DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

LE PAROLE SONO PIETRE?

I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale[*]

di Andrea Pugiotto

Sommario: 1. L'odio. – 2. Le dinamiche dell'odio. – 3. I discorsi di odio. – 4. La libertà di espressione (e le preoccupazioni del costituzionalista). – 5. Un esempio (tanto per capirci). – 6. I reati di opinione. – 7. Democrazie protette e democrazie aperte (qual è la nostra). – 8. A proposito dei connotati strutturali di un diritto penale liberale. – 9. Il limite implicito dell'ordine pubblico ideale. – 10. Il limite implicito del principio di eguaglianza. – 11. Il limite implicito della dignità umana. – 12. Dalla parola all'azione. – 13. Il limite implicito degli obblighi internazionali pattizi. – 14. Le trappole del vittimismo (dell'odiante) e del conformismo.

1. L'odio

> «Non coverai nel tuo cuore odio contro il tuo fratello [...] non ti vendicherai e non serberai rancore contro i figli del tuo popolo, ma amerai il tuo prossimo come te stesso» (Levitico, 19, 17-18)

Raramente le cose corrispondono alle parole. È accaduto anche per questo insegnamento biblico. L'odio, infatti, esiste.

Un tempo lo si apprendeva fin da piccoli, quando la trasmissione del sapere di base dall'adulto al bambino avveniva attraverso la narrazione fantastica. Ricordate la fiaba di Jean de La Fontaine, *Il lupo e l'agnello*?

> «… so che l'anno scorso tu hai parlato male di me».
> «Come avrei potuto farlo, se non ero ancora nato? – rispose l'agnello – Succhio ancora il latte da mia madre».
> «Se non sei stato tu, si sarà trattato di tuo fratello».
> «Non ho nessun fratello!».
> «Allora sarà stato qualcuno dei tuoi: perché non ci trattate affatto bene, voi, i vostri pastori e i vostri cani. Poche chiacchiere: bisogna che mi vendichi».
> Il lupo trascina l'agnello in mezzo alla foresta e poi lo divora, senza indagare oltre.

---

[*] Relazione svolta al V Convegno Nazionale dell'Avvocatura per i diritti LGBT-Rete Lenford, *Omofobia, Transfobia e Diritto penale* (Bari, Palazzo di Giustizia, 30 novembre-1 dicembre 2012), i cui atti sono in corso di pubblicazione. La relazione viene qui anticipata, in concomitanza con l'approvazione – avvenuta alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nella seduta del 9 luglio 2013 – del testo base della proposta di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia. Nato dall'abbinamento delle proposte di legge A.C. 245, A.C. 280 e A.C. 1071, il testo base prevede l'estensione della c.d. legge Reale-Mancino – che punisce gli atti di discriminazione basati sull'origine etnica, la nazionalità e la religione – all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

 (cc) BY-NC-ND 2010-2012 Diritto Penale Contemporaneo

Si dà il caso che la realtà moltiplichi i segnali inquietanti filtrati metaforicamente nell'immaginario mondo animale di La Fontaine. Le persone assennate hanno provato orrore assistendo alla decapitazione delle Torri Gemelle, all'esplosione dei treni nella stazione di Atocha, alla strage degli innocenti di Beslan. Sono rimaste incredule, come davanti all'abisso.

Stupisce tanta sorpresa per manifestazioni di odio che si credeva superato, quando invece si era solo concessa un'ingannevole pausa dal suo instancabile esserci. Perché l'odio non è per nulla un errore o un incidente di percorso. Al contrario, è in noi e attorno a noi. Avanza con la calma implacabile di uno schiacciasassi, senza curarsi delle nostre obiezioni che, anzi, lo rafforzano, perché l'odio è impermeabile sia alla ragione che all'esperienza[1], e si nutre della propria insaziabile collera.

Pessimismo cosmico? Non credo. Non più, almeno dopo il secolo scorso, quando l'impossibile è stato possibile, e non una ma (almeno) tre volte. Che cos'è, infatti, un genocidio? Un cataclisma per mano di uomo, dove la natura non c'entra per nulla, in cui uomini armati eseguono l'ordine di sterminare altri uomini disarmati, colpevoli solo di essere nati. È accaduto agli armeni in Turchia. È accaduto a ebrei, omosessuali, tzigani in Europa. È accaduto ai tutsi in Ruanda. Per quanto denominato «*secolo breve*», il Novecento conta certamente tre genocidi.

Eppure, quando il 27 gennaio 1945 furono abbattuti i cancelli di Auschwitz, si giurò «*Mai più!*», con l'intenzione di edificare un nuovo tabù. Così non è stato, né poteva essere: perché una volta violato, il tabù è rimosso per sempre e non è più possibile innalzarlo di nuovo. «*Chi si ricorda più degli armeni?*» sterminati nel 1915, disse Hitler nel dare inizio, due decenni dopo, alla Shoah.

L'odio, dunque, esiste. Ha ragione nel volercelo ricordare, con disincantata durezza, André Glucksmann in un suo pamphlet di alcuni anni fa[2], da cui ho attinto a piene mani in questo mio *incipit*. Con tale consapevolezza, è da qui che dobbiamo partire.

2. Le dinamiche dell'odio

Le indagini compiute nell'ambito della psicologia sociale sono particolarmente istruttive nell'illustrarci i meccanismi capaci di innescare relazioni di odio tra gruppi (e tra singoli a quei gruppi appartenenti). Penso, ad esempio, alla ricostruzione che ne propone l'amica e collega Marcella Ravenna[3], lei stessa fatta oggetto di minacce antisemite tramite siti nazisti in ragione del suo essere ebrea e raffinata studiosa delle radici psicologiche della Shoah e del pregiudizio antiebraico.

---

[1] Così, quasi testualmente, SARTRE, *L'antisemitismo. Riflessioni sulla questione ebraica*, Milano, 1998 [ma 1948], 53.

[2] GLUCKSMANN, *Il discorso dell'odio*, Milano, 2005.

[3] RAVENNA, *Odiare. Quando si vuole il male di una persona o di un gruppo*, Bologna, 2009.

Nella percezione altrui ciascun di noi opera delle categorizzazioni sociali, che permettono di organizzare e semplificare le informazioni acquisite, consentendoci di distinguere "noi" da "loro". È un processo cognitivo che tutti attiviamo, più o meno consapevolmente, perché particolarmente funzionale. Permette di rinsaldare la nostra identità, individuale e sociale. Consente di prevedere la condotta altrui. Rende così possibile tracciare le linee guida della nostra vita di relazione.

Il problema nasce quando tali processi di categorizzazione subiscono delle distorsioni sistematiche.

Accade quando la ricerca di un'immagine positiva del sé (che si alimenta del giudizio positivo sul proprio gruppo di appartenenza) induce a svalutare gli altri gruppi. Accade quando – attraverso l'abuso di stereotipi – finiamo per percepire i membri degli altri gruppi come un insieme indifferenziato di soggetti tutti eguali, negandone così l'individualità (che siamo disposti a riconoscere solo all'interno del nostro gruppo). Accade quando quegli stereotipi mutano in pregiudizi: espressione, cioè, di un orientamento socialmente condiviso che induce un singolo individuo (o il suo gruppo di appartenenza) a mettere in atto comportamenti ostili e discriminatori nei confronti dei membri di un altro gruppo in forza della sola appartenenza a esso.

In questa progressione, il punto di non ritorno si raggiunge quando chi odia si sente (anche solo simbolicamente) minacciato dal diverso da sé e chi è odiato ormai ha subito una svalutazione sistematica che, dalla iniziale de-legittimazione, ha raggiunto l'acme della sua de-umanizzazione. L'odio viene così razionalizzato e l'atto aggressivo appare come una scelta razionale e appropriata.

A quel punto, l'annientamento dell'altro, ridotto a capro espiatorio, è solo questione di tempo. Il suo sacrificio è inevitabile, perché percepito come condizione necessaria per la sopravvivenza di tutti gli altri capri[4]. Diventa, nella collettiva volontà di linciaggio, addirittura burocratica *routine*, perché la vittima è percepita non più come individuo munito di dignità personale ma come un alieno (poiché il suo carnefice non sa di chi o di che cosa parla): è questa la lezione che Hannah Arendt ci ha trasmesso nelle sue cronache dal processo Eichmann[5].

Si può dire anche così:

> «Questa sera uccidiamo i parrucchieri e gli ebrei!»
> «Perché i parrucchieri?»

In realtà, non diversamente da un parrucchiere, anche l'ebreo (ma vale egualmente per il rom, lo straniero, l'omosessuale) non c'entra per nulla, se non per il fatto che ne è vittima.

---

[4] D'obbligo, in tema, il rimando alle riflessioni di GIRARD, *Il capro espiatorio*, Milano, 1987.

[5] Scritte per il *New Yorker* nel 1961 e poi raccolte nel suo prodigioso *La banalità del male*, Milano, 2003 [ma 1963].

3. I discorsi di odio

In questa dinamica, i discorsi di odio svolgono un ruolo centrale. Il linguaggio, infatti, trasmette l'interazione con gli altri. Narra le categorizzazioni sociali di cui ci serviamo. Reiterandoli consolida gli stereotipi. Partecipa alla costruzione e all'alimentazione dei pregiudizi. E così facendo influenza in modo rilevante la percezione sociale di un determinato gruppo.

I discorsi di odio si possono servire di molteplici possibilità linguistiche: le etichette denigratorie (*frocio* invece di *gay*), le etichette categoriali (*culattoni* invece di *omosessuali*), gli scherzi di odio (particolarmente rivelatori della sottovalutazione del pregiudizio così rinsaldato), il ricorso agli insulti («*nella vita bisogna provare tutto, tranne la droga e i culattoni*»[6]), fino ad integrare fattispecie punite come reato (ingiuria, diffamazione, istigazione).

Altrettanto variabili sono le strategie argomentative adoperabili per mascherare il dato di realtà di una odiosa discriminazione: la banalizzazione (confondere un attacco a Gaza con la Shoah), le dubbie equiparazioni (Sharon come Hitler, Auschwitz come Dresda, sionismo = razzismo), la rivalità tra vittime («*basta con la persecuzione degli ebrei, oggi ci sono altre tragedie*»), la gara tra catastrofi («*la Shoah è nulla a fronte dei problemi ambientali o della corsa agli armamenti*»), il capovolgimento dei ruoli («*gli ebrei, vittime ieri, sono i carnefici di oggi*»; «*di chi sarà mai la colpa se gli ebrei sono tanto odiati?*»), il negazionismo («*le camere a gas e i forni crematori non sono mai esistiti*»). Si tratta di un elenco solo provvisorio: l'odio trova, infatti, sempre nuove astuzie del linguaggio per celarsi agli occhi dei più.

Queste variabili linguistiche e argomentative presentano due tratti comuni: provengono dal gruppo dominante (o maggioranza) e sono impiegate con intenti offensivi, al punto che il transito dai discorsi di odio *(hate speeches*) ai reati di odio *(hate crimes*) è postulato come esito inevitabile[7]. È quanto fa, ad esempio, la Risoluzione del Parlamento europeo approvata il 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa: vi si legge che l'omofobia «si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all'odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti»[8].

Tutto senza alcuna soluzione di continuità: «*post hoc, propter hoc*». E come il camion trascina il rimorchio, così il *continuum* tra discorsi di odio e crimini di odio giustifica la richiesta esigente di una tutela rafforzata mediante il ricorso alla leva

---

[6] Renzo Bossi *dixit,* all'epoca ancora consigliere regionale della Lombardia per il gruppo Lega Nord-Padania.

[7] Si tratta di una categoria di reati (e di una dinamica punitiva) che nasce nell'ordinamento statunitense, quale possibile deroga al I Emendamento della Costituzione americana: cfr. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2008, 271 ss.

[8] Cfr. punto B, ricalcato – quasi alla lettera – dal punto B della precedente Risoluzione sull'Omofobia in Europa, approvata dal Parlamento europeo il 18 gennaio 2006.

penale[9]. Una richiesta formulata spesso con toni intimidatori: più della leva, talvolta, è la clava penale a essere invocata.

Questo il *climax:* non è sufficiente la circostanza aggravante dell'aver agito per «motivi abietti o futili» (art. 61, n. 1, c.p.). Servono nuove autonome plurime figure di reato[10]. Tali reati non saranno da perseguirsi a querela di parte, ma d'ufficio. Se invece si opta per una nuova aggravante specifica, non dovrà riguardare solo reati contro la persona, ma anche contro il patrimonio. Né basterà l'aggravio della pena nella misura di un terzo (come per le altre aggravanti comuni), dovendo spingersi almeno fino alla metà. Di più: dovrà essere un'aggravante estromessa dal giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti, al fine di assicurare comunque e sempre l'inasprimento sanzionatorio[11]. Finanche malcelata è l'invidia per ciò che accade altrove, dove – come nell'esperienza francese – nel caso di omicidio volontario dovuto a ragioni omofobiche, l'aggravio di pena comporta l'ergastolo in sostituzione della reclusione sino a trent'anni[12].

Questa domanda d'ipercriminalizzazione[13] preme ora alle porte anche del nostro ordinamento. Altri segnali provengono da campi limitrofi. Eccone l'esempio più recente: presentato in una solenne iniziativa al Senato il 16 ottobre 2012 (in coincidenza con il 69° anniversario del rastrellamento di oltre 2.000 ebrei italiani nel ghetto di Roma, poi avviati ai campi di sterminio), è stato depositato a Palazzo Madama il ddl n. 3511, mirante a introdurre il reato di negazionismo o minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità[14]. Dell'approvazione in

---

[9] Esplicita in tal senso è la già citata Risoluzione parlamentare europea del 18 gennaio 2006: cfr. punto 9 (dove « esorta la Commissione a prendere in considerazione il ricorso alle sanzioni penali per i casi di violazione delle direttive basate sull'articolo 13 del trattato») e punto 10 (dove «chiede agli Stati membri di adottare qualsiasi altra misura che ritengano opportuna nella lotta all'omofobia e alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e di promuovere e adottare il principio dell'uguaglianza nelle loro società e nei loro ordinamenti giuridici»). Analogo orientamento è espresso anche nella successiva Risoluzione, approvata il 14 gennaio 2009, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'UE 2004-2009: cfr. punti 39 e 80.

[10] Le quali – è il caso di rammentare agli smemorati – potranno a loro volta rappresentare la base per la creazione legislativa di nuovi reati associativi, in forza della previsione costituzionale per la quale «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non siano vietati *ai singoli* dalla legge penale» (art. 18, 1° comma, Cost.).

[11] Ci si dimentica così che ogni qual volta si sottrae un'aggravante dal possibile bilanciamento con le attenuanti ai fini della determinazione della pena da irrogare, si finisce per ostacolare una dosimetria sanzionatoria coerente con il caso concreto: in ultima analisi, è la necessaria personalizzazione della responsabilità penale e la finalità rieducativa della pena a venirne ostacolate.

[12] In nome della lotta all'omofobia e della transfobia – per alcuni – anche una pena perpetua torna così a essere un orizzonte accettabile (ma non per me: cfr. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *questa Rivista*, 5 marzo 2013).

[13] Cfr. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *questa Rivista*, 16 novembre 2012.

[14] Titolato «Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte Penale Internazionale», il disegno di legge AS n. 3511 risulta composto di un solo articolo, mirante a introdurre la reclusione fino a tre anni per «chiunque, con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o che costituiscano minaccia, offesa o ingiuria, fa apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello

tempi brevi di tale progetto (firmato dalla senatrice Amati e sottoscritto da oltre 100 suoi colleghi) si è fatto personalmente garante il Presidente del Senato: «Abbiamo il dovere, direi l'obbligo, di intervenire giuridicamente e penalmente, per contrastare questi fenomeni. Ecco il significato di questa iniziativa: negare tendenziosamente la verità e minimizzare una delle più grandi tragedie umane del nostro tempo non è tollerabile. Anzi, deve essere perseguibile»[15].

4. La libertà di espressione (e le preoccupazioni del costituzionalista)

Si deve essere autenticamente preoccupati per la particolare vulnerabilità di determinate categorie di soggetti. Ben si comprende che i documenti sovranazionali considerino assimilabili – sotto questo profilo – omofobia, razzismo, xenofobia, antisemitismo, sessismo[16]. Si proceda dunque, inasprendo il Codice penale o integrando le previsioni della Legge Reale (l. 13 ottobre 1975, n. 654) e la successiva Legge Mancino (l. 25 giugno 1993, n. 205). D'accordo? Fossimo in un'aula di tribunale, mi alzerei in piedi dicendo: «*Obiezione, Vostro Onore!*».

Se sono ancora in tempo, infatti, inviterei a fermare il camion messo in moto, a posteggiarlo in una piazzola e a guardare meglio dentro il suo rimorchio. Potremmo scoprire che alcune delle soluzioni legislative prospettate rischiano di andare oltre il segno: accade quando la distinzione (giuridicamente necessaria) tra discorsi di odio e reati di odio è obliterata. È vero, infatti, che tutti gli alcolisti hanno iniziato bevendo un bicchiere di vino, ma non è vero che tutti quelli che hanno bevuto un bicchiere di vino sono diventati alcolisti. Detto in modo meno pedestre: un conto è la psicologia sociale e le sue dinamiche, altro è il diritto (penale e costituzionale) e la sua logica.

Sia chiaro a tutti: per me, i discorsi di odio non *hanno senso.* Di più: a me i discorsi di odio *fanno senso.* Tuttavia, da studioso della Costituzione quale garanzia dei diritti attraverso gli strumenti del diritto, devo manifestare la mia preoccupazione: come accade secondo la teoria dei vasi comunicanti, l'eccedenza di risposta penale su temi quali l'omofobia (ma anche il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo, il sessismo) rischia di tradursi in ulteriori limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero.

---

statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, e dei crimini definiti dall'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto1945, ovvero nega la realtà, la dimensione o il carattere genocida degli stessi».

[15] Intervento del Presidente del Senato Renato Schifani, Sala Caduti di Nassirya, martedì 16 ottobre 2012.
Il tema della leva penale usata (incostituzionalmente) nelle leggi memoriali (nel caso di contestazione o minimizzazione «in modo offensivo» del genocidio armeno, riconosciuto come tale dalla legislazione francese) è stato oggetto di una pronuncia del *Conseil Constitutionnel* il 28 febbraio 2012: cfr. DONDI, *La memoria disarmata. Considerazioni a margine della decisione 2012/647 DC del* Conseil Constitutionnel *in merito all'ultima legge francese incriminatrice del negazionismo storico*, in *Studium Iuris*, 2013, 424 ss.; GIOVANNETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero tra verità normativa, verità processuale e verità storica: a proposito della prima decisione del* Conseil constitutionnel *sulle cc.dd. l*ois memorielles, in *Rivista A.I.C.*, 2012, n. 2.

[16] Cfr., da ultima, la Risoluzione del parlamento europeo approvata il 24 maggio 2012, punto B.

Questo rischio è un problema serio, di cui non ci si può liberare con un'alzata di spalle. Si legge in un classico del costituzionalismo moderno[17] che «la sovranità del popolo e la libertà di espressione sono due cose del tutto correlate: la censura e il suffragio universale sono, al contrario, due cose che si contraddicono reciprocamente». Chi afferma l'una (la sovranità popolare) deve allora accettare necessariamente l'altra (la libertà d'espressione, in tutte le sue manifestazioni).

È per ciò che la Costituzione americana qualifica la libertà di stampa come assoluta e mai limitabile dal legislatore (tanto che i suoi lati perimetrali sono tutti esclusivamente di origine giurisprudenziale). Fateci caso: i paesi totalitari hanno le "vetrine" sempre in ordine. Non si vedono esposte porcherie. Vai a Washington e per le strade vedi di tutto. Il paese non nasconde niente[18]. E la sua stampa è lì a garantire questa visibilità. Ecco perché «nulla è più raro in questo paese che il vedere un procedimento giudiziario contro un giornale. La ragione è semplice: gli Americani, ammettendo il dogma della sovranità del popolo, l'hanno sinceramente applicato»[19].

Sono citazioni che risalgono a circa due secoli fa, eppure mantengono una straordinaria attualità. Ci rivelano un dato decisivo: tra la libertà di espressione e la democraticità di un ordinamento esiste un rapporto simbiotico, perché la democrazia si fonda sul consenso, ma il consenso politico (non diversamente da quello ai trattamenti medici), per essere davvero tale, deve essere informato.

Vale anche per il nostro ordinamento costituzionale, dove «non c'è democrazia senza pluralismo e imparzialità dell'informazione», per ripetere le parole adoperate dal Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi nel suo messaggio in tema rivolto alle Camere il 23 luglio 2002. La libertà di manifestazione e di diffusione del proprio pensiero rappresenta, per questo, la «pietra angolare dell'ordine democratico», per citare l'icastica espressione della Corte Costituzionale[20]. L'obiettivo che, non a caso, attraversa la giurisprudenza costituzionale in materia è sempre stato quello di assicurare – soprattutto nel settore radiotelevisivo – il valore fondamentale del c.d. pluralismo informativo. Se si ascolta una sola voce, infatti, si finisce per credere a ogni promessa, a ogni suggestione. Non a caso, le moderne dittature del Novecento si sono basate sull'ascolto della radio che trasmetteva, direttamente e senza mediazioni o interlocuzioni, la parola del tiranno.

È muovendo dall'art. 21 Cost. che l'interpretazione svolta dalla Corte Costituzionale è arrivata a edificare il principio del pluralismo informativo, nella sua triplice accezione di 1) libertà (*attiva*) di informazione, 2) libertà (*passiva*) di essere informato, 3) libertà (*riflessiva*) di informarsi. E a riconoscergli lo speciale statuto di principio supremo, come tale sottratto anche alla disponibilità di qualunque

---

[17] A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, 1999 [ma 1835-1840].

[18] L'immagine, ripresa quasi alla lettera, è di Marco Pannella: cfr. PANNELLA con ROLANDO, *Le nostre storie sono i nostri orti (ma anche i nostri ghetti)*, Milano, 2009, 145.

[19] È ancora A. DE TOCQUEVILLE, *op. cit.*, a rilevarlo.

[20] Corte Costituzionale, sentenza n. 84/1969.

maggioranza, per quanto qualificata, perché iscritto nel genoma della Carta Costituzionale[21].

Così interpretato, il nostro ordinamento costituzionale si allinea ad altre fonti transnazionali più esplicite della nostra Costituzione: l'art. 10.1 CEDU («Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche [...]») e, ora, l'art. 11 della Carta di Nizza (che ricalca la disposizione della CEDU con una aggiunta significativa: «La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati»).

Eppure, quanto a libertà di espressione e pluralismo informativo, il nostro Paese non se la passa certo bene. Il rapporto 2012 di *Freedom House* ha confermato il declassamento dell'Italia da paese "libero" (*free*) a "parzialmente libero" (*partly free*), unico caso nell'Europa occidentale insieme alla Turchia. Ci troviamo così retrocessi, su scala mondiale, al 91° posto, dopo la Guinea-Bussau. Pesa, soprattutto, che quello italiano sia il penultimo posto in Europa (solo la Turchia sta peggio di noi).

L'introduzione di nuove forme di censura (veicolata attraverso altri reati di opinione, perché tali sono quelli che si prefigurano all'orizzonte: *infra* §6) non potrà che farci ulteriormente retrocedere in classifica.

5. Un esempio (tanto per capirci)

M'inoltro così per una via che – temo – mi precluderà il consenso dei più. Posso capirlo: le ragioni sembrano, infatti, stare tutte dall'altra parte.

Lo stesso Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in occasione della Giornata Mondiale contro l'Omofobia celebrata il 17 maggio 2011, ha richiamato alla necessità di denunciare e contrastare in tutte le sedi, con fermezza e costanza, «le provocazioni verbali» omofobe, ammonendo a non sottovalutare «i rischi che l'abitudine all'uso nel discorso pubblico di allusioni irriverenti, lesive della dignità delle persone, contribuiscano a nutrire il terreno sul quale l'omofobia si radica. L'ostentazione in pubblico di atteggiamenti di irrisione nei confronti degli omosessuali è inammissibile in società democraticamente adulte».

In realtà, la linea che divide i buoni dai cattivi, il giusto dall'ingiusto, non è mai così netta come sembra. Ne volete una dimostrazione?

Nel febbraio 2006 – come certamente ricorderete – esplose il caso delle "vignette sataniche" pubblicate da un giornale danese (poi degenerato in scontri di piazza in Siria, in Libano, in Afganistan, in Turchia, con i suoi morti e le ambasciate di Danimarca e d'Italia devastate). La vicenda è un caso esemplare di conflitto tra libertà di espressione e tutela dell'identità di un gruppo (offeso nel proprio sentimento religioso). Vi invito a rileggere le motivazioni con le quali all'epoca, anche in

[21] Per una visione d'insieme sul tema cfr., da ultimo, GARDINI, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2009.

Occidente, si espresse comprensione per il risentimento violento dei musulmani. Eccone un breve, ma eloquente repertorio.

L'*Osservatore romano* ammonisce che non si può invocare la libertà e l'arte quando «in loro nome si colpisce la dimensione più profonda delle persone e si offende la loro sensibilità di credenti. Il diritto a esprimere la propria opinione non può andare a scapito della dignità e della coscienza degli altri». Le vignette sono «risultate offensive per milioni di credenti. La loro coscienza religiosa e la loro sensibilità offesa esigono il nostro rispetto. Lo stesso attaccamento alla nostra fede ci chiede di deplorare quanto di irriverente e blasfemo è contenuto» in quei disegni.

Secondo il rabbino capo ashkenazita di Israele «ogni persona religiosa di questo mondo si sente offesa da pubblicazioni del genere [...]. Se avessero dileggiato il nostro Mosè o i profeti non saremmo forse rimasti anche noi sconvolti?». Sarebbe favorevole alla libertà di critica, naturalmente, ma «in questo caso non c'è critica, bensì offesa».

Anche il rettore della Pontificia Università Lateranense esprime analoga preoccupazione: «Quando si toccano Gesù, la Madonna, non si toccano fatti personali, non si può fare quello che si vuole [...].Viviamo in mezzo a cattolici, ebrei, musulmani, indù, e ciascuno ha diritto a essere rispettato [...]. Non si può irridere, non si può offendere la sensibilità religiosa».

Lo stesso teologo Hans Kung, talvolta in odore di eresia, rincara la dose: «Non ci si può richiamare semplicemente alla libertà di pensiero e di stampa [...]. Bisogna prevedere reazioni corrispondenti, quando si attacca una persona che per centinaia di milioni di uomini e donne è tuttora viva e non una persona qualsiasi ma, per così dire, quella più in alto sotto Dio».

Confesso: vi ho ingannati. Ho deliberatamente barato. Le citazioni riferite dell'*Osservatore romano*, del rabbino capo di Israele, del rettore della Pontificia Università Lateranense, dello stesso Hans Kung, non sono del febbraio 2006. Risalgono al 1989, e commentano (giustificandola!) la *fatwa* formulata dall'ayatollah Khomeini nei confronti di Salman Rushdie, autore dei versetti satanici ritenuti offensivi nei confronti della verità dell'Islam[22].

Com'è stato osservato[23], ora come allora, uniti in una rinnovata Santa Alleanza, gli esponenti delle tre religioni del libro invocano all'unisono il dovere del rispetto per gli altri, il principio che esige riconoscimento per la diversità culturale e per le convinzioni religiose di ciascuno. In nome della tolleranza, insomma, non si possono tollerare ieri i versetti satanici, oggi le vignette sataniche.

Come volevasi dimostrare. Dietro gli accattivanti ragionamenti, spesso avanza una pretesa perentoria: in nome del diritto di un gruppo a non sentirsi offeso, si auspica l'esercizio della censura (o, peggio, dell'autocensura) *urbi et orbi.*

Se si decidesse di fare un giornale che non offenda nessuno, ci si dovrebbe limitare alle previsioni del tempo, e «se tutto ciò che offende qualcuno va bandito, ben

---

[22] RUSHDIE, *I versi satanici*, Milano, 1988.

[23] Da FLORES D'ARCAIS, *Etica senza fede*, 1992, 133-136 (anche per l'antologia delle citazioni del 1989 riportate pocanzi nel testo).

pochi testi (e di scarso interesse) potranno sottrarsi alla proibizione universale»[24]. E una vignetta, per quanto empia, falsa, offensiva, razzista, ha diritto alla pubblicazione: «questo dice la libertà di espressione se presa sul serio», come si deve in una società aperta.

La libertà di espressione va dunque salvaguardata, poiché la degenerazione di un ordinamento democratico in un regime ideologicamente chiuso – come diceva Gaetano Salvemini – avviene gradualmente, e te ne accorgi quando si è ormai consumata.

6. I reati di opinione

Il difficile rapporto tra discorsi di odio e libertà di espressione va dunque impostato correttamente. Non è un problema di *contenuti* (la libertà di espressione si apre a ombrello su qualunque asserzione e opinione, vera o falsa che sia) ma di *modalità* repressive. La mia tesi è che il ricorso indiscriminato alla leva penale, pensato come farmaco, si converta nel suo contrario, in un virus contagioso e recidivante. Del resto, in greco, la parola «*pharmakon*» è ambivalente: significa «*rimedio*» ma anche «*veleno*».

Non sono il solo a paventarlo. Anche chi, nella dottrina penalistica, ha più di altri argomentato a favore delle recenti proposte di legge Concia-Di Pietro (A.C. 1658-1882), Soro (A.C. 2802), Di Pietro (A.C. 2807)[25], riconosce testualmente «l'esigenza che il legislatore penale tenga ben fermo il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero, evitando la creazione di nuove ipotesi di reato d'opinione»[26].

Nei reati d'opinione l'elemento materiale è costituito dall'espressione di un pensiero, un giudizio, una valutazione, un sentimento che è sanzionato *indipendentemente* dalla protezione di un bene costituzionalmente rilevante (quale l'onore o la reputazione altrui o un diverso diritto fondamentale di titolarità di un altro individuo). La loro *ratio* è quella di limitare il libero confronto e la continua circolazione delle idee, *quale esse siano*, prefigurando così una democrazia "protetta" che esclude legittimazione a determinate opinioni *in quanto tali*[27].

Piaccia o non piaccia, a tale categoria sono riconducibili anche le proposte «di incriminare la diffusione di idee omofobiche o l'istigazione a porre in essere

---

[24] Ancora FLORES D'ARCAIS, *op. cit.*, 135, anche per la citazione testuale successiva.

[25] Per un'utile sinossi di tali progetti legislativi vedi il *dossier* elaborato da ROTELLI per i lavori del presente seminario, *Dispensa per i partecipanti – La legge Mancino-Reale e le proposte di legge nella XVI legislatura*, pubblicato in questo stesso volume.

[26] DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, 25.

[27] Proprio per questa loro matrice ideologicamente proibizionista, non sono mancati tentativi per rimuoverli dal nostro ordinamento attraverso il ricorso allo strumento del referendum abrogativo popolare: dal primo tentativo, fallito sul nascere, promosso da Magistratura Democratica (1970-1971), al referendum radicale (promosso nel 1974) mirante all'abrogazione dei reati politici e sindacali d'opinione, fino al quesito per l'abrogazione della Legge Reale (1978) sconfitto nelle urne: cfr. BARBERA-MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 32-34, 52-55, 59-67.

discriminazioni fondate sugli orientamenti sessuali delle persone», se punita anche «quando risulti "sterile", non sia cioè seguita dall'effettivo compimento di atti discriminatori»[28].

Diversamente dall'evangelico cammello, simili reati non riescono a passare attraverso la cruna dell'ago rappresentato dall'art. 21 Cost. Vediamo perché.

7. Democrazie protette e democrazie aperte (qual è la nostra)

La prima ragione di perplessità nasce dal fatto che la nostra Costituzione traccia il profilo non di una democrazia "protetta" ma "aperta".

Intendiamoci. "Aperta" non vuol dire ingenuamente irenica. La nostra democrazia costituzionale è intollerante nei confronti degli intolleranti: ma considera tali chi ricorre alla violenza materiale (e non coloro che esprimono pensieri violenti). Si spiega così – nella nostra Carta costituzionale – il riferimento al «metodo democratico» dell'art. 49 sui partiti politici, il divieto di associazioni segrete o paramilitari dell'art. 18, come anche il «divieto di ricostituzione del partito fascista» della XII disposizione transitoria finale. Sono tutte previsioni costituzionali che ci ricordano come il confronto politico, sociale, ideologico all'interno dello Stato democratico pluralista usano un solo strumento: il dialogo.

I reati di opinione alterano questa geometria. Storicamente, essi nascono proprio come strumenti di repressione del dissenso politico[29]. E vorrà pur dire qualcosa se ciò vale anche per quelle fattispecie penali (l'incitamento all'odio razziale, religioso e nazionale) che rappresentano il calco degli inediti reati ora auspicati contro l'omofobia e la transfobia: furono, infatti, introdotti non a tutela di minoranze svantaggiate ma per difendere la razza, la religione, il sentimento nazionale maggioritari[30].

Questo peccato originale è indelebile. Lo conferma la recente vicenda legislativa – politicamente strumentale – della l. 24 febbraio 2006, n. 85, contenente «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione». La decisione di mitigare o di abrogare taluni reati di opinione dal nostro ordinamento penale, infatti, poco ha avuto a che fare con autentiche finalità garantiste. Molto, invece, ha pesato la volontà di incidere sull'esito di processi penali in corso che coinvolgevano esponenti di un partito di governo (la Lega Nord), accusati di vilipendio alla bandiera o, addirittura, già condannati in primo grado per incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi etnici[31].

Sia detto incidentalmente. Lo scarto tra il disegno costituzionale e l'ordinamento penale vigente è tale che i reati di opinione continuano a essere tanti,

---

[28] Ancora DOLCINI, *op. cit.*, 25.

[29] Cfr., per tutti, FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972.

[30] Cfr. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in *Informazione Potere Libertà*, a cura di AINIS, Torino, 2005, 59 ss.

[31] Lo segnala realisticamente LAMARQUE, *I reati di opinione*, in AAVV, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006,153-154.

ancora oggi[32]. La non uniforme applicazione giurisprudenziale molto dipende dalla loro dubbia offensività e dall'avversione culturale di larga parte della magistratura nei loro confronti: tutto ciò spesso si traduce in mancata denuncia, mancato esercizio dell'azione penale, mancato avvio del relativo procedimento.

Questa soluzione *fai-da-te* finisce però per configurare una lesione alla certezza del diritto, all'eguale trattamento davanti alla legge e – ovviamente – alla libertà di espressione. Nessuno può escludere che un esito simile si prefiguri anche per quei "nuovi" reati di opinione pensati per colpire discorsi di odio omofobico e transfobico.

8. A proposito dei connotati strutturali del diritto penale liberale

Seconda ragione di perplessità. Mi domando se tali inediti reati siano coerenti con il volto costituzionale del diritto penale proprio di uno Stato di diritto liberale (qual è il nostro). Il problema non è tanto nella difficoltà, non insuperabile, di formulare una disposizione rispettosa del principio di tassatività-determinatezza della fattispecie penale. I dubbi stanno altrove.

L'uso della sanzione penale della reclusione deve rappresentare un'*extrema ratio*, cui ricorrere solo quando non sono possibili o si rivelano inefficaci altre modalità di prevenzione. Ci si potrebbe allora domandare, ad esempio, se non si riveli più efficace, in luogo della repressione penale, l'introduzione di azioni positive d'informazione e di formazione (sui temi dell'omofobia, come anche della xenofobia e della Shoah) o la trasformazione in pena base della sanzione accessoria consistente in mirati lavori di pubblica utilità (che taluni disegni di legge contemplano).

Analogamente, il ricorso al diritto penale non può avvenire in chiave simbolica, attraverso norme-manifesto chiamate così a svolgere una funzione tutta astratta e squisitamente ideologica: «il rapporto fra diritto penale e norme di cultura dev'essere esattamente l'opposto di quanto postulato da entusiastici fautori di un diritto penale pedagogico», perché «il diritto penale non deve sedimentare valori con la minaccia della spada, ma deve tutelare i valori che si sono già sedimentati con il consenso ed il dialogo», come già kantianamente insegnato ne *La metafisica dei costumi*[33].

Quando il legislatore penale ha voluto vestire i panni del pedagogo, è andata male e non è servito a nulla. Ad esempio, è accaduto con l'aggravante di clandestinità, dichiarata illegittima dalla sentenza costituzionale n. 249/2010. O con l'introduzione del reato di infibulazione, per di più accompagnato da una dosimetria sanzionatoria

---

[32] Un catalogo molto lungo (eppure non esaustivo) di simili reati è utilmente compilato da LAMARQUE, *op. cit.*, 135-136.

[33] Così FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, Milano, 2008, 194.

spropositatamente elevata (rispetto alla analoga fattispecie di lesioni personali gravi e gravissime[34]), mai applicata a quanto mi consta[34 bis].

Aggiungo, infine, che – senza aderire alla teoria dell'esistenza di materie privilegiate nella manifestazione del pensiero[35] – un ipotetico "nuovo" reato di opinione non riesce a superare la previsione dell'art. 33, 1° comma, Cost. che introduce una tutela rafforzata per la libertà di ricerca storico-scientifica: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento». Il legislatore penale del futuro dovrà farsene una ragione (e noi con lui). Quella previsione costituzionale è uno scudo che offre riparo – per dire – a una conferenza del "filosofo" Rocco Buttiglione sulla dimensione immorale e contronatura dell'omosessualità; come anche una lezione universitaria degli storici negazionisti Irwing, Nolte, Moffa sull'inesistenza dei campi di sterminio; come pure la scrittura e la pubblicazione di uno studio sociologico che teorizzi la dottrina del dominio eterosessuale e la necessità di barriere fondate sull'orientamento sessuale. Paccottiglia culturale e scientifica, certamente, ma egualmente scudata dalla libertà di ricerca costituzionalmente garantita.

9. Il limite implicito dell'ordine pubblico ideale

La difficoltà a trovare un fondamento costituzionale a reati che sanzionino discorsi di odio spinge a fare leva sull'esistenza dei c.d. limiti *impliciti* alla libertà di espressione. Il suo esercizio, infatti, può essere circoscritto se e quando è necessario salvaguardare altri diritti, beni, interessi di rango costituzionale. È la logica del bilanciamento dei diritti, che deve trovare composizione caso per caso, attraverso la prevalenza dell'uno senza sacrificare l'altro oltre la misura del ragionevole.

Accettiamo l'indicazione metodologica. E mettiamoci alla ricerca di quale limite logico possa tornarci utile[36]. Mi (e vi) domando: può essere invocato il limite dell'ordine pubblico ideale, inteso quale complesso dei principi e degli interessi costituzionalmente tutelati compendiabili nel valore della democrazia? Lo nego. Anzi, nella sua invocazione, intravedo motivi d'inquietudine.

La Costituzione riconosce e tutela la libertà di espressione per la sua natura *individualistica.* Ciò significa che il diritto di manifestare il proprio pensiero «è garantito

---

[34] Osserva ancora FORNASARI, *op. cit.*, p. 194, che «caricare autori di reati già puniti di un poderoso aumento di pena per ravvivare un dibattito che langue e per convincere i consociati del valore di un bene già opportunamente tutelato è, per un giurista liberale, né più né meno che una bestemmia». Sottoscrivo.

[34 bis] Vedi, tuttavia, Corte Appello Catania, sentenza 27 novembre 2012 e Tribunale di Cagliari, ordinanza 3 aprile 2013, che individuano negli atti di mutilazione genitale femminile il presupposto per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (come già ipotizzato in dottrina: cfr. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., 223-225). Entrambe le decisioni sono consultabili in www.magistraturademocratica.it.

[35] Cfr. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 45 ss.

[36] Ricalcando così il metodo d'indagine già efficacemente applicato in dottrina al tema affine del rapporto tra art. 21 Cost. e reato di negazionismo: cfr. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 519 ss.

al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato»[37]. Si tratta di una linea del Piave che va presidiata, se si ha a cuore la massima libertà di espressione. Infatti, qualora la manifestazione del pensiero fosse ricostruibile giuridicamente come libertà funzionale alla democrazia, saranno da vietare tutte quelle sue manifestazioni antidemocratiche. E ogni forza al potere tende sempre a qualificare tali le idee antagoniste alle proprie.

Ecco perché è un *boomerang* ricostruire la libertà di espressione come finalizzata a interessi generali. È ancora all'insegnamento di Alexis de Tocqueville che torna utile rifarsi: la libertà di stampa va apprezzata «per i mali che essa impedisce, molto più che per il bene che essa fa». Ritrovo alcune esemplificazioni di questi "mali" nella raccolta di scritti, ristampati di recente, di Mark Twain dedicati alla libertà di stampa[38]: laddove lo scrittore americano ricorda, pensando ai giornali, che «una bugia detta bene è immortale». Oppure quando osserva come «non c'è nulla che [la stampa] non possa fare. Nulla è al di sopra o al di sotto della sua portata. Può trasformare i cattivi principi in buoni, e i buoni in cattivi; può annientare ogni principio, e poi ricrearlo; può abbassare gli angeli al livello dell'uomo ed elevare gli uomini ad angeli. E può realizzare uno qualunque di questi miracoli in un solo anno, e anche in sei mesi».

La libertà di stampa, dunque, presenta un conto per il suo possibile esercizio. E può essere un prezzo salato: i giornali vicini al potere possono omettere notizie sgradite o presentarle in una luce diversa da quella adottata dalle testate di opposizione. Eppure è solamente questa possibilità a rendere praticabile il contrario. È solo facendo leva sulla natura individualistica della libertà di manifestazione del pensiero che è possibile sostenere l'illegittimità – in linea di principio – di disposizioni dell'autorità pubblica che volessero comandare il silenzio stampa per motivi di pubblico interesse o che, al contrario, volessero imporre la pubblicazione di talune notizie gradite al potere con la scusa che sono di interesse generale.

10. Il limite implicito del principio di eguaglianza

Potrebbe invocarsi il diverso limite implicito alla libertà di manifestazione del pensiero rappresentato dal principio di eguaglianza, *ex* art. 3, 1° comma, Cost., laddove vieta ogni discriminazione in ragione – ad esempio – del sesso?

Vi propongo un ragionamento apagogico. L'art. 3 Cost. vieta distinzioni irragionevoli basate sul sesso, sulle condizioni personali e sociali, sulla fede religiosa. Sarebbe per questo legittimo punire chi affermi la superiorità della donna sull'uomo (o viceversa), del povero sul ricco (o viceversa), dell'imprenditore sull'operaio (o

---

[37] Come insegnava ESPOSITO nel suo fondamentale volume *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958. E come ribadiscono PACE-MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da BRANCA e continuato da PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006, fin dal sottotitolo del volume: *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*.

[38] TWAIN, *Libertà di stampa*, Prato, 2010, antologia di scritti pubblicati (alcuni anche postumi) tra il 1867 e il 1923.

viceversa)? Commetterebbe reato chi proclami vera una religione e false le altre? È facile argomentare da maramaldo, su questo punto. Forse che perfino taluni luoghi comuni (gli adolescenti bamboccioni, i fuoricorso sfigati, i commercianti evasori, i carabinieri beoti, gli impiegati pubblici scansafatiche) saranno da considerarsi manifestazione di un pensiero irragionevolmente discriminatorio di categorie di persone? Che tipo di dibattito (politico, sociale, religioso, culturale) si potrebbe mai sviluppare all'interno della sfera pubblica[39]? La libertà di espressione, è ovvio, sarebbe recisa in radice.

11. Il limite implicito della dignità umana

Cambiamo passo. Per punire penalmente i discorsi di odio viene spesso invocato a giustificazione il limite implicito del rispetto della dignità umana, principio costituzionale riconducibile agli artt. 2, 3, 19 e 21 della Carta fondamentale.

Già sono contemplate fattispecie penali – come l'ingiuria, la diffamazione, il vilipendio – miranti a reprimere opinioni lesive della dignità concreta della singola persona offesa. Potrebbero allora bastare, specie se accompagnati da una specifica aggravante. Viceversa, i "nuovi" reati d'opinione (in tema di negazionismo, omofobia, xenofobia) chiamano in causa la tutela di una dignità umana *collettiva*, sganciata dalla dimensione individuale: un'idea astratta di dignità umana, dalla non facile declinazione.

C'è dell'altro. Punire una manifestazione di pensiero in nome della tutela della dignità umana introduce un cortocircuito, perché anche l'esercizio della libertà d'opinione (che si vorrebbe limitare) è essa stessa esplicazione della dignità umana *individuale* della persona concretamente accusata di diffondere discorsi di odio in contrasto con un'idea *collettiva* di dignità umana[40].

Chi ritiene che fattispecie incriminatrici del pensiero siano consentite dall'esigenza di proteggere una certa concezione della dignità umana astrattamente intesa, dovrebbe almeno farsi carico di proporne una formulazione che contempli una sorta di bilanciamento *ad hoc* affidato al giudice in sede applicativa: le manifestazioni in astratto punibili, lo sarebbero in concreto solo se – per i modi usati, il pubblico destinatario, il collegamento con dibattiti in corso – non si debba invece far prevalere l'esercizio della libertà di espressione.

---

[39] Le osservazioni, solo apparentemente provocatorie, sono tratte – quasi testualmente – da AMBROSI, *op. cit.*, 528, e da LAMARQUE, *I reati di opinione*, cit., 147.

[40] Così, acutamente, AMBROSI, *op. cit.*, 533.

12. Dalla parola all'azione

Si è visto come il richiamo a limiti *impliciti* alla libertà di espressione non permetta di percorrere molta strada. Proviamo allora a fare leva sui c.d. limiti *logici* alla libertà di espressione.

È la strategia argomentativa adoperata nella giurisprudenza costituzionale per "salvare" reati di opinione quali l'istigazione, l'apologia, la propaganda sovversiva: la manifestazione del pensiero non è più tale (cioè non è riconducibile logicamente a tale categoria) quando si risolve in un (principio di) azione. Qui il rapporto tra parola e condotta materiale è così diretto e immediato da non godere più della garanzia dell'art. 21 Cost. Si tratta di una convinzione talmente radicata da essere oramai entrata nel linguaggio comune con la confidenza di un proverbio: «*Le parole sono pietre*»; «*Ne uccide più la parola che la spada*»[41].

A prenderla sul serio, dovremmo allora accusare d'istigazione a disobbedire alle leggi militari Bertolt Brecht per tutti suoi testi antimilitaristi, come – ad esempio – la poesia *Sul muro:*

> Sul muro c'era scritto col gesso
> viva la guerra.
> Chi l'ha scritto
> è già caduto.
> Chi sta in alto dice:
> si va verso la gloria.
> Chi sta in basso dice:
> si va verso la fossa.
> La guerra che verrà
> non è la prima. Prima
> ci sono state altre guerre.
> Alla fine dell'ultima
> c'erano vincitori e vinti.
> Fra i vinti la povera gente
> faceva la fame. Fra i vincitori
> faceva la fame la povera gente egualmente.
> Al momento di marciare molti non sanno
> che alla loro testa marcia il nemico.
> La voce che li comanda
> è la voce del loro nemico.
> E chi parla del nemico
> è lui stesso il nemico.

A prendere sul serio la teoria della parola che si trasforma in azione, sarà sempre punita la libertà di espressione capace di trasmettere una critica seria, composta, documentata, penetrante, persuasiva: capace, cioè, di indurre al fare. E la libertà di espressione coprirebbe solo la manifestazione del pensiero innocuo.

---

[41] Che è un modo di dire di matrice anglosassone, basato sul gioco di parole *word* (parola) e *sword* (spada) di cui, purtroppo, si smarrisce l'effetto nella traduzione italiana.

La distinzione tra puro pensiero e principio di azione si rivela inappagante anche se adoperata *in bonam partem* per circoscrivere l'ambito di applicazione di taluni reati di opinione, condizionandone la legittimità a una loro interpretazione conforme a Costituzione. Non è detto, infatti, che tale soluzione interpretativa riesca a imporsi tra i giudici penali[42], anche quando avvalorata da un pronunciamento della Corte Costituzionale[43]. Così come lo slittamento dal diritto penale *scritto* al diritto vivente giurisprudenziale può mettere a rischio le esigenze basiche della certezza del diritto e della tassatività-determinatezza della fattispecie penale[44].

13. Il limite implicito degli obblighi internazionali pattizi

Eppure, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si rivela largamente assolutoria nei confronti di scelte penali nazionali sanzionatrici di discorsi di odio[45]. Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è prevista una specifica relazione della collega Valentina Cuccia, autrice di un prezioso volume in argomento[46]. Da costituzionalista, mi sia concesso solo un rilievo. Non si può invocare – a giustificazione dei "nuovi" reati di opinione – il rispetto degli obblighi internazionali pattizi, oggi imposto alla legislazione nazionale dall'art. 117, 1° comma, Cost.

Per un verso la Corte Costituzionale (con le note sentenze nn. 348 e 349/2007) ha escluso che la legge debba dare esecuzione a trattati internazionali che implichino la posizione di norme in contrasto con una qualsiasi disposizione della Costituzione.

Per altro verso è vero che, in ambito CEDU, la Corte di Strasburgo ritiene in linea di massima compatibili la libertà di pensiero o di espressione (artt. 9 e 10 della

---

[42] Ad esempio, è quanto accade per il reato di pubblica istigazione al genocidio e di apologia del medesimo delitto, *ex* art. 8, l. 9 ottobre 1976, n. 962: cfr. le opposte pronunce della Cass. Pen., Sez. I, 29 marzo 1985, n. 507 (di condanna) e della Corte d'Assise di Milano, 14 novembre 2001 (di assoluzione).

[43] Cfr., con riferimento al tema specifico dei reati di opinione, LAMARQUE, *op. cit.*, 149-155 e, in una prospettiva sistemica, ID., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma, 2012, 116-127.

[44] Sia consentito il rinvio a PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 4219-4229.

[45] Si vedano, da ultime, le sentenze 16 luglio 2009, *Feret c. Belgio,* ric. n. 15615/07, e 2 ottobre 2012, *Rujak c. Croazia,* ric. n. 57942/10 (quest'ultima, peraltro, nonostante il caso esulasse dalla problematica degli *hate speeches*), annotate criticamente da TANZARELLA, *Il limite logico alla manifestazione del pensiero secondo la Corte europea dei diritti*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 17 gennaio 2013; della stessa Autrice vedi anche ID., *L'*hate speech *nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche*, a cura di TEGA, Roma, 2011, 151 ss.

[46] CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007. Rinvio anche al lavoro monografico di CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011. Il tema della tutela dell'orientamento sessuale è stato fatto oggetto di ampie indagini in chiave comparata: cfr. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007; WINKLER e STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*e, Milano, 2011; VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012. Più in generale, per un inquadramento anch'esso comparatistico del tema delle discriminazioni e dei relativi meccanismi di tutela, cfr. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008; TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, *cit*.

Convenzione) con la repressione di discorsi di odio (ad esempio razzisti o xenofobi). E tuttavia va ricordato che la tutela apprestata dalla CEDU (ai sensi dell'art. 53 della Convenzione) rappresenta uno *standard* minimo comune a tutti i Paesi parte del Consiglio d'Europa, che non mette in discussione il livello di tutela nazionale se più elevata. E, per quanto concerne l'Italia, in tema di libertà d'espressione è ben più garantista l'art. 21 Cost. delle corrispondenti norme convenzionali.

Non diversamente sul versante comunitario, senza dover invocare la teoria dei controlimiti, sarà sufficiente ricordare quanto lo stesso Parlamento europeo avverte nella sua risoluzione approvata il 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'UE: «Gli Stati membri non possono ridurre il livello delle garanzie offerte nelle proprie costituzioni in merito a determinati diritti con il pretesto che la Carta [di Nizza] offre in materia un livello di protezione ad esse inferiore»[47].

14. Le trappole del vittimismo (dell'odiante) e del conformismo

C'è un'ultima ragione che m'induce a dissentire con la proposta di affidare alla legge penale la risposta ai discorsi di odio. È la trappola del vittimismo di chi fa discorsi di odio. È quell'eterogenesi di fini che trasforma gli omofobi (ma anche gli xenofobi, i negazionisti, i razzisti) in martiri della libertà di pensiero. Anche per evitare tale capovolgimento di ruoli, «non è né col codice penale né con i "giorni della memoria" che si fa fronte alla pulsione a ripetere gli orrori del passato o addirittura a farne l'apologia»[48].

Analogamente, pavento il rischio della deriva conformista. Sia pure a fin di bene (materiale di cui, com'è noto, sono lastricate le vie dell'inferno) il pericolo è di inibire la libertà di espressione, orientandola verso la costruzione di un comune sentire. Il buon senso muta così, insidiosamente, in senso comune, anticamera dell'omologazione del pensiero, perché «conformarci è nella nostra natura. È una forza alla quale pochi riescono a resistere. E dove risiede? Nell'esigenza innata dell'approvazione di sé. Questa si ottiene dall'approvazione altrui. E il risultato è il conformismo»[49].

Se useranno violenza materiale, andranno certamente processati e puniti. Se, invece, si limiteranno all'uso violento della parola, meglio lasciarli farneticare, i tanti razzisti, omofobi, antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé. E avere fiducia nella dialettica che Platone chiamava – nel *Sofista* – «la scienza degli uomini liberi». Come nella corrosiva vignetta di Tullio Altan che rappresenta il dialogo tra due persone: «*Io non sono stronzo*», «*Negazionista, eh?*».

---

[47] Punto 6 della citata Risoluzione.

[48] PROSPERI, *Se il negazionismo diventa un reato*, in *la Repubblica* del 16 ottobre 2011.

[49] È ancora TWAIN, *op. cit.*, a rammentarcelo.