo, xenofobo o religioso (ribadisco: non indirizzate contro individui determinati né dirette e idonee a far compiere ad altri soggetti degli atti lesivi); come vedremo tra poco, si oscilla in uno spettro che va dalla dignità umana all'ordine pubblico. La questione del *come* è incerta dal momento che non v'è alcuno standard consolidato a livello internazionale che definisca se queste fattispecie vadano punite: 1) in quanto ritenute di per sé lesive del bene protetto, e dunque a titolo di reati di danno; 2) in quanto presunte *iuris et de iure* o *iuris tantum* come in grado di metterlo in pericolo, e si avrebbero allora reati di pericolo presunto o astratto; 3) in quanto (e se) concretamente pericolose per il bene protetto, e si avrebbero allora reati di pericolo concreto. L'incertezza sulla questione del *quanto* è data invece dalla mancanza di parametri condivisi che consentano di stabilire il grado della lesione al bene protetto, elemento che potrebbe rilevare nel giudizio di bilanciamento in cui tale danno si raffronta col pregiudizio subito dalle esigenze tutelate dalla libertà di pensiero (che andranno beninteso a loro volta individuate e ponderate)⁶².

Non aiuta dissipare l'incertezza su tali questioni neppure l'abbondanza di testi ufficiali con cui varie convenzioni internazionali sui

attempt to prohibit the expression of hate simpliciter", J. WEINSTEIN, I. HARE, *General Introduction: Free Speech, Democracy, and the Suppression of Extreme Speech Past and Present*, in Hare, I., Weinstein, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford U.P., Oxford, 2009, p. 4, e che "Laws that punish the bare assertion of some propositional truth, like those which punish Holocaust denial or the assertion of racial inferiority, are rare"; R. POST, *Hate Speech*, in Hare, I., Weinstein, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford U.P., Oxford 2009, p. 127. Il caso dello scienziato che diffonde i risultati di un ipotetico studio dimostrante la correlazione tra razza e criminalità, che lo stesso Robert Post (R. POST, *Hate Speech*, cit., p. 135) esclude specificamente dallo hate speech giuridicamente repressibile, in Italia sarebbe ad esempio senz'altro a rischio di incriminazione ex art. 3, primo comma, lett. della l. n. 654 del 1975, in quanto propaganda di idee fondate sulla superiorità razziale.

⁶² Una mappa dei problemi posti dalla tecnica del c.d. "bilanciamento" è in G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007. Come nota M. BARBERIS, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 1, 2012, p. 161, il bilanciamento degli interessi sociali e la specificazione dei principi costituzionali in regole non sono operati soltanto dai giudici costituzionali e ordinari, ma anche dal Parlamento, in quest'ultimo caso di norma implicitamente, non essendo il legislatore tenuto a motivare le sue scelte.



diritti umani, dalla metà degli anni Sessanta in poi, hanno reso politicamente esplicite le finalità a cui dovrebbero tendere le misure di contrasto allo *hate speech* approntate dagli stati aderenti. Quanto in particolare alle idee razziste, ad esempio, il preambolo della già citata ICERD proclama tra l'altro che gli stati parti sono "convinti che qualsiasi dottrina di superiorità fondata sulla distinzione tra le razze è *falsa scientificamente, condannabile moralmente e ingiusta e pericolosa socialmente*, [... e] che nulla potrebbe giustificare la discriminazione razziale, né in teoria né in pratica"; tuttavia, pur dichiarando che gli stati stessi sono "risoluti ad adottare tutte le misure necessarie alla rapida eliminazione di ogni forma e di ogni manifestazione di discriminazione razziale nonché a prevenire e a combattere le dottrine e le pratiche razziali", non chiarisce se essi debbano farlo perché tali dottrine sono deplorable o dannose in sé, perché dannose/pericolose per la società, o per una combinazione di entrambe queste ragioni. In Europa, non chiarisce la questione neppure la più recente Decisione Quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 del Consiglio dell'Unione Europea sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, che considera tra l'altro:

"1) Il razzismo e la xenofobia costituiscono *violazioni dirette* dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto; [...] 5) Il razzismo e la xenofobia costituiscono *una minaccia* per i gruppi di persone che sono bersaglio di tale comportamento⁶³; [...] 9) «Odio» dovrebbe essere inteso come riferito all'odio basato sulla razza, il colore, la religione, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica"⁶⁴.

Anche qui, non è chiaro se la giustificazione della repressione giuridica del linguaggio dell'odio sia *deontologica*, ossia basata sul disvalore intrinseco di tali pratiche comunicative, che violano direttamente i "principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto", oppure si tratti di una giustificazione *teleologica*, ossia legata agli effetti di "minaccia per i gruppi di persone che sono bersaglio di tale comportamento"⁶⁵. Salvo che non si tenti di fondare

⁶³ Il punto 5 prosegue dichiarando tra l'altro che "È necessario definire nei confronti di tale fenomeno un'impostazione penale che sia comune all'Unione europea, per fare in modo che gli stessi comportamenti costituiscano reati in tutti gli Stati membri e che siano previste pene efficaci, proporzionate e dissuasive per le persone fisiche e giuridiche che hanno commesso simili reati o ne sono responsabili".

⁶⁴ Il punto 10 prevede peraltro che "la presente decisione quadro non impedisce a uno Stato membro di adottare nella propria legislazione nazionale disposizioni che estendano l'articolo 1, paragrafo 1, lettere c) e d), a reati commessi contro un gruppo di persone definite secondo criteri diversi [...] quali lo status sociale o le convinzioni politiche".

⁶⁵ Sulla distinzione tra giustificazioni deontologiche e teleologiche si veda *infra*, nota 83.



meglio le due giustificazioni fondendole in un'unica che comprenda sia elementi deontologici che teleologici, magari rilevanti a diversi livelli dell'argomentazione.

Come anticipavo sopra, un'analogia babele giustificativa si osserva con riguardo all'individuazione dei beni giuridici che i vari diritti europei, soprattutto attraverso le rispettive giurisprudenze costituzionali, di legittimità o di merito, dichiarano di voler proteggere attraverso la criminalizzazione dei discorsi d'odio. Abbiamo così il caso delle leggi britanniche che richiamano fin dalla denominazione le esigenze della tutela dell'*ordine pubblico*⁶⁶, la legge francese *Sur la liberté de la presse* che per tutelare la reputazione collettiva di certi gruppi punisce l'ingiuria e la diffamazione rivolte contro una persona o un *groupe de personnes* a cagione del sesso, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere, dell'handicap o dell'appartenenza o non appartenenza a una determinata etnia, nazione, razza o religione⁶⁷, l'art. 130 del Codice penale tedesco che punisce il *Volksverhetzung* inteso come un disturbo della *pace pubblica* (*öffentlichen Frieden*) concretantesi tra l'altro in insulti e denigrazioni lesive della *dignità umana* di gruppi nazionali, razziali, religiosi o definiti dall'origine etnica⁶⁸. Quanto alla giurisprudenza italiana, essa offre una rappresentazione esemplare dell'incertezza sulle *rationes* della criminalizzazione dello *hate speech* oscillando tra due alternative: vi sono sentenze di merito che riscontrano nella diffusione/propaganda dei discorsi d'odio «un concreto turbamento della coesistenza pacifica dei vari gruppi etnici nel contesto sociale al quale il messaggio era indirizzato»⁶⁹, salvo in seguito, addirittura nelle pronunzie successive sulla stessa vicenda⁷⁰, escludere recisamente l'ordine pubblico dalla proiezione offensiva della condotta espressiva e rimarcare piuttosto la «dimensione concreta e personalistica del bene protetto consistente nella dignità di ciascun uomo»⁷¹, precisando infine

⁶⁶ Si veda il *Public Order Act* del 1986 che sostituisce quello del 1936; cfr. **A.T.H. SMITH**, *Public Order Law: The Government Proposals*, Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 83/2015, p. 541 ss.

⁶⁷ Si vedano gli artt. 24 e 33 della *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* come modificata dalla *Loi Pleven* del 1972; cfr. **K.L. BIRD**, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and in the United States*, in *Comparative Politics*, XXXII, 1, 2000; **P. MBONGO**, *Hate Speech, Extreme Speech and Collective Defamation in French Law*, cit.

⁶⁸ Cfr. **B. RUDOLF**, *Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 46, 2001; **T. LENCKNER**, *Sub art. 130*, in Schonke, A., Schroder, H. (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 26^a ed., Beck, Munchen, 2001.

⁶⁹ Così Trib. Verona, 2 dicembre 2004, in *Dir. imm.*, cit., 2005, n. 2, p. 190 ss.

⁷⁰ Riguardante una raccolta di firme promossa da alcuni dirigenti locali della Lega Nord nel 2004 contro la presenza di campi nomadi a Verona.

⁷¹ Cfr. sentenza Corte app. Venezia 2 aprile 2007.



nelle sedi di legittimità che «l'oggetto specifico della tutela penale[...] non era e non è costituito dall'ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta, ma dalla tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 215 del 2003 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona»⁷².

Il quadro è, se possibile, ulteriormente complicato dalle interpretazioni/ricostruzioni della dottrina giuridica e dalle proposte avanzate in sede di metagiurisprudenza più o meno apertamente prescrittiva e di politica del diritto, ove si individua una sconcertante varietà di altre (e/o più fondamentali) ragioni a supporto della offensività e dunque della repressione giuridica dello hate speech. Senza alcuna pretesa di esaustività, possono menzionarsi a titolo d'esempio le tesi di chi reperisce tali ragioni nel valore simbolico della sanzione penale come condanna morale del razzismo e degli altri fenomeni discriminatori⁷³ e quelle di chi, un po' meno elusivamente, reclama la repressione dei discorsi dell'odio visti come strumenti costitutivi e/o reiteranti la condizione di inferiorità di fatto in cui versano determinati gruppi⁷⁴, come fattori di *silencing* che ostacolano la partecipazione delle persone discriminate al discorso pubblico⁷⁵, come fonte di grave sofferenza psichica per i soggetti che li subiscono⁷⁶, come negazione del loro riconoscimento come persone⁷⁷, come diffamatori per un intero gruppo sociale⁷⁸, come intrinsecamente

⁷² Cfr. sentenza Cassazione penale, sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234. Per un commento critico sulla vicenda giudiziaria citata, cfr. **C. VISCONTI**, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius*, 17, 01, 2009.

⁷³ Così **K.J. PARTSCH**, *Neue Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhass*, in *EuGRZ*, 1994, p. 430 e ss., e **B. RUDOLF**, *Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes*, p. 286, con riguardo al citato art. 130 del codice penale tedesco.

⁷⁴ Cfr. ad esempio **A. TESISIS**, *Destructive Messages*, cit., o **C. GALLI**, *L'umanità multicultural*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 52, secondo cui i discorsi d'odio sarebbero funzionali alla perpetuazione di un ordine sociale gerarchico che si suppone già di partenza strutturato su basi razziali, etniche, di genere ecc.: "Se sono lasciate assecondare le loro pulsioni più semplici, le società multiculturali hanno più probabilità di produrre una norma sociale e politica che elabora strutture escludenti o gerarchizzanti; che trasforma le culture in razze, ossia in occasione e legittimazione di discriminazione e di dominio".

⁷⁵ Cfr. **CH. LAWRENCE III**, *If He Hollers Let Him Go*, cit.

⁷⁶ Cfr. **R. DELGADO**, *Words that Wound*, cit., p. 133 ss.

⁷⁷ Cfr. **J. HEYMAN**, *Free Speech and Human Dignity*, cit., capp. 8 e 10. Posizioni non dissimili sono sostenute da **J.H. ELY**, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard U.P., Cambridge, 1980, p. 73 ss., e da **C.R. SUNSTEIN**, *Free Speech Now*, in G.R. Stone, R.A. Epstein, C.R. Sunstein, *The Bill of Rights in the Modern Age*, University of Chicago Press, Chicago, 1992, p. 255 ss.

⁷⁸ Cfr. **M.J. MATSUDA**, *Public Response to Racist Speech*, cit.



lesivi del fondamentale principio dell'eguaglianza⁷⁹, come lesivi di una dignità (non personale ma) *civica*, in quanto produttivi di un ambiente sociale visibilmente ostile in cui non è garantita la protezione da abusi, diffamazioni, denigrazioni e discriminazioni basate sull'appartenenza etnica, sull'origine, sulla religione, sul sesso o sull'orientamento sessuale⁸⁰, e via dicendo.

4 - Due direttrici nella giustificazione della repressione giuridica del discorso d'odio

Se l'impresa di individuare dei contenuti comuni a percorsi giustificativi numerosi ed eterogenei come quelli appena indicati è destinata al fallimento, può forse individuarsene almeno una qualche "somiglianza di famiglia" sul piano formale. Alle quote da cui si gode di un panorama sufficientemente ampio sulle diverse giustificazioni della repressione giuridica dei discorsi d'odio sembra invero potersene ravvisare una distribuzione attorno a due poli. Da una parte ci sono giustificazioni che "guardano indietro" al presunto *disvalore intrinseco* delle idee razziste, xenofobe, omofobe o altrimenti discriminatorie, la cui espressione lederebbe *per se* intuizioni morali socialmente radicate, interiorizzate nella cultura/identità/morale positiva di una comunità e/o formalizzate nel suo diritto anche nella guisa di principi o diritti fondamentali⁸¹. Specie in Europa, sono consueti a questo proposito i riferimenti a una variamente intesa *dignità* della persona umana, anche nei suoi frequenti accostamenti al *mutuo o eguale rispetto* e all'*onore*⁸². Dall'altra parte ci sono giustificazioni che "guardano avanti" all'esigenza di assicurare una condizione di convivenza relativamente pacifica in società sempre più multiculturali e

⁷⁹ Cfr. D. KRETZMER, *Freedom of Speech and Racism*, cit., e R.G. WRIGHT, *Racist Speech and the First Amendment*, cit.

⁸⁰ Cfr. J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., specialmente pp. 52-53.

⁸¹ Con J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, vol. 113, April 2004, p. 9, potrebbe a questo proposito parlarsi di *juridified intuitions*: "intuitions that have already been shaped by the prevailing legal and social values of the societies in which we live [...] that reflect our knowledge of, and commitment to, the basic legal values of our culture".

⁸² J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy*, cit., p. 17 ss., sostiene che l'insistenza dei diritti europei sul valore della dignità non è, come si pensa comunemente, soltanto una reazione al nazifascismo che settant'anni fa la conculcò in maniera così atroce, ma è il prodotto di una reazione contro le società gerarchiche precedenti alla Rivoluzione francese, le quali riconoscevano dignità, onore e rispetto soltanto agli appartenenti alle classi privilegiate, anziché a chiunque.



potenzialmente conflittuali, ciò che renderebbe necessarie alcune restrizioni all'espressione di idee indirizzate contro certe minoranze razziali, etniche, nazionali, religiose e sessuali⁸³. Qui sono frequenti i richiami a variamente declinate nozioni di ordine pubblico, di pace sociale, di sicurezza o di convivenza armoniosa tra i consociati, intesi come beni a cui la repressione giuridica delle espressioni odiose sarebbe *di fatto* strumentale⁸⁴. Lo spazio

⁸³ Questa distinzione tra giustificazioni che guardano indietro e avanti, come tutte le distinzioni tra giustificazioni deontologiche e teleologiche, non va sopravvalutata. Non solo le giustificazioni deontologiche possono infatti in molti casi riformularsi in termini di giustificazioni teleologiche e viceversa (cfr. **G. CARCATERRA**, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Giappichelli, Torino, 2007), ma la distinzione vale solo a un primo livello della giustificazione della repressione giuridica dell'odio, non essendo affatto detto che una catena argomentativa che comincia con una giustificazione deontologica o teleologica debba riproporre il tipo di giustificazione prescelta in tutti i successivi passaggi. Anche il fatto che le giustificazioni deontologiche/che guardano indietro si rifacciano a *principi* non costituisce un elemento loro esclusivo: pure le giustificazioni teleologiche invero si rifanno a principi; nel caso della giustificazione teleologica della criminalizzazione dell'odio, tipicamente, la pacifica convivenza tra consociati assunta come bene (a cui la criminalizzazione stessa sarebbe strumentale) e, a un livello superiore, il principio pratico molto meno scontato di quanto non si pensi comunemente secondo cui occorre agire in modo da massimizzare la bontà (o utilità) delle conseguenze. Ciò che marca la differenza tra le due procedure giustificative, piuttosto, è il fatto che quelle teleologiche/che guardano avanti si fondano su principi *tecnici* (in senso kantiano), ossia poggianti *anche* su presupposti fattuali empiricamente refutabili – nel nostro caso, il nesso tra la criminalizzazione delle espressioni d'odio e la conservazione della pace sociale – mentre quelle deontologiche si basano su principi *categorici*, e dunque su un'apodittica violazione dei principi di dignità, rispetto, eguaglianza ecc. da parte delle condotte criminalizzate. Sulla distinzione tra deontologico e teleologico e su quella, collegata, tra norme categoriche e tecniche mi permetto di rinviare rispettivamente a **G. GOMETZ**, *Deontologia*, in Ricciardi, M., Rossetti, A., Velluzzi V. (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, Roma 2015, specialmente § 3, e **G. GOMETZ**, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, ETS, Pisa, 2008, specialmente § 2.2.4.

⁸⁴ Un'analogia distinzione tra giustificazioni della repressione giuridica dello hate speech che guardano indietro e avanti è tracciata da **R. POST**, *Hate Speech*, cit., p. 127 ss., che osserva che i discorsi d'odio sono puniti o in ragione di un contenuto avvertito come "estremo", "indecente" e "irrispettoso" sulla base di norme sociali interiorizzate nell'identità culturale dei membri di una certa comunità, oppure per prevenire gli effetti dannosi che si ritiene essi possano produrre (violenze, discriminazioni, ecc.). Muovendo da un punto di vista esterno, Post individua un possibile elemento di sintesi tra le giustificazioni del contrasto al discorso d'odio che guardano avanti da quelle che guardano indietro: lo *hate speech* verrebbe ovunque punito perché viola norme socialmente avvertite come costitutive dello stesso ordine su cui si fondano le nostre comunità *ed è per questa stessa ragione* che le sue istanze concrete tendono a provocare disordini e violenze (cfr. **R. POST**, *Hate Speech*, cit., pp. 135-136). In altri termini, secondo l'autore, le violazioni della dignità, del mutuo rispetto e degli altri principi su cui sogliono fondarsi le giustificazioni deontologiche della repressione giuridica dei discorsi d'odio sono proprio ciò che provoca la *breach of peace* che si presta a giustificarla teleologicamente. Questa di Post, però, è più



tra le due alternative è ambigualmente occupato da argomentazioni che mescolano le ragioni fondate sul disvalore intrinseco della condotta espressiva d'odio con quelle fondate sulle sue presunte conseguenze, in una rinfusa di elementi che comprendono tutte o quasi le summenzionate considerazioni a supporto della repressione giuridica dello *hate speech*. Ne è un esempio la *Critical Race Theory* nelle versioni esaminate da Giorgio Pino, alle cui affilate analisi rinvio senz'altro⁸⁵.

Sia le giustificazioni della repressione giuridica dei discorsi d'odio che guardano indietro alla violazione di diritti o principi normativi, sia quelle che guardano avanti al nesso fattuale tra divieti delle condotte espressive d'odio e pace sociale non sono esenti da difficoltà. Le prime tendono a manifestare una pecca tipica delle giustificazioni fondate su principi categorici: sono superficiali, ossia vacue e apodittiche. Ciò vale soprattutto per le frequentissime giustificazioni della repressione giuridica dell'odio fondate sulla presunta lesione della dignità umana⁸⁶, che, come ormai dovrebbe essere risaputo, è un bene *omnibus* definito in termini talmente generici, vaghi, controversi e incerti da prestarsi alla giustificazione di qualsiasi intervento pubblico rispetto al quale non si

una spiegazione del come mai reprimiamo i discorsi d'odio che una perorazione delle ragioni per cui dovremmo farlo, ciò che è reso palese dal resoconto dell'autore sopra un'ulteriore, irrisolta, tensione tra le citate ragioni normativo-sociali del contrasto giuridico all'odio e quelle riguardanti la capacità degli individui di contribuire alla formazione della pubblica opinione, che è poi la fonte ultima del governo di uno stato democratico (cfr. **R. POST**, *Hate Speech*, cit., p. 136). Noto incidentalmente che proprio questa tensione tra intuizioni morali giuridificate/pace sociale da una parte e diritto individuale di voce essenziale alla (buona) democrazia dall'altra, a mio parere, è il nodo centrale del problema della giustificazione della repressione giuridica di ciò che di volta in volta si ritenga *hate speech*. Nella discussione odierna, tuttavia, è ben raro trovare dei contributi che affrontino il problema a questo livello di complessità, essendo molto più frequenti (e citate) le trattazioni in cui si propende per delle giustificazioni semplici e per così dire monodimensionali della repressione giuridica dei discorsi d'odio, che si ritengono concluse quando argomentano in modo convincente la loro offensività senza nemmeno toccare l'altro corno del problema: il sacrificio di almeno altrettanto importanti esigenze *liberali* nel senso più proprio e pieno.

⁸⁵ Cfr. **G. PINO**, *Teoria critica della razza e libertà di espressione: alcuni spunti problematici*. vol. I: *Società multiculturali e questioni razziali*, in Th. Casadei, L. Re (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Diabasis, Reggio Emilia, 2007, e **G. PINO**, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit.

⁸⁶ Almeno come concepita nella tradizione europea (cfr. **D. KRETZMER**, **E. KLEIN** (eds.) *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Kluwer, The Hague, 2002, **M. ROSEN**, *Dignity*, Harvard U.P., Cambridge, 2012, **P. BECCHI**, *Il principio dignità umana*, Morcelliana Brescia, 2013), e soprassedendo sulle complicazioni derivanti dalle sue declinazioni "civiche" à la **J. WALDRON**, *The Harm in Hate Speech*, cit.



riesca a identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico⁸⁷: una nozione tanto solenne, trascendente e a vocazione egemonica⁸⁸ quanto impalpabile, a cagione della sua capacità di racchiudere in sé innumerevoli e indefiniti contenuti⁸⁹. L'intensa carica apprezzativa e il notevole potenziale evocativo e persuasivo della nozione di dignità sono ottenuti al prezzo di una indeterminatezza semantica tale da consentire a essa di fornire copertura assiologica e legittimazione costituzionale a pressoché tutte le fattispecie in cui intuitivamente si suppongano implicate questioni attinenti allo status morale-costituzionale della persona umana o trattamenti ritenuti abusivi o degradanti, senza specificare nel dettaglio quali siano i beni o gli interessi lesi dalla condotta in oggetto, come e perché. Questa vacuità semantico-prescrittiva, unita a un indiscusso mordente pragmatico-parenetico, fa della dignità un lasciapassare argomentativo usato per blindare decisioni di politica del diritto dietro alle quali possono celarsi scelte di valore in realtà altamente opinabili, o addirittura un espediente a cui si ricorre per occultare il conflitto con altri possibili contro-interessi e superare la necessità di un loro bilanciamento in sede legislativa o giudiziaria⁹⁰. Non sorprende, allora, che la dignità possa venire usata

⁸⁷ M. BAGARIC, J. ALLAN, *The Vacuous Concept of Dignity*, in *Journal of Human Rights*, 5, 2006, tra i molti altri, ne denunciano la natura di concetto virtualmente privo di significato usato dai legislatori e dai giudici per fondare le loro scelte quando le giustificazioni razionali sono esaurite.

⁸⁸ Un elenco delle numerose costituzioni che includono un riferimento alla dignità umana è in D. SCHULTZINER, G.E. CARMÍ, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, in *The American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, che osservano tra l'altro come quasi tutte quelle recenti contengano almeno una menzione del termine "dignità".

⁸⁹ Lo osservano tra i tanti G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2-3, 2007, p. 558, A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2007, p. 324, e G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion Pratica*, 38, 2012, p. 217 ss.

⁹⁰ Così A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 11, 2011, pp. 885 e 890 ss., che inoltre, citando J. TASIOLAS, *The Moral Reality of Human Rights*, in T. Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Oxford U.P., Oxford, 2007, p. 75, e F. POGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 31, 2008, p. 366, nota che il discorso sulla dignità umana ha progressivamente acquisito lo status privilegiato di una "lingua franca etica", e che esso presenta un notevole potenziale retorico-evocativo cui viene, quasi istintivamente, associata una connotazione emotiva favorevole. L'Autore rileva altresì a p. 893 (in nota) che «Sul piano della ragione pubblica, l'uso in chiave "assolutista" di un argomento ad altissimo tasso di indeterminazione come quello che fa leva sulla dignità umana si rivela, il più delle volte, una manovra razionalmente insoddisfacente (quando non addirittura una manovra più o meno intenzionalmente



indifferentemente per giustificare *sia* la criminalizzazione dello *hate speech* *sia* l'immunità di questo da ogni interferenza pubblica. Si pensi a Ronald Dworkin, che considera la *human dignity* come un principio che, sostanziandosi nel rispetto dovuto agli individui in quanto membri della comunità liberi, eguali e dotati di un diritto di voce essenziale all'autogoverno democratico, giustifica una nozione di libertà di parola talmente ampia e assoluta (*absolute*) da rappresentare la nemesi di praticamente qualsiasi repressione giuridica del discorso d'odio⁹¹. V'è addirittura chi, nell'ambito della stessa argomentazione, pone la dignità umana *sia* a fondamento del free speech, *sia* a fondamento della criminalizzazione dello hate speech, sostenendo che è appunto perché si fonda sulla dignità umana che la libertà di parola non può proteggere le condotte espressive offensive della dignità stessa⁹². Ad argomentazioni come queste si può ovviamente opporre che non si vede perché la dignità considerata come principio fondativo della libertà di parola debba necessariamente cedere a quella che viene declinata in modo da giustificare le sue restrizioni, ma è evidente che l'intento di operazioni del genere è di

depistante o confusiva) perché, essendo solitamente "parassitario" rispetto ad altri argomenti soggiacenti, impedisce di discutere l'argomento che resta nascosto».

⁹¹ "In a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended": R. DWORKIN, *Foreword*, in Hare, I., Weinstein, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford U.P., Oxford, 2009, p. viii. Fonda la libertà di espressione sulla dignità umana anche D. GRIMM, *Freedom of Speech in a Globalized World*, in Hare, I., Weinstein, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford U.P., Oxford, 2009, p. 12 ss. La dottrina che considera la libertà d'espressione come *absolute* risale almeno a A. MEIKLEJOHN, *The First Amendment Is an Absolute*, in *The Supreme Court Review*, vol. 1961, 1961, considerato fin dai tempi di A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, Harper and Brothers, New York, 1948, il principale iniziatore del filone delle giustificazioni della libertà d'espressione fondate sul suo valore democratico. Per una convincente critica delle giustificazioni del free speech basate sulla dignità umana, che le minerebbe dall'interno prestandosi a essere impiegata come una sorta di cavallo di Troia per introdurre varie restrizioni, cfr. G.E. CARMÍ, *Dignity - The Enemy from Within. A Theoretical and Comparative Analysis of Human Dignity as a Free Speech Justification*, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 9, issue 4, 2007.

⁹² È questo l'argomento piuttosto confuso e non privo di petizioni di principio di J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., specialmente capp. 4 e 10, secondo cui anche lo hate speech "*public*", ossia non diretto verso persone particolari bensì contro un certo gruppo connotato da caratteri come la razza, religione o il genere, costituisce "a fundamental attack on their right to personal dignity" (p. 170) e viola inoltre il loro diritto al riconoscimento (*recognition*) come esseri umani e come cittadini (p. 171). Si noti che la nozione di riconoscimento di Heyman, come del resto quella, notissima, di A. HONNETH, 1995, *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*, The MIT Press, Cambridge, 1995, ha un'esplicita ascendenza hegeliana (cfr. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 172).



ribadire un assunto dato come intuitivo e indiscutibile, che si esprime o dicendo che le espressioni d'odio vanno criminalizzate perché sono *oggettivamente e intollerabilmente* lesive di un valore che si presuppone intrinseco a ogni essere umano, oppure sulla base di un'offensività presentata come immanente, inerente o intrinseca alla condotta stessa. Si tratta di palesi petizioni di principio che si limitano a proclamare con formule suggestive ciò che in verità andrebbe argomentato indicando i *criteri* in base ai quali si ravvisa una violazione "oggettiva", "intollerabile", "immanente" o "intrinseca" della dignità⁹³. Se questo passaggio manca – e manca quasi sempre anche perché è là che emergerebbero i disaccordi e le scelte opinabili – la giustificazione del divieto in base al danno immanente/valore intrinseco della dignità rivela la sua natura di *justificational stop*, con cui ci si rifiuta o si omette di rivelare le ragioni a sostegno di una certa opzione⁹⁴; è l'equivalente, nella sfera della pratica, dell'atteggiamento dogmatico che informa taluni discorsi teorici: nei casi meno gravi, un modo per sottrarre una certa conclusione all'ambito e agli oneri della discussione razionale; nei casi peggiori, un astuto espediente per occultare le inconfessabili ragioni che giustificano una certa scelta pratica.

Quanto detto a proposito delle giustificazioni basate sulla dignità vale in buona misura anche per quelle fondate su altri *passe-partout* normativi quali il *rispetto* o la *considerazione*⁹⁵, eventualmente qualificati

⁹³ Criteri di dignità dipendenti com'è noto dallo spazio, dal tempo e dalla cultura; cfr. **C. MCCRUDDEN**, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, vol. 19, Issue 4, 1 September, 2008, p. 675 ss., che aggiunge che il concetto di dignità umana si limita a operare a livello metalinguistico-procedurale fornendo ai giudici un "linguaggio" in mancanza di accordo sui diritti umani da tutelare, sul relativo peso, sulla localizzazione o contestualizzazione dei diritti, e sulla generazione di nuovi o più estesi diritti, rivestendo di panni nobili scelte che – a un livello inferiore di generalità e astrattezza – apparirebbero in realtà fondate su interessi concreti meno incontrovertibili sotto il profilo del consenso etico-politico a essi tributabile. Sul rischio che il concetto di dignità, inteso in senso oggettivo, entri in conflitto con il pluralismo delle attuali società, sfociando in qualche forma di paternalismo, cfr. **D. FELDMAN**, *Human Dignity as a Legal Value*, Part I, *Public Law*, winter, 1999, p. 682 ss., e **G. MANIACI**, *La forza dell'argomento peggiore*, cit. Sulla variabilità della nozione di danno intollerabile si veda *supra*, nota 50.

⁹⁴ Parlo qui di *justificational stop* come *análogon* pratico del concetto hartiano di *definitional stop*; cfr. **H.L.A. HART**, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, *passim*. Un'idea simile è espressa da **A. TESAURO**, *Spunti problematici in tema di dignità umana*, cit., che a p. 888 si riferisce alla dignità come "*conversational stopper*" o "*argomento knock-down*" che risolve ogni questione e non tollera ulteriori discussioni, al prezzo di un opaco occultamento delle basi reali del disaccordo.

⁹⁵ Con **M. BAGARIC**, **J. ALLAN**, *The Vacuous Concept of Dignity*, cit., p. 264 ss, può notarsi che il mutuo rispetto e l'eguale considerazione sono assai frequentemente associati alla dignità umana. Come ricorda **S. DARWALL**, *Two Kinds of Respect*, in *Ethics*, LXXXVIII,



come “mutui” o “eguali” (e del resto spesso sovrapposti al, o interdefiniti con, lo stesso concetto di dignità, come per l’appunto nel caso di Dworkin). Anche il campo semantico di questi concetti è alquanto vago e indefinito, non potendosi delineare che attraverso un generico riferimento a quell’universo di valori/principi/diritti che fa da sfondo alle nostre democrazie costituzionali, spesso tra l’altro «*left to intuitive understanding, conditioned in large measure by cultural factors*»⁹⁶. Tutto ciò naturalmente non fornisce alcuna guida pratica significativa a chi faccia uso di tali nozioni in un contesto di giustificazione: si tratta di riferimenti talmente generici – ossia poveri di contenuti prescrittivi in grado di dirci che cosa dovremmo fare in pratica – da non dare quasi alcun criterio al legislatore o al giudice che si proponga di decidere se, quando e perché la presunta lesione di questi beni sia tale da giustificare il corrispettivo accantonamento (delle esigenze che stanno alla base) della libertà di parola. A complicare il quadro contribuiscono anche qui le tesi secondo cui il rispetto e la considerazione, come del resto la dignità, si fondano in ultima analisi sull’*autonomia* di ogni persona e sul suo diritto di non essere svalutata come essere umano⁹⁷; ciò che, ancora una volta, può valere come ragione per giustificare tanto la repressione giuridica dei discorsi d’odio quanto la libertà degli individui di esprimere senza interferenze di sorta la propria personalità.

Le cose non migliorano molto se ci si concentra sulle giustificazioni teleologiche che, pur isolando opportunamente gli elementi teleologico-fattuali da quelli deontologico-normativi, insistono sulla *pericolosità* dei discorsi d’odio, i quali sarebbero da contrastare perché probabilisticamente correlati a *breaches of peace* di vario tipo. Un esempio tipico di argomenti del genere è quello formulato nell’ambito del progetto “Web Task Force Against Hate Speech” di Amnesty International, una delle numerosissime iniziative che le ONG e le istituzioni internazionali dedicano al contrasto dello hate speech. Ne riporto un passaggio cruciale qui sotto:

1, 1977, il trattamento filosofico del rispetto richiede una preliminare distinzione in “stima” e “riconoscimento”. Su alcune difficoltà poste dalle giustificazioni basate sul rispetto, con particolare riferimento alla distinzione tra rispetto per le persone e rispetto per le idee, mi permetto di rimandare a **G. GOMETZ**, *Tolleranza irreverente, rispettoso disprezzo. La responsabilità personale presa sul serio*, in A. Pintore, S. Zorzetto (a cura di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016. Un’ampia analisi filosofica del rispetto è in **E. GALEOTTI**, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2010.

⁹⁶ **O. SCHACHTER**, *Human dignity as a normative concept*, in *American Journal of International Law*, 77(4), 1983, p. 849.

⁹⁷ Così **A. CHASKALSON**, *Human dignity as a constitutional value*, in Kretzmer and E. Klein (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 137.



“Il passaggio dall’hate speech all’hate crime è davvero breve, vi è infatti una linea sottile tra l’espressione offensiva, intesa come insulto verbale, e l’incitamento alla violenza reale”. *Poiché i discorsi d’odio sono quindi capaci di generare aggressioni*, risulta necessario attuare misure di prevenzione. Certe espressioni rinforzano infatti gli schemi dell’intolleranza e della discriminazione, arrivando ad episodi di violenza contro alcune comunità; esiste dunque un collegamento causale tra l’uso di certe espressioni e il loro conseguente danno: la violenza è infatti il tragico atto finale di una strada scivolosa che inizia con generiche derisioni, intolleranza sociale e discriminazione”⁹⁸.

Come si vede, qui ci si limita a presupporre, dandole per scontate, una serie di circostanze fattuali in realtà tutte da provare, ossia: 1) che le condotte comunicative qualificate come “discorsi d’odio” aumentino l’incidenza di “violenze” o “aggressioni”; 2) che le restrizioni legali imposte ai discorsi d’odio facciano diminuire tale incidenza. Tali oneri probatori sono tra l’altro resi più gravosi dai rilievi di chi osserva, non senza argomenti convincenti, che il contrasto giuridico delle manifestazioni verbali dell’odio è in molti casi addirittura controproducente rispetto all’obiettivo di ridurre la violenza contro i gruppi che si intendono proteggere, o comunque li danneggia in altri modi. V’è infatti chi afferma ad esempio che le leggi repressive del discorso d’odio non possono mai formularsi in modo da non poter essere ritorte anche contro messaggi meritevoli di tutela, compresi quelli provenienti dalle stesse minoranze discriminate⁹⁹; che esse si risolverebbero inevitabilmente nel divieto di forme rozze e poco elaborate di espressione, così colpendo prevalentemente il discorso dei gruppi marginalizzati¹⁰⁰; che potrebbero determinare una perdita di autorità e legittimità democratica del governo che le imponesse¹⁰¹; che nell’imporre un’apparenza colta e razionale al discorso d’odio, consentirebbero ai gruppi più istruiti di avvantaggiarsene

⁹⁸ Cfr. la p. 5 del report “*Web Task Force Against Hate Speech. Un progetto pilota per il monitoraggio, la prevenzione e il contrasto alla diffusione dei discorsi d’odio online*”, prodotto nell’ambito di un progetto ideato dalla Sezione Italiana di Amnesty International e coordinato dall’ufficio Attivismo (i corsivi sono miei). Il documento è disponibile su: https://www.academia.edu/31929190/WEB_TASK_FORCE_AGAINST_HATE_SPEECH_Amnesty_International.

⁹⁹ Questa applicazione della massima *nihil prodest, quod non laedere possit idem* è ricordata da **A.C. DESAI**, *Attacking Brandenburg with History*, in *Federal Communications Law Journal*, 55, 2003, p. 394.

¹⁰⁰ Cfr. **R. POST**, *Constitutional domains. Democracy, Community, Management*, Harvard U.P., Cambridge, 1995, p. 313 s., ma è un argomento che ricorre almeno da **J.S. MILL**, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1991.

¹⁰¹ Cfr. **R. POST**, *Hate Speech*, cit., p. 136 s.



mascherandone nel contempo agli occhi del pubblico la brutalità¹⁰²; che la criminalizzazione potrebbe addirittura favorire la propaganda d'odio in quanto la fama e la stima sociale raccolte da queste condotte in certi ambienti è spesso una motivazione che prevale sul timore di subire conseguenze indesiderabili¹⁰³ e produce una notevole pubblicità¹⁰⁴; che l'intervento della legge difficilmente riuscirebbe a reprimere le forme occulte o messe in codice di hate speech, e che comunque, essendo socialmente avvertito come un'ennesima *affirmative action* a tutela di particolari gruppi, accrescerebbe il diffuso risentimento sociale nei loro confronti¹⁰⁵; che misure del genere sostanzierebbero una di quelle politiche identitarie e divisive che spesso sono alla radice dell'odio¹⁰⁶; che gli odianti criminalizzati potrebbero atteggiarsi a martiri della censura o della repressione liberticida dell'*establishment* e guadagnare così efficacia persuasiva e simpatizzanti¹⁰⁷; che criminalizzarli equivarrebbe ad attribuire loro indirettamente una patente di serietà¹⁰⁸.

Anche soprassedendo sui menzionati disaccordi e deficit argomentativi, e dando per scontato che pure i discorsi d'odio *nontargeted* né produttivi di un *clear and present danger* di violenze/disordini producano un male di cui il diritto può e deve occuparsi, la loro repressione giuridica è condizionata a un altro, cruciale, passaggio logico. Occorre infatti spiegare perché il male associato a quelle condotte espressive sia *peggiore* di quello derivante dalla restrizione/negazione delle varie libertà (di pensiero, d'espressione e personale) conculcate dalle misure necessarie per attuare la loro proscrizione; impresa tutt'altro che facile, se si considera che quelle libertà, diversamente dalla repressione giuridica dell'odio, appaiono in

¹⁰² Cfr. **M.J. MANNHEIMER**, *The Fighting Words Doctrine*, in *Columbia Law Review*, vol. 93, No. 6, 1993, p. 1565, nota 210.

¹⁰³ Cfr. **V.D. DHARMAPALA, R. Mc ADAMS**, *Words that Kill: An Economic Perspective on Hate Speech and Hate Crimes*, in *Illinois Law and Economic Working Papers Series*, November, 2001, p. 95 ss.

¹⁰⁴ Con specifico riferimento alla criminalizzazione della negazione della Shoah, cfr. **C. LUZZATI**, *Chi parla con chi?*, cit., pp. 241-242.

¹⁰⁵ Cfr. **S.H. SHIFFRIN**, *Racist Speech*, cit., pp. 93 ss., 98.

¹⁰⁶ Cfr. **W.B. FISCH**, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, cit., p. 490, **J.B. JACOBS, K. POTTER**, *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*, Oxford U.P., Oxford, 2001, specialmente capp. 9 e 10.

¹⁰⁷ Cfr. **S.H. SHIFFRIN**, *Racist Speech*, cit., p. 94, e **J. MCHANGAMA**, *The Problem with Hate Speech Laws*, cit., p. 81, che conclude osservando: "All these arguments should prompt proponents of hate speech laws to revisit their support for legal instruments that are the natural tools of dictatorships, but serve as a Damoclean sword in liberal democracies".

¹⁰⁸ Cfr. **C. DEL BÒ**, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in **AA. VV.**, *Criminalia 2013*, ETS, Pisa, 2014, § 4, con particolare riferimento alla criminalizzazione della negazione dell'Olocausto.



generale assai ben fondate. Specialmente le giustificazioni del free speech che guardano (indietro o avanti secondo i casi) all'idea di autogoverno democratico convergono infatti attorno a un punto chiaro e difficilmente contestabile: la libertà di espressione è un bene fondamentale perché, come il diritto di voto, conferma i cittadini nel loro status di agenti autonomi e responsabili, piuttosto che mere vittime, dell'azione collettiva¹⁰⁹. La libertà di espressione costituisce infatti condizione perché il cittadino eserciti un pieno diritto di *voce*, dandogli almeno qualche *chance* di influire sulle opinioni politiche dei *listeners* che intendano ascoltarlo, e dando per contro a questi ultimi la possibilità di cambiare idea grazie agli argomenti di quello. In tal modo, l'individuo può *partecipare* in senso proprio e pieno, ossia senza vincoli e riserve di sorta, ai processi di formazione delle scelte collettive, in un gioco democratico che per giunta risulta sempre aperto alla possibilità di rivincita: l'opinione che si riveli minoritaria in un certo tempo ha sempre una possibilità di riaffermarsi diventando maggioritaria domani¹¹⁰. Chi obiettasse che le espressioni minoritarie per qualche motivo considerate offensive, irragionevoli e/o lesive dei diritti, della dignità e della pacifica convivenza sociale vanno represses proprio per evitare che divengano maggioritarie in futuro, insomma, svelerebbe latenti inclinazioni antidemocratiche, o quantomeno si auto-qualificherebbe come assertore di una democrazia da giardino d'infanzia: una procedura di decisione collettiva in cui ciascuna maggioranza può restringere la *sandbox* del decidibile e anzi dello stesso discutibile da parte dei cittadini dei tempi successivi, stabilendo preventivamente e a pena di sanzioni giuridiche quali opinioni, idee e programmi vadano ammessi e quali vadano invece esclusi

¹⁰⁹ Così **R. DWORKIN**, *A New Map of Censorship*, in *Index of Censorship*, vol. 35, issue 1, 2006, p. 131.

¹¹⁰ Ed è tra l'altro da supporre che tutto ciò giovi alla conservazione nel tempo del sistema democratico. Per ragioni di spazio non posso diffondermi sulla discussione della giustificazione democratica della libertà d'espressione appena abbozzata. Mi limito a rinviare ai contributi che propongono un accostamento simile rifacendosi più o meno esplicitamente all'indirizzo inaugurato da **A. MEIKLEJOHN**, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, cit., e dunque, tra gli altri, **O.M. FISS**, *Free Speech and Social Structure*, in *Iowa Law Review*, 71, 1986; **R. DWORKIN**, *Freedom's Law*, cit.; **R.A. POSNER**, *The Speech Market and the Legacy of Schenck*, in L.C. Bollinger, G.R. Stone (eds.), *Eternally Vigilant*, University of Chicago Press, Chicago, 2002; **Ch. FRIED**, *The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*, in *University of Chicago Law Review*, 59, 1992; **J.O. MCGINNIS**, *The Once and Future Property-Based Vision of the First Amendment*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996; Post 1993; **T. SCANLON**, *A Theory of Freedom of Expression*, cit.; **D.A. STRAUSS**, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, in *Columbia Law Review*, 91, 1991, **S. V. SHIFFRIN**, *A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech*, in *Constitutional Commentary*, 27, 2, 2011.



da un'arena della deliberazione democratica sempre più angusta e circoscritta.

Se insomma è vero che la libertà di espressione non è un *atout* che prevale su ogni altro diritto, bene o interesse astrattamente o concretamente concorrente, quanto detto sopra induce a considerarla almeno come una buona ragione per esigere che le restrizioni imposte alle condotte espressive siano giustificate con particolare rigore. "Libertà di espressione", in altri termini, significa se non altro che l'onere della prova circa la sussistenza di ragioni per restringerla o limitarla spetta a chi le allega. Ciò dovrebbe implicare quantomeno che gli autori delle giustificazioni deontologiche della repressione giuridica dei discorsi d'odio *nontargeted* né immediatamente pericolosi facessero qualche sforzo in più per precisare quando, come e perché tali condotte espressive violano la dignità umana o il rispetto in modo talmente grave da vincere le ragioni che inducono a dare ai cittadini libertà di parola. E implica altresì che le giustificazioni teleologiche siano corredate almeno da qualche prova convincente sul nesso causale tra la repressione giuridica dell'odio e la conservazione della pacifica convivenza dei consociati. Quando poi si reclama il ricorso alla criminalizzazione come strumento di contrasto al discorso d'odio, si è per soprammercato caricati di tutti gli oneri giustificativi imposti dal principio di sussidiarietà, che impone di specificare perché non si può che ricorrere all'*extrema ratio* del diritto penale e come mai le esigenze di tutela dei beni giuridici che si intendono proteggere non possano soddisfarsi con mezzi di efficacia comparabile ma meno costosi in termini di sacrificio delle libertà degli individui.

È sperabile che queste incombenze argomentative vengano affrontate dai futuri assertori della criminalizzazione dei discorsi dell'odio senza cercare scappatoie dialettiche come quella basata su un'altra retorica oggi molto *à la page*: quella secondo cui la "violenza verbale", "psicologica" o "virtuale" sono assimilabili sotto ogni aspetto rilevante alla violenza fisica¹¹¹. Non voglio dire, beninteso, che quest'ultima equiparazione sia necessariamente disonesta sotto il profilo intellettuale, né intendo negare che certe condotte espressive siano in molti casi idonee a produrre sofferenze morali e psichiche assai acute; mi pare però che neppure queste istanze di criminalizzazione debbano sottrarsi ai consueti test volti a impedire la *overcriminalization* di quelle che Douglas Husak chiama *inchoate offenses*, ossia le condotte che rischiano di provocare dei danni che però non

¹¹¹ Mi pare esemplare il trattamento alla rinfusa di tutte queste forme di violenza nella *Relazione finale della Commissione Jo Cox sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio*, istituita il 10 maggio 2016 e presieduta dalla Presidente della Camera dei Deputati italiana (si vedano specialmente le pp. 59 ss.).



necessariamente si verificano (come nel caso, per l'appunto, dei danni psicologici ricondotti ai discorsi d'odio)¹¹². Non è infatti sufficiente, in un contesto di giustificazione della criminalizzazione dei discorsi d'odio, il ricorso a considerazioni aneddotiche, presuntive o indebitamente generalizzanti come quelle impiegate da Catharine MacKinnon negli anni Novanta per fondare le sue richieste di censura della pornografia¹¹³, o come quelle facenti capo alla fortunata categoria delle *words that wound*, con cui Richard Delgado ipotizza un potenziale offensivo del razzismo almeno pari a quello delle lesioni fisiche¹¹⁴. Entrambi questi autori, pur ribadendo l'ovvia capacità delle offese sessiste o razziste di causare sofferenze psicologiche ed emotive anche molto serie, mancano il bersaglio principale del loro argomento, ossia dimostrare che pure lo hate speech *nontargeted* va contrastato con una tutela penale tanto anticipata da rendere superflua qualsiasi *prova* che il singolo discorso d'odio abbia causato un (pericolo di) danno rilevante e ingiusto alla sfera psicologica individuale nel caso concreto. Non basta, insomma, portare argomenti con cui si mostra che le parole fanno male come le coltellate (ciò che, comunque, richiede già un ingente sforzo argomentativo)¹¹⁵; occorre anche spiegare perché mai, se puniamo le coltellate solo quando ne vediamo gli effetti sulla carne viva della persona offesa o almeno proviamo che sono stati compiuti atti idonei e diretti in modo non equivoco a provarli, dovremmo invece punire i discorsi d'odio indipendentemente da qualsiasi constatazione di un danno o di un pericolo imminente e concreto per la psiche della vittima. Se tale spiegazione non viene fornita o è carente, si finisce per giustificare la criminalizzazione dello hate speech seguendo strategie pseudo-argomentative omologhe a quelle adottate nel campo della repressione

¹¹² Cfr. **D. HUSAK**, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford U.P., Oxford, 2008, p. 159 ss.

¹¹³ Cfr. **C. MACKINNON**, *Only words*, Harvard U.P., Cambridge, 1993, le cui argomentazioni sono smontate punto per punto da **R. DWORKIN**, *Freedom's Law*, cit., cap. 10, e empiricamente invalidate tra l'altro dalle osservazioni di **A. D'AMATO**, *Porn Up, Rape Down*, Northwestern Public Law Research Paper No. 913013, June 23, 2006, secondo cui la pornografia riduce, piuttosto che aumentare, la violenza sociale.

¹¹⁴ Cfr. **R. DELGADO**, *Words that Wound*, cit., p. 136 ss., secondo cui il razzismo subito causerebbe tra l'altro malattie mentali e psicosomatiche, ipertensione, infarti e la tendenza alla ricerca di vie di fuga tramite alcol, droghe e altri tipi di comportamenti antisociali.

¹¹⁵ Uno sforzo ancora maggiore se si considera che al danno psicologico è equiparato l'*emotional distress* (cfr. ad esempio **R. DELGADO**, *Words that Wound*, cit., p. 143 ss.), che ancor più di quello ha una componente fortemente soggettiva e difficilmente accertabile e documentabile sulla base di parametri condivisi.



giuridica della produzione, della detenzione e del commercio di droga: condotte proibite da (quasi) tutti i diritti senza un chiaro perché¹¹⁶.

L'impressione conclusiva che si evince da questo quadro frammentario – oltretutto giocoforza parziale – è che i discorsi e le condotte espressive di razzismo, xenofobia, omofobia e sessismo siano da tutti considerati un male, ma che non vi sia alcun accordo generale sulle ragioni per cui lo sono, e specialmente sul perché queste ragioni debbano esser fatte valere col diritto penale a scapito di quelle, antagoniste, della libertà di parola. Tutto ciò che può dirsi è che gli argomenti a favore della proscrizione giuridica dei discorsi razzisti, xenofobi, omofobi e sessisti fanno ampio ricorso a una qualche declinazione dei valori della dignità umana, del mutuo rispetto e della pace sociale, talora mescolati in un calderone valoriale così ribollente da suggerire la massima cautela a chi intenda assaggiarne il contenuto. Che temo abbia il sapore amaro della cattiva coscienza collettiva dell'Occidente, mai perdonatosi fino in fondo il proprio passato coloniale e genocida¹¹⁷.

¹¹⁶ È la tesi di fondo di **P. TINCANI**, *Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale)*, Sironi, Milano, 2012.

¹¹⁷ Lo sostiene tra gli altri **P. BRUCKNER**, *Il singhiozzo dell'uomo bianco*, Guanda, Parma, 2008.