

Il presente contributo è destinato ad essere pubblicato nella raccolta di scritti in onore di Gianni Ferrara

## **L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato.**

*di Michela Manetti (Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Siena)*

### **1. Introduzione**

Quando si parla di incitamento all'odio razziale, si intende di regola una forma di propaganda diretta contro le minoranze storicamente discriminate (anche per motivi di nazionalità o di religione).

Non bisogna tuttavia dimenticare che la sanzione penale dell'incitamento all'odio è nata, in determinati contesti, per proteggere la razza (o religione, o nazionalità) maggioritaria o privilegiata; e che anche là dove si è riscattata da questa ipoteca, viene spesso usata per punire le contestazioni dello *status quo* provenienti dalle minoranze svantaggiate.

Quando l'idea dell'eguaglianza si affaccia nella prassi dei soggetti sociali porta inevitabilmente con sé una forma di ostilità verso i gruppi privilegiati. In passato questi hanno potuto limitarsi a ribadire le ragioni della propria superiorità, e ad accusare gli altri di ribellione all'ordine costituito. La propaganda egualitaria è stata così equiparata al discorso sovversivo: dagli Stati schiavisti che proibivano la propaganda abolizionista<sup>1</sup>, dalla Germania imperiale e dall'Italia fascista che proibivano l'incitamento all'odio di classe<sup>2</sup>, come vere e proprie forme di sedizione.

In altri contesti l'incitamento all'odio è stato invece considerato un attentato all'unità della Nazione, al sentimento di fratellanza che deve regnare all'interno della collettività, superando le divisioni e i conflitti che la attraversano. Oppure, meno retoricamente, è stato visto come un pericolo per l'ordine

---

<sup>1</sup> Cfr. W. B. FISCH, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, Relazione al Convegno di Brisbane (*infra* nota 5), 20 s.

<sup>2</sup> Art. 131 del codice penale tedesco del 1871; art. 415 del codice Rocco (manipolato dalla sentenza n. 108 del 1974 della Corte Costituzionale col richiedere che l'istigazione all'odio tra le classi sociali sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità).

pubblico, inteso a ricomprendere i presupposti ideali, emotivi e sentimentali dell'armonia collettiva<sup>3</sup>. In questi casi la disciplina non è più apparsa a senso unico, ma si è rivolta "imparzialmente" a tutti i gruppi o "parti della popolazione", senza distinguere tra i dominanti e i discriminati, che pure si trovano in posizioni assai diverse.

L'attenzione che gli ordinamenti contemporanei dedicano ai profili sostanziali dell'eguaglianza pone oggi in tutt'altra luce l'incitamento all'odio razziale : non solo come possibile fonte di disordini e di violenze, ma anche come causa della perdurante inferiorità di fatto in cui versano determinati gruppi.

L'esigenza di riscattare la sorte di questi ultimi, creando un ambiente dal quale siano banditi il pregiudizio e la discriminazione rappresenta dunque un obiettivo immanente<sup>4</sup>. Esso deve però fare i conti con alcuni ostacoli, che attengono alla natura dell'incitamento all'odio come reato di opinione : da un lato, con la necessità di ancorare questo tipo di incriminazione al principio di offensività, ovvero alla effettiva necessità di tutela di beni costituzionalmente protetti ; dall'altro con la possibilità di dedicare questa tutela alle sole minoranze, derogando alle regole dell'eguaglianza formale.

I diversi ordinamenti hanno cercato di risolvere questi problemi, almeno in un primo tempo ; in seguito (con l'unica eccezione degli Stati Uniti) hanno preferito aggirarli facendo appello alla disciplina adottata in sede internazionale, che ha conferito un valore universale alla lotta al razzismo - con qualunque mezzo condotta -<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> M. TARDU, *La protection juridique des groupes sociaux contre la propagande d'hostilité*, in *Rev. int.dr. pen.* 1956, 63 ss.

<sup>4</sup> G. FERRARA, *Dell'eguaglianza*, in M. LUCIANI ( a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Laterza 1994, 27 ss.

<sup>5</sup> Una panoramica sul tema dell'incitamento all'odio razziale è ora offerta dagli *Atti del XVI Congresso internazionale di diritto comparato*, tenutosi a Brisbane nel 2002, che comprendono la Relazione generale di A. PIZZORUSSO, nonché le Relazioni riguardanti la Germania, la Francia, il Belgio, la Spagna, la Grecia, il Sud Africa, il Giappone, il Canada, gli Stati Uniti, l'Australia, e l'Italia (quest'ultima ad opera di Paolo Caretti), in [www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/menu.htm](http://www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/menu.htm). V. altresì la raccolta di saggi pubblicata nella *Rev. Trim Dr. H.* 2001, relativi a Svezia, Svizzera, Spagna, Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Lussemburgo, Italia, nonché alla Comunità europea. Sull'Italia si consultino anche A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, e P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione : un vecchio tema che torna d'attualità nella società multietnica*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali - Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, rispettivamente 651 ss. e 121 ss.

Come vedremo, i risultati in termini di eguaglianza sono stati piuttosto discutibili ; ciò che è più grave, essi rischiano oggi di venire completamente negati, a causa del clima di emergenza che ha fatto seguito all'11 settembre. Quando gli impulsi verso l'intolleranza non provengono più soltanto dal corpo sociale, ma anche dallo Stato<sup>6</sup>, il reato di incitamento all'odio razziale rischia invero di tornare alle origini, alla tutela dell'ordine costituito contro coloro che a torto o a ragione sono considerati i suoi nemici.

## 2. L'ordine pubblico nell'incessante adeguamento della legislazione britannica

Negli Stati liberali non esistevano remore sostanziali alla individuazione di reati di opinione. Come ha dimostrato lucidamente Rudolf Smend, il riconoscimento della libertà di pensiero era limitato dal concetto intrinsecamente ambiguo di "abuso", che rimandava alle ragioni di fondo (moralì e materiali) dell'ordinamento dato<sup>7</sup>. Qualsiasi scostamento del pensiero individuale dai valori dominanti poteva essere sanzionato, in quanto la legge lo ritenesse suscettibile di porre in pericolo – sia pure in via del tutto eventuale - l'ordine pubblico complessivamente inteso<sup>8</sup>.

Una volta acquisita la necessità di rendere tangibile o afferrabile la lesione derivante dai messaggi incriminati o – nei termini sostanzialmente equivalenti del diritto nordamericano - una volta acquisito lo scrutinio di pericolosità in materia di reati di opinione, l'ordine pubblico si è necessariamente "materializzato"<sup>9</sup>, ponendo in discussione la legittimità del reato di incitamento all'odio razziale. Questo infatti non mira tanto a prevenire la rottura della pace materiale, quanto la creazione di un'atmosfera di ostilità che può rivelarsi propizia al compimento di atti di violenza o di semplice discriminazione. La stessa definizione del danno che si vuole evitare in termini di "odio" o

---

<sup>6</sup> Cfr. quanto osservava a suo tempo M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quad.cost.* 1995, 439

<sup>7</sup> R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung* (1928), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1968, 96 ss. Segnalati originariamente dalla *Déclaration* del 1789 sono i limiti derivanti da : libertà altrui (art.4), convenzioni morali (art.5), ordine pubblico e sicurezza dello Stato (art. 10). Riassumendo questo assetto, lo Statuto albertino recitava "La stampa sarà libera, ma una legge ne reprimerà gli abusi".

<sup>8</sup> Sul concetto di ordine pubblico come sintesi di tutti i valori idonei a limitare la libertà di pensiero si consenta di rinviare a : M. MANETTI, *sub art. 21, I limiti oggettivi alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, in corso di pubblicazione.

<sup>9</sup> V. al riguardo A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch.giur.* 1963, 111 ss.

di "ostilità", emozioni assai difficili da definire, rende problematico il rispetto del principio di legalità delle fattispecie penali.

Il percorso seguito dalla legislazione britannica<sup>10</sup> simboleggia il conflitto mai sopito tra la necessità di mettere a fuoco il bene protetto dall'ordine pubblico, da un lato, e l'esigenza di combattere la propaganda razzista, dall'altro.

In prossimità della Seconda Guerra mondiale, alla disciplina del *seditious libel*, che puniva il diretto incitamento alla violenza o al disordine, fu affiancata una figura di reato appositamente diretta a rendere più agevole la repressione delle idee fasciste. Il *Public Order Act* (1936) punì la diffusione di messaggi minacciosi, aggressivi o offensivi (*"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.

In seguito, il riferimento al pericolo di rottura della pace si ritenne troppo restrittivo, e fu sostituito da una forma di tutela più anticipata, che tendeva a reprimere il semplice incitamento all'odio (*Race Relations Act* del 1965) ; fino a quando anche il requisito soggettivo dell'intento fu eliminato, mantenendo soltanto la necessità che il linguaggio usato fosse idoneo ad eccitare l'odio (*Race Relations Act* del 1976)<sup>11</sup>.

Poco tempo dopo è stato però ripristinato l'elemento intenzionale, esaltato anzi da una clausola molto garantistica (che rischia di rendere inutile la disciplina, come è la regola in materia di messaggi razzisti). La legge prevede ora che il reo non sia punibile se non è fornita la prova del dolo specifico, e se l'Autore non si rendeva conto che le sue espressioni potevano suonare come "minacciose o offensive" (*Public Order Act* del 1986)<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> V. l'accurata ricostruzione di P. M. LEOPOLD, *Incitement to Hatred – The History of a Controversial Criminal Offence*, in *Public Law* 1977, 389 ss.

<sup>11</sup> R. COTTEREL, *Prosecuting Incitement to Racial Hatred*, in *Public Law* 1982, 378 s., sottolinea che la prova dell'intento soggettivo era molto difficoltosa ; ma che anche la prova dell'idoneità oggettiva a suscitare l'odio ha creato in pratica non pochi problemi, dato che le Corti talvolta hanno ritenuto certe affermazioni razziste così disumane da provocare repulsione, anziché adesione, nell'uditorio.

<sup>12</sup> Art. 18.

La disciplina dell'odio razziale torna così a collocarsi nell'ambito di una legge intitolata alla tutela dell'ordine pubblico, nonostante non si tratti più di prevenire una rottura della pace materiale, com'era in origine, ma di impedire la diffusione di sentimenti di ostilità<sup>13</sup>.

La legge è d'altronde consapevole dei rischi che ciò comporta per la libertà di pensiero, come dimostra non solo la già citata clausola di non punibilità, ma anche le disposizioni di salvaguardia della attività radiotelevisiva, e della informazione (purché "corretta ed accurata") relativa ai dibattiti parlamentari<sup>14</sup>.

La previsione che l'azione penale possa essere iniziata soltanto con il consenso dell'*Attorney general* indica invece che il legislatore ha tenuto in conto tutte le circostanze che in concreto possono scongiurare di procedere per questi reati, lasciando all'Esecutivo il compito di valutarle caso per caso.

Tale norma viene criticata perché di fatto rilascia alla maggioranza di governo la fissazione dei confini della discussione legittima, e la possibilità di censurare soprattutto i messaggi provenienti dalle minoranze<sup>15</sup>. Quest'ultima evenienza (invero ricorrente in tutti gli ordinamenti che puniscono l'incitamento all'odio razziale) sembra farsi più concreta dopo l'approvazione dell'*Antiterrorism Crime and Security Act* che dopo l'11 settembre ha innalzato da due a sette anni la pena per tale crimine. Nella sessione dell'agosto 2003 il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale ha sollecitato peraltro l'estensione di tale crimine anche nei confronti dell'odio religioso, sottolineando gli episodi che dimostrano la crescente "islamofobia" seguita all'11 settembre<sup>16</sup>.

In definitiva, lo sforzo di correggere continuamente sulla base dell'esperienza le formulazioni normative non sembra aver condotto a risultati condivisi. La dottrina da un lato critica la vaghezza e ambiguità dei termini legislativi, (come lo stesso "odio"), che è inadatta a circoscrivere l'ambito dei messaggi vietati, e la nozione legislativa di ordine pubblico, considerata troppo astratta,

---

<sup>13</sup> Critica il ricorso all'ordine pubblico come fondamento degli interventi legislativi più disparati A.T.H. SMITH, *Public Order Law: The Government Proposals*, in *Public Law* 1985, 541 s.

<sup>14</sup> Art. 26 del *Public Order Act* del 1986.

<sup>15</sup> V. i casi molto significativi riportati da P.M. LEOPOLD, *op.cit.*, 395 ss. W. J. WOLFFE, *Values in Conflict: Incitement to Racial Hatred and the Public Order Act 1986*, in *Public Law* 1987, 91, propone di deferire tale potere al *Director of Public Prosecutions*, che sarebbe meno politicamente influenzabile.

<sup>16</sup> Cfr. United Nations, CERD/C/63/CO/11, in [www.justice.org.uk](http://www.justice.org.uk). L'incitamento all'odio per motivi di religione è punito esclusivamente in Irlanda del Nord, dove vige uno speciale *Prevention of Incitement to Hatred Act* (adottato nel 1970, rivisto nel 1981).

dall'altro mostra un'adesione di fondo alla incriminazione della propaganda razzista, in nome del "diritto a vivere in pace"<sup>17</sup>.

### 3. La diffamazione di gruppo nel diritto francese

La diffamazione "di gruppo" come fattispecie penale autonoma soffre della difficoltà di riferire il bene dell'onore ad una collettività non soggettivizzata, e del rischio di punire non una vera e propria offesa, ma una semplice manifestazione di opinioni, riferita in termini generalizzanti<sup>18</sup>.

Il legislatore francese ha tuttavia scelto di utilizzare l'onore dei gruppi come bene capace di sostenere e integrare la tradizionale tutela dell'ordine pubblico nei confronti della propaganda razzista<sup>19</sup>.

Con il decreto Marchandeu del 1939 (abrogato l'anno successivo, e tornato in vigore nel 1944) si prevedeva che il pubblico ministero potesse perseguire d'ufficio l'ingiuria o diffamazione rivolta ad "un gruppo di persone che appartengono per origine ad una determinata razza o religione", se l'offesa aveva "per scopo di eccitare l'odio tra i cittadini o abitanti"<sup>20</sup>.

A quel tempo era già diffuso in Europa il tentativo di utilizzare il reato di diffamazione per contrastare la propaganda razzista, ma i tribunali respingevano regolarmente le querele presentate, ritenendo che in tali casi non fossero legittimati ad agire né i gruppi, in quanto privi di personalità, né i loro membri, in quanto non espressamente menzionati nei messaggi incriminati.

Rare eccezioni venivano fatte per gruppi molto ristretti, e per i tipi di offesa aventi riguardo a caratteristiche irrefutabilmente comuni a tutti i membri del gruppo. Di fondo rimaneva la convinzione che l'onore collettivo non potesse essere altro che la somma dei beni di natura individuale, e che la lesione di tali beni fosse troppo incerta e variabile in relazione al sentimento di appartenenza al gruppo, o per converso alla volontà di integrarsi, nutriti da ciascuno<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>Cfr. nel primo senso W. J. WOLFFE, *op.cit.*, 85 ss.; nel secondo G. ZELLICK, *Public Order Law: Principles, Purposes and Problems*, in *Public Law* 1986, 183 s.

<sup>18</sup>La c.d. imputazione di *faits d'habitude*: cfr. M. TARDU, *op.cit.*, 67 ss.

<sup>19</sup>Per l'evoluzione della legislazione francese v. K. L. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and in the United States*, in *Comparative Politics* 2000, 399 ss.

<sup>20</sup>Art. 32, comma 2, art. 33 e art. 48 comma 6 della *Loi sur la liberté de la presse*.

<sup>21</sup>Cfr. M. WEHINGER, *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung*. Baden Baden, 1994, 32 ss.

Introducendo l'azione pubblica il legislatore eliminava questo ostacolo alla tutela dei gruppi ; ma allo stesso tempo – richiedendo nell'autore la finalità di provocare l'odio tra i cittadini o abitanti - la asserviva alla tutela dell'ordine pubblico. La protezione del bene dell'onore veniva usata in altre parole come sostegno per un'incriminazione che sarebbe parsa troppo anticipata rispetto alla tutela della pace materiale.

La legge non richiedeva infatti che il linguaggio usato o le circostanze concomitanti fossero idonee a rendere probabile o soltanto possibile un effettivo eccitamento all'odio<sup>22</sup>, ritenendo sufficiente che l'intento dell'autore fosse diretto a questo risultato.

Com'è regola in questa materia, peraltro, lo zelo del legislatore si è arenato sulla difficoltà di provare l'intento di eccitare l'odio<sup>23</sup>, e sulla inclinazione dei giudici ad esercitare uno scrutinio di pericolosità concreta dei messaggi<sup>24</sup>.

Anche la definizione del "motivo razziale" è stata giudicata insoddisfacente, alla prova dei fatti, tanto che il legislatore nel 1972 ha voluto riferire la diffamazione o ingiuria non più soltanto "all'origine" (di un gruppo di persone), ma anche alla "appartenenza o non appartenenza" ad una determinata etnia, nazione, razza o religione, in modo da includere i lavoratori stranieri discriminati per la loro non appartenenza al popolo francese<sup>25</sup>

Contemporaneamente veniva eliminata la *mésalliance* tra la tutela dell'onore e la protezione anticipata dell'ordine pubblico, con l'effetto di configurare un reato di diffamazione razziale pura e semplice<sup>26</sup>. Oggi esso è azionabile anche su istanza delle associazioni antirazziste, cui spetta altresì l'esercizio del diritto di rettifica nei confronti dei mezzi di informazione<sup>27</sup>, e appare come una forma assai perfezionata di tutela delle minoranze discriminate.

---

<sup>22</sup> Cfr. M. TARDU, *op.cit.*, 86.

<sup>23</sup> Cfr. C. KORMAN, *La répression des discours racistes en France*, in *Rev. trim.dr.h.* 2001, 385 ss ; A. CAMMILLERI-SUBRENAT, *L'incitation à la haine et la Constitution*, in Atti del Convegno di Brisbane (cit. *supra*, nota 5), p.5.

<sup>24</sup> Di ciò M.TARDU, *op.cit.*, 91, riteneva responsabile la legge, a causa della sua scarsa (ma forse inevitabile) precisione.

<sup>25</sup> Soltanto nel 1994 la *Cour de Cassation* ha riconosciuto che gli immigrati ricadono sotto la protezione delle norme incriminative della propaganda razzista : cfr. K.L. BIRD, *op.cit.*, 411.

<sup>26</sup> Art. 24 della *Loi sur la liberté de la presse*, come modificato nel 1972, quando veniva introdotto l'autonomo delitto di *provocation à la haine raciale* (v. *infra*, nota 44).

<sup>27</sup> Art. 48, comma 1, della *Loi sur la liberté de la presse*, introdotto nel 1990. Il *droit de réponse* è disciplinato dall'art.13-1.

L'efficacia di queste previsioni è tuttavia messa seriamente in discussione dal fatto che, come l'incitamento all'odio, anche la diffamazione di gruppo si applica più facilmente ai messaggi formulati in termini rozzi, brutali, o scandalosi, e si presta pertanto a sanzionare le manifestazioni di protesta provenienti dai gruppi emarginati (in pratica, dalle "nuove" minoranze).

Si segnala al riguardo la giurisprudenza che ha difeso dall'aggressione della minoranza musulmana l'onore e la reputazione del "gruppo" costituito dai "francesi cristiani"<sup>28</sup>. Le critiche sollevate al riguardo<sup>29</sup> sono troppo ovvie, e trascurano l'originaria ambiguità della fattispecie incriminatrice, che in pratica è stata accantonata soltanto nei confronti delle minoranze storicamente perseguitate, come gli ebrei.

#### **4. Il valore della dignità umana nell'ordinamento tedesco e la particolare posizione dei gruppi perseguitati dal Terzo Reich.**

Come quello francese, il legislatore della Germania Federale ha ritenuto necessario integrare e giustificare la tradizionale tutela dell'ordine pubblico con il richiamo ad un bene costituzionalmente protetto ; anziché l'onore dei (membri dei) gruppi, ha scelto a fondamento dell'incriminazione per istigazione all'odio il valore della dignità umana, che ha rilievo centrale nella Legge Fondamentale<sup>30</sup>.

Nel 1960, sotto l'impressione causata in tutto il mondo dall'incendio alla sinagoga di Colonia<sup>31</sup>, è stato introdotto nel codice penale il reato di *Volksverhetzung*, inteso come "aggressione alla dignità umana di parti della popolazione", realizzabile in tre forme distinte, la prima consistente nell'istigazione all'odio, la seconda nell'istigazione alla violenza o ad atti arbitrari, e la terza nell'insulto, nella diffamazione malevola e nella calunnia<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Cass. Crim. 2 marzo 1993, Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne c. X e Y, in *Légipresse* n. 110, p. III, 44.

<sup>29</sup> C. KORNAN, *op.cit.*, 398 ; A. CAMMILLERI-SUBRENAT, *op.cit.*, 34.

<sup>30</sup> Sull'art.1 della Legge Fondamentale v. ora il commento di M. HERDEGEN, in I. MAUNZ – G. DURIG, *Grundgesetz Kommentar*, Munchen 2003, 1 ss.

<sup>31</sup> Cfr. K.J. PARTSCH, *Neue Massnahmen zur Bekämpfung der Rassen- und Fremdenhass*, in *Eu.GR.Z* 1994, 429.

<sup>32</sup> Le prime due forme sono state riunificate nella novella del 1994, che ha previsto distintamente all'interno dell'art.130, comma 1 : (n.1) l'istigazione all'odio, alla violenza o ad atti arbitrari, e (n.2) l'aggressione alla dignità umana realizzato con le offese degradanti. V. *infra* la nota 35.



Queste condotte sono punite se commesse "in modo da turbare la pace pubblica" : ma la giurisprudenza ha chiarito che non è necessaria una verifica sulla probabilità di disordini, trattandosi di un reato di pericolo astratto o presunto<sup>33</sup>.

Essa ha peraltro ritenuto che il concetto di dignità umana vada identificato nel nucleo essenziale del bene protetto dall'art. 1, comma 1, G.G., ritenendo irrilevante la lesione di diritti individuali, e in particolare dell'onore. Di conseguenza la sfera di applicazione della norma in esame è stata limitata a quei messaggi che neghino ai soggetti offesi "l'appartenenza alla specie umana", e "il diritto di vivere all'interno della collettività"<sup>34</sup>.

Ad un assestamento su coordinate tutto sommato prudenti ha fatto però ostacolo la crescente diffusione di quella subdola forma di antisemitismo che si esprime nella negazione dell'Olocausto, e che addebita in modo più o meno esplicito agli ebrei la responsabilità di averne creato il "mito". Non a caso la credibilità dell'art. 130 è definitivamente crollata quando una sentenza della Corte federale ha ritenuto la semplice negazione dell'Olocausto (non accompagnata dall'esplicita adesione all'ideologia nazionalsocialista dell'annientamento razziale) inidonea ad integrare la lesione della dignità umana richiesta dalla norma in esame<sup>35</sup>.

Il legislatore ha così deciso di gettare alle ortiche la prudenza : ha eliminato il riferimento all'aggressione alla dignità umana nelle fattispecie incriminatici dell'incitamento all'odio, alla violenza o ad atti arbitrari<sup>36</sup> e ha creato come fattispecie autonoma la negazione, minimizzazione e approvazione dell'Olocausto, basandola non sul valore della dignità umana, ma sulla tutela dell'ordine pubblico, spinto sino alla – impalpabile – protezione dall'"avvelenamento del clima politico"<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. B. RUDOLF, *Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes*, in *Rev.trim.dr.h.*2001, 281 ss.

<sup>34</sup> Cfr. T. LENCKNER, *sub art. 130*, in A. SCHONKE – H. SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26° ed., Munchen 2001, 1219.

<sup>35</sup> *Bundesgerichtshof* 15 marzo 1994, in *N.J.W.* 1994, 1421 ss. (c.d. *Schandurteil*, sentenza dell'infamia).

<sup>36</sup> La diversa formulazione non avrebbe cambiato la natura del reato, dal momento che l'aggressione alla dignità umana sarebbe implicita nella fattispecie dell'incitamento all'odio e alla violenza, mentre sarebbe necessaria nella fattispecie della diffamazione e della calunnia, per escludere la punibilità delle offese meno gravi. Cfr. P. KONIG – H. SEITZ, *Die Straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetz*, in *N. Z. StR.* 1995, 3, che criticano peraltro la trascuratezza formale della nuova redazione V. *supra* la nota n.31.

<sup>37</sup> Art. 130, comma 3, introdotto nel 1994, sul quale v. T. LENCKNER, *op.cit.*, 1215.

In definitiva, il valore della dignità umana si è rivelato troppo astratto per legittimare l'incriminazione dell'istigazione all'odio<sup>38</sup>; e l'ordine pubblico è ritornato in primo piano, in una veste che contravviene alle più genuine istanze di concretizzazione<sup>39</sup>.

Nel frattempo la giurisprudenza aveva dato spazio maggior alle norme del codice penale che puniscono la lesione dell'onore e l'offesa alla memoria dei defunti. Il passo decisivo è stato compiuto identificando gli ebrei tedeschi con un gruppo suscettibile di diffamazione collettiva (*Kollektivbeleidigung*), in base alla disciplina legislativa che durante il Terzo Reich ha minuziosamente precisato chi doveva considerarsi appartenente alla "razza ebraica".

Le leggi di Norimberga sono state così elevate a fondamento di un destino comune, che unisce gli ebrei (e i gitani) tedeschi e i loro discendenti, dando diritto a questi ultimi di vederlo riconosciuto e rispettato, come elemento incancellabile della propria identità, da parte di tutti coloro che sono soggetti al diritto tedesco<sup>40</sup>.

Pochi anni dopo il legislatore ha inteso facilitare il ricorso a queste tutele penali rendendo procedibile d'ufficio la diffamazione o l'offesa alla memoria dei defunti, ove esse riguardino un gruppo della popolazione che è stato perseguitato dal regime nazionalsocialista. Durante il dibattito parlamentare si è imposta tuttavia la necessità di parificare questi crimini a quelli commessi da altri regimi "violenti o arbitrari" (con riferimento alle violenze subite dai tedeschi che, dopo la vittoria alleata, furono espulsi dai territori dell'Est)<sup>41</sup>.

Quest'ultimo episodio rappresenta comunque un'eccezione nel panorama di un ordinamento dominato dall'unicità dell'Olocausto e della condizione di coloro che si trovano ad essere vittime

---

<sup>38</sup> Sui rischi connessi all'appello al valore della dignità, per la sua portata amplissima ed eclettica, v. *infra* l'ultimo paragrafo e la nota 139.

<sup>39</sup> L'ordine pubblico non è menzionato nella Legge Fondamentale, e viene identificato con lo *Schutzpflicht* gravante sullo Stato in vista della tutela dei diritti fondamentali: tutela che presuppone un pericolo più o meno concreto di lesione. Cfr. D. BEISEL, *Die Strafbarkeit der Auschwitzluge*, in *N.J.W.* 1995, 997 ss.

<sup>40</sup> Questa giurisprudenza riconosce dunque non nella razza o nella religione, ma nel comune destino di persecuzione, fondato su precise leggi, l'elemento identificativo degli ebrei tedeschi e il fondamento della loro legittimazione ad agire contro la negazione dell'Olocausto: v. riassuntivamente la sentenza riportata in *N.J.W.* 1980, 45 s.

<sup>41</sup> Cfr. l'art. 194 del codice penale, modificato nel 1985. L'azione pubblica, che riguarda i reati commessi attraverso scritti, riunioni pubbliche o trasmissioni televisive, può essere attivata purché l'interessato non si opponga. Si parificava così il trattamento dell'*Auschwitzluge* alla *Vertreibungsluge*: cfr. M. WEHINGER, *op.cit.*, 63 ss.

dell'antisemitismo. Esse sono protette non solo dall'incitamento all'odio diretto, ma anche dalla più subdola offesa alla memoria, e oggi godono altresì della tutela oggettiva assicurata dal divieto di negazione dell'Olocausto. In questa norma tanto controversa va letto peraltro non il divieto di contestare un fatto storico (il che sarebbe assurdo), ma la valutazione di quel fatto come Male assoluto : valutazione indiscutibile, perché posta alla base dello stesso ordinamento nato dalla sconfitta del Terzo Reich<sup>42</sup>.

Da questo punto di vista il vincolo alla libertà di pensiero e di coscienza opera ad un livello ben più profondo di quello cui si impongono "i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale democratico" *ex art 18 G.G.*

## **5. Le discipline ispirate al diritto internazionale.**

I tentativi di ricondurre il divieto del discorso razzista nell'ambito di categorie costituzionalmente giustificate erano nel frattempo erosi alle fondamenta dalla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale<sup>43</sup>, che dichiara punibile non solo l'*incitamento* ad atti di violenza o di discriminazione determinati da motivi razziali, nazionali, etnici o religiosi, ma anche "*ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale*"<sup>44</sup>. Si noti che l'incriminazione non riguarda soltanto le forme di propaganda organizzate da gruppi e associazioni (delle quali si può presumere un certo grado di pericolosità), ma anche la manifestazione del pensiero individuale, qualunque sia il mezzo usato e l'ampiezza dell'uditorio interessato.

Ogni Paese ha fatto a suo modo i conti con il conflitto che queste disposizioni innescavano rispetto alla tutela della libertà di pensiero : rifiutando di sottoscriverle, o apponendo riserve all'applicazione<sup>45</sup>. Di fronte alla persistenza di fenomeni legati al razzismo, gli Stati hanno però abbandonato l'iniziale diffidenza, e anzi si sono fatti scudo della disciplina internazionale per introdurre forme di repressione penale sempre più anticipata.

---

<sup>42</sup> Infatti è punita non solo la negazione, ma anche la minimizzazione e l'approvazione dell'Olocausto. Come afferma K. LACKNER, *sub art. 130*, in K. LACKNER – K. KUHL, *Strafgesetzbuch*, 24° ed., Munchen 2001, 557, queste norme penali proteggono una delle "*zentrale moralische Grundlagen der staatlichen Gemeinschaft*"

<sup>43</sup> (D'ora in poi : C.E.D.R.) ratificata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965.

<sup>44</sup> Art. 4, lett. a), prima frase.

<sup>45</sup> V. al riguardo E. DECAUX, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, in *Rev. Int. Dr. H.* 1995, 10 s.

A partire dagli anni '70, tutti i Paesi dell'area occidentale (ad eccezione degli Stati Uniti) hanno sanzionato l'incitamento all'odio e alla discriminazione razziale in forma tendenzialmente generica e onnicomprensiva, spesso senza soffermarsi a chiarire che cosa significhi "discriminazione", senza richiedere una particolare pericolosità dell'espressione, senza distinguere tra messaggio pubblico e discorsi tenuti in privato<sup>46</sup>.

Anche se a volte il legislatore si è fatto carico di escludere dall'ambito della incriminazione i messaggi sprovvisti di un minimo di diffusività, e quelli riconducibili ad uno scopo artistico, scientifico, o educativo, è sembrato per altri versi irresistibilmente sospinto a varcare confini ormai consolidati in materia di repressione penale del pensiero. E' questo il caso dell'attuale art. 130, comma 2, del codice penale tedesco, che punisce la produzione e diffusione di opere dirette ad incitare all'odio contro parti della popolazione *o contro un gruppo nazionale, razziale, religioso o etnico*, a prescindere dal pericolo di lesione per l'ordine pubblico, e a prescindere dal collegamento tra i gruppi in questione e l'ordinamento tedesco<sup>47</sup>.

La legge sembra smarrire in tal modo il nesso legittimante con gli interessi della collettività che essa è chiamata ad esprimere<sup>48</sup>, sì da apparire gravemente sproporzionata e imprecisa<sup>49</sup>. Essa viene tuttavia giustificata alla luce degli obblighi internazionali cui la Germania si è vincolata, e del valore simbolico che riveste come condanna morale del razzismo<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup>V. rispettivamente : l'art. 3, comma 1, lett. a) della legge italiana n. 654 del 1975, che incrimina l'incitamento alla discriminazione senza definire quest'ultima ; l'art.24 della *Loi sur la liberté de la presse*, introdotto nel 1972, che sanziona la *provocation à la haine raciale* senza richiedere la lesione dell'ordine pubblico ; il già citato *Public Order Act* inglese, che si applica anche alle conversazioni di carattere privato, a meno che non si tengano all'interno di un'abitazione (art.18), e che punisce anche la semplice detenzione di materiale scritto visivo o sonoro che istighi all'odio (art. 23).

<sup>47</sup> La disposizione é stata introdotta nel 1985, novellando l'art. 131, sotto il titolo di "Istigazione all'odio razziale" ; in seguito è stata fatta confluire nel già citato art. 130, dedicato alla *Volksverhetzung* (nella quale a stretto rigore non rientra, dato che non colpisce necessariamente "parti della popolazione").

<sup>48</sup> Cfr. T. LENCKNER. *op.cit.*, 1221 s., che la definisce una " *allgemein Anti-Diskriminierungstatbestand*" o sanzione di un generale principio di tolleranza.

<sup>49</sup> Cfr. M. POPP, *Anmerkung*, in *Juristische Rundschau* 1998, 80 ss.

<sup>50</sup> Cfr. K.J. PARTSCH, *op.cit.*, 430 ss. ; B. RUDOLF, *op.cit.*, 286.

Negli anni Novanta l'aggravarsi della violenza razzista ha spinto molti Paesi ad estendere ulteriormente le incriminazioni, e spesso a punire la semplice negazione dell'Olocausto<sup>51</sup>. In questa fase la giurisprudenza si è schierata a fianco del legislatore, lasciandosi alle spalle quegli scrutini di offensività e di pericolosità concreta, che per l'innanzi esercitava a protezione della libertà di pensiero. Quasi ipnotizzati dal tabù della propaganda razzista, i giudici hanno condannato per incitamento all'odio una pubblicazione che, senza alcun commento, riportava una serie di gravi reati commessi sul territorio francese dagli immigrati di origine africana o tzigana<sup>52</sup>; e una poesia che accusava gli stranieri richiedenti asilo in Germania di essere imbroglioni pronti a diffondere l'Aids, a indurre i giovani alla droga, a vivere come parassiti<sup>53</sup>.

Difficile negare che in tal modo si può finire con l'ostacolare la discussione di problemi che pure vanno dibattuti, come quelli riguardanti le politiche dell'immigrazione, e si revoca in dubbio lo statuto spettante alle manifestazioni artistiche<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> In Francia, l'art. 24-bis della *Loi sur la liberté de la presse*, introdotto nel 1990, vieta di contestare pubblicamente l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità che siano stati riconosciuti da una giurisdizione interna o internazionale. Più simile al già citato art. 130, comma 3, del codice penale tedesco è la legge belga del 23 marzo 1995, che incrimina "la negazione, la minimizzazione grossolana o la giustificazione del genocidio commesso dal regime nazista durante la Seconda guerra mondiale". Ancora più ampia la dizione dell'art. 607, comma 2, del codice penale spagnolo, che proibisce di negare o giustificare qualsiasi genocidio, e di riabilitare i regimi che lo hanno reso possibile. Difficile da interpretare è poi la posizione espressa dal Parlamento francese con la legge 29 gennaio 2001 n. 70, che ha riconosciuto pubblicamente il genocidio del popolo armeno avvenuto nel 1915, e con la legge 21 maggio 2001, n. 434, che ha riconosciuto come crimine contro l'umanità la tratta degli schiavi perpetrata a partire dal XV secolo contro le popolazioni africane, amerindie, malgasce e indiane. La negazione di questi avvenimenti non è però punita penalmente, risultando la disciplina simbolica o "platonica": così R. LIBCHABER., *Qu'est-ce qu'une loi ?*, in *Rev.trim.dr.civ.* 1999, 242 ss. Sui risvolti costituzionalistici di queste normative si consenta di rinviare a M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in *Costituzione e diritti fondamentali*, (Atti del Dottorato di Teramo), in corso di pubblicazione.

<sup>52</sup> *Cass. crim.*, 21 maggio 1996, in *Rev.sc.crim.* 1997, 650.

<sup>53</sup> *Bayerisches Oberstes Gericht*, 31 gennaio 1994, in *N.J.W.* 1994, 952 ss., sulla quale B. RUDOLF, *op.cit.*, 285. W. BRUGGER, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, Relazione al Convegno di Brisbane (vedi *supra* la nota 5), critica questa sentenza ricordando il trattamento più favorevole riservato dal Tribunale costituzionale federale allo slogan "*Soldaten sind Morder*". Quest'ultimo messaggio peraltro è stato ritenuto lecito perché inteso dal Tribunale come una critica all'esercito e alle politiche di guerra, e non come un'offesa alla persona dei soldati: cfr. *BverfGE* 93, 298.

<sup>54</sup> In materia di libertà dell'arte e propaganda razzista v. anche il caso relativo all'opera di R. W. Fassbinder, "*Der Mull, die Stadt und der Tod*", discusso in P. EMMERICH – J. WURKNER, *Kunstfreiheit oder Antisemitismus ?*, in *N.J.W.* 1986, 1195 ss.

Inoltre i giudici hanno ritenuto senz'applicabile la legislazione nazionale ai messaggi diffusi tramite Internet, come è avvenuto per la vendita all'asta di cimeli nazisti in Francia<sup>55</sup> e per la negazione dell'Olocausto in Germania. In quest'ultimo caso si è ritenuta punibile l'azione, benché commessa all'estero, e benché i messaggi fossero in inglese<sup>56</sup>.

La Corte di Strasburgo ha lasciato fare<sup>57</sup>. Quando a stretta maggioranza ha ritenuto non punibile il giornalista televisivo che aveva diffuso senza commenti i messaggi razzisti di un gruppo di giovani *naziskin*<sup>58</sup> è stata criticata da tutte le parti. Il suo compito di garante della libertà di pensiero sembra invero assai delegittimato, quando si parla di propaganda razzista<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> V. l'ordinanza emessa dal *Tribunal de grande instance* di Parigi il 20 novembre 2000, che ha in sostanza chiuso il contenzioso contro *Yahoo France* in relazione al reato di esibizione di uniformi, insegne o emblemi che ricordano organizzazioni o persone responsabili di crimini contro l'umanità, e al reato di apologia di nazismo.

<sup>56</sup> *Bundesgerichtshof*, 12 dicembre 2000, 1 StR 184/00, in <http://lexetius.com> [www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/00](http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/00), che ha cassato la sentenza del giudice inferiore, il quale aveva ritenuto inapplicabile il diritto penale tedesco ad una fattispecie del genere.

<sup>57</sup> Sull'adesione della Corte di Strasburgo a questo tipo di legislazione, che risulta impugnata molto spesso per violazione della libertà di pensiero e di informazione sancite dalla C.E.D.U. cfr. P. WACHSMANN, *Libertà d'espressione e negazionismo*, in *Ragion pratica* 1999, 57 ss.; M. ROSCINI, *La libertà di esprimere dichiarazioni razziste e blasfeme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. Int.dir. U.* 1998, 95 ss.; F. MASSIAS, *La liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste*, in *Rev. trim. dr. humains* 1993, 183 ss.; G. COHEN – JONATHAN, *sub Art. 10*, in L.E. PETTITI - E. DECAUX - P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, II ed., Paris 1999, 386, 393, 395; P. CARETTI, *sub art. 10*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, 337 ss.

<sup>58</sup> Sentenza 23 settembre 1994, *J. O. Jersild c. Danemark*, in *R.U.D.H.* 1995, 32 ss., con nota critica di G. COHEN-JONATHAN, *Discrimination raciale et liberté d'expression*, *ivi*, 1 ss. V. anche I. INGRAO, *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, in *Riv. Int. Dir. u.* 1994, 578 ss.; V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e "libertà altrui"*, in *Giur.cost.* 1995, 4585 ss.; E. DECAUX, *op.cit.*, 11. Invece A. PIZZORUSSO, *Relazione generale al Convegno di Brisbane (supra, nota 5)* esattamente rileva come "l'assoluzione" del giornalista si deve al fatto che la Corte europea ha rintracciato nell'intervista la volontà di screditare il messaggio razzista, grazie alla pura e semplice descrizione dell'ignoranza e della povertà di spirito di coloro che lo lanciavano.

<sup>59</sup> Attualmente tutti i Paesi europei puniscono la diffusione di programmi televisivi che incitano all'odio razziale, ad eccezione della Gran Bretagna, che prevede una norma di salvaguardia per il materiale trasmesso dalla B.B.C. e dalla *Independent Broadcast Authority*. Questa norma è d'altronde contestata da W.J. WOLFFE, *op.cit.*, 90, che sottolinea come le discipline canadese e neozelandese, ispirate al modello britannico, non contengono affatto tale eccezione. In

## 6. Antifascismo e antirazzismo in Italia

Nel nostro Paese la recezione della disciplina internazionale poteva avvenire in modo sostanzialmente indolore, poiché da un lato non faceva che accrescere i numerosi reati di opinione già presenti nel codice penale, e dall'altro si inseriva nel tessuto predisposto dalla legislazione attuativa della XII disp.trans.fin., che già colpiva la propaganda razzista come manifestazione dell'ideologia fascista.

Questa legislazione era stata peraltro ostacolata tanto dalla giurisprudenza ordinaria quanto dalla Corte costituzionale, che proprio in materia di antifascismo ha varato il requisito di pericolosità poi applicato a vari reati di opinione<sup>60</sup>.

Un segnale di cambiamento è stato lanciato dalla legge costituzionale n. 1 del 1967, che ha dato esecuzione alla Convenzione internazionale per la prevenzione e repressione dei crimini di genocidio<sup>61</sup>: nell'ambito di essa, è apparsa dotata di una particolare copertura anche la punizione di tipici reati di opinione, come l'apologia di genocidio, e in seguito della semplice propaganda razzista, vista come forma anticipatissima di istigazione al genocidio.

---

Italia la legge Mammi per l'innanzi proibiva soltanto alla pubblicità radiotelevisiva di "evocare discriminazioni di razza, sesso e nazionalità"; l'art. 4 lett. b) della l. 3 maggio 2004 n. 112 (c.d. legge Gasparri) vieta ora le trasmissioni "che contengono l'incitamento all'odio comunque motivato". In Francia è prevista altresì l'irrogazione di sanzioni amministrative da parte del *Conseil supérieur de l'Audiovisuel* (v. legge 30 settembre 1986, art. 42 -1, ora legge 1° agosto 2000, art. 15), sanzioni applicate a suo tempo all'associazione "*Ici et maintenant*" per le dichiarazioni razziste svolte da alcuni ascoltatori durante diverse trasmissioni. Di recente il Tribunale internazionale per il Rwanda ha condannato per incitamento al genocidio alcuni giornalisti e speaker che avevano diffuso attraverso i mass-media, per facilitarne l'eliminazione, nomi e indirizzi di persone appartenenti alla minoranza *tutsi*

<sup>60</sup> Sentenze n. 1 del 1957 (antesignana della celebre sentenza n. 65 del 1970 sull'apologia di reato) e n. 74 del 1958, oggetto delle meritate critiche di (C. E.)SPOSITO, *Osservazione*, in *Giur.cost.* 1958, 958 s., e di P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.* 1974, 470.

<sup>61</sup> Sui complessi motivi che indussero il legislatore a ritenere indispensabile l'approvazione di una apposita legge costituzionale (l. 21 giugno 1967 n. 1), oltre all'ordinaria legge di esecuzione (l. 9 ottobre 1967 n. 962), per dare ingresso nel nostro ordinamento alla Convenzione del 1948 v. M. PISANI, *Delitto politico, estradizione, diritto d'asilo*, in *Dir. int.* 1970, 222 ss.

La Corte costituzionale è stata forse la prima a prendere atto di questi cambiamenti, adottando una sentenza (n. 15 del 1973), dove - rompendo con il passato - esclude recisamente, in virtù della XII disp. trans. fin. Cost., la configurabilità di un contrasto tra le norme della legge Scelba e la libertà di manifestazione del pensiero.

Con la legge 13 ottobre 1975 n. 654 di esecuzione della C.E.D.R. (estesa di recente agli appartenenti alle minoranze linguistiche)<sup>62</sup> il nostro ordinamento ha per la prima volta accolto una disciplina dell'istigazione all'ostilità contro gruppi della popolazione non limitata all'odio di classe: ma non si è preoccupato di richiamare il pericolo di turbamento per l'ordine pubblico, che pure è stato "aggiunto" dalla Corte costituzionale alla fattispecie dell' art. 415 c.p.<sup>63</sup>. Il fatto di chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale, e di chi incita a commettere atti di discriminazione o di violenza è infatti incriminato a titolo di pericolo presunto<sup>64</sup>. A questa disciplina si è aggiunta in seguito la legge 25 giugno 1993 n. 205, rivolta ad affrontare soprattutto problemi di ordine pubblico e di teppismo negli stadi<sup>65</sup>.

In rapporto alle legislazioni straniere la nostra appare senza dubbio più moderata, e ancora indenne dall'ansia di sfuggire, come la peste camusiana, il contagio del messaggio razzista. Essa ha acquisito comunque un'efficacia crescente, grazie al mutato atteggiamento della giurisprudenza, che si è schierata a fianco del legislatore<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> A norma dell'art. 18-bis della legge 15 dicembre 1999 n. 482 ( introdotto dalla legge 21 febbraio 2001 n. 38), le disposizioni della legge n. 654 del 1975 in materia di razzismo si applicano anche a tutela degli appartenenti alle minoranze linguistiche.

<sup>63</sup> V. *supra* la nota 2.

<sup>64</sup> V. al riguardo le aspre critiche di L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit.dir.* 1994, 16 s.

<sup>65</sup> Non univoco risulta al riguardo il senso della modificazione introdotta dalla legge in esame, laddove sostituisce il precedente reato, commesso da chi "incita in qualsiasi modo alla discriminazione" con quello di chi "incita a compiere atti di discriminazione" (diminuendone la pena). V. al riguardo G. DE FRANCESCO, *Commento al D.L. 26 aprile 1993 n. 122, sub art. 1*, in *Leg. Pen.* 1994, 180 s. ed E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, in *Cass. Pen.* 1999, 986.

<sup>66</sup> Ciò ha prodotto effetti anche nel campo distinto, ma contiguo, della giurisprudenza in materia di diffamazione, che ha riconosciuto la legittimazione ad agire del singolo appartenente ad una minoranza razziale o religiosa. V. in precedenza Cass. pen., I sez., 24 febbraio 1964, in *Giur. It.* 1964, II, 241 ss., con nota di S. LARICCIA, *Sulla tutela penale delle confessioni religiose acattoliche*; e in seguito Cass., Sez. V, 16 gennaio 1986 n. 65, in *Giur.cost.* 1986, II, 78 ss., con



A partire dagli anni '80 i giudici hanno inquadrato le finalità antirazziste nello spirito della Costituzione, hanno rivalutato la *ratio* della legge Scelba, e hanno ricondotto anche le leggi n. 654 del 1975 e n. 205 del 1993 sotto l'ombrello della XII disp.trans. fin., ritenendole autorizzate a derogare alla libertà di pensiero<sup>67</sup>. Nonostante le proteste della dottrina<sup>68</sup>, si è ritenuta perfettamente ammissibile, in materia, la configurazione di reati di pura condotta e di pericolo astratto, e l'omissione di ogni indagine sull'idoneità dell'incitamento a conseguire effetti concreti<sup>69</sup>. La copertura internazionale risalente alla Dichiarazione dell'Onu e agli atti collegati, ha finito dunque col ripotenziare, anche grazie alla legge costituzionale sul genocidio, la legittimazione della XII disp.trans.fin., trasformandola in un limite di ordine pubblico ideale alla semplice manifestazione del pensiero che per l'innanzi era stato sostanzialmente accantonato, ad opera della giurisprudenza comune e costituzionale.<sup>70</sup>

## 7. Uso simbolico della legge penale e protezione della democrazia.

L'incitamento all'odio razziale si rivela in definitiva un reato difficile da definire, suscettibile di applicazioni arbitrarie, pronto a travolgere le garanzie da lunga pezza elaborate per la tutela della libertà di pensiero.

---

nota di S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, ivi, 87 ss.

<sup>67</sup> Cfr. ad es. 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, 900 ss.

<sup>68</sup> Cfr. A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig.disc.pen.* 1991, 140, e gli Autori citati alla nota successiva.

<sup>69</sup> In particolare, il reato di apologia del genocidio è stato ritenuto punibile non "per l'improbabile capacità di contagiare propositi di genocidio", ma per il solo fatto di "manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio". V. Cass. pen., Sez. I., 23 luglio 1985 n. 507 (Abate) in *Giur.cost.* 1986, II, 77, (sull'uso di slogan razzisti contro una squadra di basket proveniente da Tel Aviv), che ravvisa nell'apologia di genocidio un reato di pura condotta, sanzionato per la sua intollerabile disumanità. V. il commento critico di G. FIANDACA, in *Foro It.* 1986, II, 19 ss., che ritiene inammissibile la sottrazione di questa forma di apologia alle regole valide in generale per questo reato, e sottolinea come la previsione di un'autonoma figura di apologia sia frutto di una scelta discrezionale del legislatore italiano. V. altresì M. PISANI, *Il genocidio nello statuto della Corte penale internazionale*, in *Riv. Int. Dir.* uomo 1998, 666 ss. che ritiene non "oltranzista" tale scelta, benché evidentemente estensiva rispetto alla formula della Convenzione.

<sup>70</sup> V. il giudizio negativo espresso sulla legislazione da P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione, cit.*, 121, a causa della "totale negazione" della libertà di manifestazione del pensiero.

Come avviene per molti reati di opinione, l'applicazione di garanzie precise, come lo scrutinio di pericolosità o la prova dell'intenzione dell'autore, non fa che renderlo inapplicabile, e l'aggancio a beni ulteriori, come l'onore dei gruppi o la dignità umana, ne rende i confini ancora più incerti.

Il fatto che esso sia accolto in tanti ordinamenti dove il pluralismo ha attecchito e l'ordine pubblico si è materializzato, si giustifica in genere con il suo valore simbolico, con la necessità di sancire quella "morale pubblica" ispirata all'eguaglianza che i documenti internazionali esaltano<sup>71</sup>.

La verità è che per l'Europa (e non soltanto per essa)<sup>72</sup> il discorso razzista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche sulle quali è avvenuta la ricostruzione del dopoguerra. Questa valutazione affonda le sue radici nell'esperienza storica del totalitarismo e dell'Olocausto, e nell'angoscia esistenziale<sup>73</sup> che ha accompagnato la totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano.

Dai rischi di distruzione della democrazia e di annientamento dello stesso genere umano è scaturita, a Norimberga, la tematizzazione dei crimini contro l'umanità, e la fondazione di un nuovo ordine internazionale basato sui principi di libertà, di eguaglianza di pace. Dall'incapacità dell'uomo di respingere le ideologie bellicistiche, totalitarie, e di annientamento razziale – ideologie che hanno dimostrato di favorire la commissione di quei crimini – è scaturito, nell'ambito del nuovo ordine, un giudizio di pericolosità presunta di tali ideologie, e l'assoluto divieto di diffonderle.

Non diversamente da quanto sostenne negli anni '50 il giudice statunitense Learner Hand a proposito della minaccia rappresentata per gli Stati Uniti dalla diffusione del pensiero comunista, l'eccezionale gravità del male temuto (scontata della sua improbabilità) giustifica tutte le misure necessarie per prevenirlo<sup>74</sup>.

Si manifesta così a livello mondiale l'aspirazione ad una nuova moralità universale, che non pretende più di fondarsi sulla (declinante) ragion di Stato, bensì sulle necessità di sopravvivenza dell'Umanità. Lo spazio guadagnato nelle moderne democrazie pluralistiche dalla libertà di pensiero

---

<sup>71</sup> La giustificazione simbolica della legislazione sullo *hate speech* è sostenuta praticamente da tutti gli Autori ad essa favorevoli: vedi le Relazioni citate *supra* alla nota 5.

<sup>72</sup> Significativa al riguardo è la disciplina canadese, che la Corte Suprema, nella sentenza *Regina v. Keegstra* (1990) ha ricondotto ai principi costituzionali di eguaglianza e di multiculturalismo: cfr. G-A. BEAUDOIN, *L'incitation à la haine et la Constitution*, Relazione al Convegno di Brisbane (*supra*, nota 5), 6 ss.

<sup>73</sup> H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, in F. NEUMANN - H.C. NIPPERDEY - U. SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Berlin 1954, 286 ss.

<sup>74</sup> L'opinione del giudice è riportata in *Dennis v. United States*, 341 US 510.

viene ora occupato da un ordine ideale internazionale, ovvero da una Ragione universale, dalla quale i singoli ordinamenti confessano di trarre, se non vita, alimento.

Si potrebbe dire che il diritto internazionale abbia così instaurato *ab externo* una protezione della democrazia anche là dove le Costituzioni nazionali non la prevedono. Non è questo del resto l'intento espresso nelle clausole convenzionali che proscrivono gli abusi delle libertà?<sup>75</sup>

Le cose non sono però così semplici.

Innanzitutto, la giurisprudenza internazionale non fa appello di regola alle clausole residuali sull'abuso<sup>76</sup>, preferendo richiamarsi ai limiti (d'altronde piuttosto ampi) previsti per la libertà di pensiero e di informazione.

Dal canto suo, il concetto di *wehrhafte Demokratie* sembra decisamente in declino<sup>77</sup>. Basta leggere la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco che ha permesso al Partito Nazionaldemocratico<sup>78</sup> di manifestare, pur riconoscendo che i contenuti tipici della sua propaganda (di stampo nazista) contraddicono evidentemente "i principi dell'ordinamento liberale democratico". Qui si afferma che "un'importante garanzia contro la rinascita del nazionalsocialismo è rappresentata dal rispetto dei principi dello Stato di diritto, che mostra la sua forza proprio quando tratta i suoi nemici secondo le regole generali valide per tutti."<sup>79</sup> Insomma, i tedeschi si sentano oggi abbastanza forti da non temere la propaganda nazista (così come non temono più quella comunista).

Se si considera che pochi anni prima allo stesso partito il Tribunale ha vietato di tenere una riunione in onore di David Irving, ritenendo verosimile il pericolo che sarebbe stata ribadita la negazione

---

<sup>75</sup> Si tratta com'è noto dell'art. 30 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo, dell'art. 17 della C.E.D.U, e ora dell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, definibili come la base di una "démocratie combative" (cfr. S. VAN DROOGHENBROECK e F. TULKENS, *La Constitution de la Belgique et la incitation à la haine*, Relazione al Convegno di Brisbane (*supra* nota 5), 8.

<sup>76</sup> Sul ruolo recessivo dell'art. 17 della C.E.D.U. v. C. PINELLI, *sub* art.17, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 455 ss.). V. anche la letteratura riportata *supra* alla nota 56.

<sup>77</sup> V. J. ISENSEE, *Verfassungsrecht als politisches Recht*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, VII vol., Heidelberg, 159; A. PIZZORUSSO, *op.cit.*, 12. In generale v. G. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna 2001, 191 ss.

<sup>78</sup> Si tratta di una formazione di ispirazione nazista, per la quale il Governo federale ha promosso l'azione per la messa fuori legge a termini dell'art. 21 G.G.

<sup>79</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvQ 22/01 del 5 maggio 2001, in <http://bverfg.de>

dell'Olocausto<sup>80</sup>, si comprende come per il potere pubblico si tratti in questo caso di manifestare una presa di posizione contro il razzismo, di allontanare da sé i sospetti di connivenza e insieme di dare l'esempio ai cittadini. Usando però uno strumento, come la legge penale, che nessuna fonte di diritto internazionale può giustificare. Tanto meno se questa legge fosse in futuro usata per scopi opposti a quelli che il diritto internazionale (o almeno quello risalente al 1948) si propone, ossia per mettere definitivamente a tacere il pensiero di certe minoranze, considerate nemiche della civiltà occidentale.

Nessuno d'altronde può seriamente pensare che la democrazia si protegga sanzionando la semplice manifestazione del pensiero individuale, anziché la propaganda di gruppi o partiti organizzati, come indica d'altronde la stessa XII disp.trans.fin. della nostra Costituzione<sup>81</sup>.

## 8. La propaganda del Ku Klux Klan.

Negli Stati Uniti si ritengono comunemente "non protetti" dal I emendamento quei messaggi che "non contengono l'esposizione di un'idea, e sono dotati di così scarso valore ai fini della ricerca della verità da non controbilanciare in alcun modo il danno che essi producono agli interessi collettivi"<sup>82</sup>. A tutti gli altri messaggi si applica il principio di neutralità che deve ispirare l'azione statale nei confronti del *marketplace of ideas*, e che impedisce qualsiasi discriminazione basata sul contenuto, sull'oggetto, o sul punto di vista espresso in un messaggio – non importa quanto sgradito, scandaloso o impopolare - <sup>83</sup>.

Com'è noto, la giurisprudenza e la dottrina dominante respingono l'attribuzione dello *hate speech* all'ambito dei messaggi non protetti, (benché esso ne presenti in astratto tutti i requisiti) ; per

---

<sup>80</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 13 aprile 1994, in *BVerfGE* 90, 241 ss.

<sup>81</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.* 1982, 111 ss. Su questa alternativa v. in generale A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1988, 66 ss.

<sup>82</sup> Si tratta della definizione risalente a *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942) che elencava esplicitamente *the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or fighting words*. Attualmente le categorie di *unprotected speech* sono : *obscenity, fighting words, incitement to lawless action, true threats*.. V. *infra* la nota 129.

<sup>83</sup> Il principio di neutralità nella sua formulazione giurisprudenziale si fa risalire al caso *Mosley* (1972) : vedine la ricostruzione in K. L. KARST, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, in *Un. Chicago Law Rev.* 1975 -76, 26 ss. V. ora le diverse riflessioni critiche di S. G. GEY, *Is Moral relativism a Constitutional Command?*, in *Indiana L. J.* 1995, ss.; di C.R. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law (with special Reference to Pornography, Abortion and Surrogacy*, in *Col. L. R.* 1992, 1 ss, e di S. J. HEYMAN, *Spheres of Autonomy : Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in *William & Mary Bill of Rights Journal* 2002, 647 ss.

mantenere il punto, la Corte Suprema si è anzi spinta a ridefinire in senso più garantistico - attraverso tre *leading cases* che riguardavano il pensiero razzista- le categorie di pensiero "non protette".

Da un raduno nel quale il Ku Klux Klan minacciava di ricorrere alla violenza, se non fossero state adottate misure segregazioniste, nasceva la sentenza sul caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), che è passata alla storia del diritto costituzionale per aver riformulato il principio del *clear and present danger* in termini marcatamente liberali, affermando che l'istigazione ad azioni illegali o violente non è protetta dal I emendamento soltanto se risulta intenzionalmente diretta a causare tali condotte, e se appare idonea a produrre un pericolo immediato di esecuzione<sup>84</sup>.

Da alcuni episodi di *cross-burning* (innalzamento della croce fiammeggiante che simboleggia per il Klan la supremazia della razza bianca) è nata inoltre la sentenza *R.A.V. v. City of St. Paul*<sup>85</sup> (1992), nella quale il divieto di discriminare un'idea o un punto di vista è stato applicato per la prima volta ad un tipo di discorso non protetto dal I emendamento, ossia alle *fighting words*, (parole che valgono come provocazione ad una rissa).

Soltanto un anno fa è intervenuta infine la sentenza *Virginia v. Black* (2003), con la quale la Corte Suprema ha esteso il medesimo ragionamento all'ambito delle *true threats* (minacce o intimidazioni concrete, che rappresentano un'altra categoria di discorso non protetto), precisando che l'uso della croce fiammeggiante, pur essendo storicamente identificabile con una minaccia di morte o di violenza, non può essere disciplinato in modo diverso da qualsiasi altra forma di intimidazione: in particolare, non può essere punito se non a patto di provare l'intento minatorio<sup>86</sup>.

In tre mosse, la Corte Suprema ha chiuso man mano tutte le strade che apparivano astrattamente percorribili per giustificare la punizione della propaganda razzista in quanto tale. In omaggio ad un principio di neutralità ormai applicato tanto al discorso protetto quanto al discorso non protetto.

---

<sup>84</sup> Sulla distinzione tra *protected advocacy* e *unprotected incitement* v. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, II ed., New York 1988, 841 ss

<sup>85</sup> 505 U.S. 377. Per una dettagliata critica a questa sentenza v. S. H. SHRIFFIN, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, in *Cornell Law Review* 1994, 43 ss.

<sup>86</sup> Sentenza 7 aprile 2003, 538 U.S. ....V. la *dissenting opinion* del giudice J. THOMAS, secondo il quale la croce fiammeggiante non è un'espressione di pensiero, ma un'azione terroristica (p.8 della stampa provvisoria).

## 9. Il sogno di Skokie.

La Corte Suprema potrebbe aver sposato l'idea che il discorso razzista non produca solo svantaggi, ma educi alla tolleranza, come predicato da Leo Bollinger.

Questo Autore assegna peraltro al giudice l'importantissimo compito di soppesare caso per caso e di illustrare – a mo' di pedagogo – i vantaggi (o gli svantaggi) che in concreto fanno pendere la bilancia a favore (o contro) il discorso incriminato<sup>87</sup>.

Nelle sentenze esaminate la Corte suprema ha invece seguito il suo consolidato approccio per categorie, che non consente bilanciamenti *ad hoc*<sup>88</sup>, e non ha sviluppato argomentazioni convincenti a sostegno del discorso razzista e delle sue manifestazioni più estreme.

Certo, la scelta compiuta a suo tempo con *Brandenburg* appare ancora oggi inattaccabile : nessuno, in dottrina, dubita che l'incitamento all'odio razziale possa essere punito, se non a patto di dimostrare l'intento soggettivo e l'idoneità oggettiva a produrre un pericolo immediato di azione violenta.

La resistenza di questo indirizzo, che segna il punto di massimo distacco tra l'ordinamento statunitense e il resto del mondo occidentale, è dovuta innanzi tutto al fatto che - a torto o a ragione - esso viene considerato un'applicazione al *racist speech* dei principi che sono stati formulati a suo tempo nei confronti del *communist speech*, ponendo fine ad un periodo tra i meno gloriosi della giurisprudenza costituzionale<sup>89</sup>.

Nello stesso tempo, *Brandenburg* sembra godere della luce riflessa da quella fondamentale giurisprudenza che a partire da *New York Times v. Sullivan* (1964) ha riconosciuto forme di assoluto privilegio alle opinioni espresse in materie di pubblico interesse, anche se a contenuto diffamatorio<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup>L. BOLLINGER, *La società tollerante* (1986), trad.it. Milano 1992, 134 ss., 191 ss.

<sup>88</sup>V. *infra* la nota 129.

<sup>89</sup>Nella sentenza *Yates v. United States* (1957) la Corte Suprema si sottrasse per la prima volta all'"isteria della maggioranza", dichiarando non punibile il semplice incitamento alla rivoluzione violenta. V. al riguardo le riflessioni di M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence : A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law School Working Paper Series n. 41*, <http://papers.ssrn.com>, 22 ss.

<sup>90</sup>Qui si trova enunciato il principio, poi ripetuto nella giurisprudenza di tutti i Paesi occidentali, in base al quale "debate on public issues should be uninhibited, robust and wide-open" (376 U.S. 270).

E' stata proprio la forza di questo privilegio a spazzare via senza residui la possibilità di etichettare, e vietare, la propaganda razzista come diffamazione di gruppo, ammessa a suo tempo da *Beauharnais v. Illinois* (1952). Benché non sia mai stata formalmente smentita, la sentenza della Corte Suprema che aveva ritenuto giustificata la punizione della diffamazione razzista (come "group libel") è considerata ormai unanimemente superata<sup>91</sup>. Ciò ha aperto un ulteriore incolmabile fossato rispetto al diritto dei Paesi che in vario modo prevedono questa figura di illecito come forma di difesa dalla propaganda razzista.

Rispetto alla solidità di *Brandenburg*, assai meno stabile appare la giurisprudenza inaugurata da *R.A.V.*, che ha suscitato un vespaio di critiche<sup>92</sup>, ulteriormente esacerbate dal confronto con la sentenza adottata l'anno successivo sul caso *Wisconsin v. Mitchell* (1993)<sup>93</sup>. Molti si chiedono infatti se sia coerente negare la legittimità di un trattamento speciale, e più grave, per le *fighting words* di natura razzista, e ammettere invece per tutta una serie di reati l'aggravante del "motivo razziale". Come giustificare, in altri termini, la punizione del "messaggio" espresso nella condotta criminosa, quando contemporaneamente si afferma che quel tipo di messaggio non può essere discriminato alla luce del I emendamento?<sup>94</sup>

Di recente la già citata sentenza *Black v. Virginia* (2003) ha cercato di aggiustare il tiro, ammettendo che (tra tutte le forme di propaganda razzista almeno) il *cross-burning* ha un significato storicamente minaccioso per tutti coloro che appartengono alle minoranze razziali, per gli ebrei, i cattolici, i comunisti, i sindacalisti, gli omosessuali, e giustifica pertanto un trattamento più severo

---

<sup>91</sup> Cfr. W.B. FISCH, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, Relazione al Convegno di Brisbane (*supra*, nota 5), 23.

<sup>92</sup> In particolare è stato notato che la sentenza sul caso *R.A.V.* ha assicurato al pensiero razzista aggressivo una tutela più ampia di quella spettante al *commercial speech*: v. nella medesima sentenza l'opinione dissenziente del Giudice J. STEVENS, 505 U.S. 423, nota 4.

<sup>93</sup> 508 U.S. 476 Il caso riguardava l'aggressione compiuta da alcuni ragazzi neri nei confronti di un coetaneo bianco, scelto solo per il colore della sua pelle

<sup>94</sup> V. H. J. BOURGUIGNON, *The United States Supreme Court and Freedom of Expression – October Term 1992*, in *Human Rights Law Journal* 1994, 137 ss.

rispetto ad altre meno identificabili forme di discorso non protetto<sup>95</sup>. Ma la Corte ha ritenuto comunque illegittima una disciplina che nel ricorso alla croce fiammeggiante presuma – fino a prova contraria – lo specifico intento di intimidire, in quanto essa accomunerebbe arbitrariamente alle condotte che hanno effettivamente lo scopo di minaccia quelle che si limitano a manifestare un’adesione all’ideologia del Klan ( o quelle che usino l’abbruciamento della croce nell’ambito di un’opera letteraria o artistica)<sup>96</sup>.

Come abbiamo già notato, ciò equivale in sostanza a negare l’autonomo rilievo del messaggio razzista, e la possibilità di punirlo in quanto tale : risultato non diverso da *R.A.V.*, che già consentiva di punire le manifestazioni razziste, a patto di ricomprenderle all’interno di categorie “neutrali”.

Sembra insomma che la Corte Suprema abbia voluto prendere le distanze dalla motivazione di *R.A.V.* non tanto per i suoi eventuali vizi logici e ricostruttivi, quanto per la forma “ipertecnica”<sup>97</sup> in cui essa ha liquidato la questione della croce fiammeggiante, senza farsi carico degli echi che questo simbolo risveglia nell’immaginario degli americani.

Si è trattato senza dubbio di un eccesso di confidenza, che sull’onda del celeberrimo caso *Skokie*<sup>98</sup> ha condotto la Corte Suprema a commettere un madornale errore, ed a trascurare la palpabile differenza che intercorre, sul suolo nordamericano, tra la croce uncinata (ricordo di orrori commessi oltreoceano) e la croce fiammeggiante (minaccia attuale di violenza per un’ampia messe di cittadini).

---

<sup>95</sup> *Opinion of the Court*, 538 U.S.....(p. 17 della stampa provvisoria)

<sup>96</sup> La disciplina è stata dunque dichiarata illegittima per *overbreadth*, pur lasciando aperta la possibilità che il giudice di merito sposi un’interpretazione riduttiva della presunzione in esame, tale da renderla conforme al dettato del I emendamento. V. al riguardo le critiche del giudice J. SCALIA, *dissenting*, (p.12) che sottolinea come una volta pronunciata l’incostituzionalità (di cui a suo dire non esistevano le condizioni, dato che la Corte Suprema della Virginia non aveva fornito nessuna interpretazione vincolante della clausola in esame) si è addirittura ammesso che la stessa legge ormai dichiarata illegittima possa essere applicata in una diversa interpretazione.

<sup>97</sup> Così S.J. HEYMAN, *Spheres, cit.*, 652, che accusa la Corte di aver reso oscuro e incomprensibile ai più il significato del I emendamento.

<sup>98</sup> Sulla commentatissima vicenda di *Skokie v. L. H. TRIBE*, *Neutral Principles and the Nazi March in Skokie*, in *ID., Constitutional Choices*, Cambridge 1985, 219 ss. ; M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quad.cost.* 1995, 425 ss.



## 10. Words that Wound.

La verità è che la retorica della tolleranza ha cominciato a declinare rapidamente nel decennio successivo a Skokie. La fase del conformismo ad ogni costo, che nel pensiero di Bollinger reclamava l'antidoto del pensiero dissenziente, si è chiusa alla fine degli anni Ottanta con gli scontri razziali che hanno imperversato nelle strade e all'interno delle università, e con la nascita della *critical race theory*<sup>99</sup>.

Con ciò, come annotava Stephen Shrifin, l'epoca dell'innocenza è finita. Gli americani ormai sanno di non poter avere entrambe le cose: il rifiuto di ogni forma di paternalismo, da un lato, e la parità razziale, dall'altro<sup>100</sup>.

Sanno anche di non poter più minimizzare il problema, né rispetto alla propaganda nazista che dagli Stati Uniti si dirige liberamente in Europa attraverso la Rete, né rispetto alla propaganda della supremazia bianca, che con l'avallo della Corte Suprema continua ad innalzare le sue croci fiammeggianti.<sup>101</sup>

La corrente dottrinale che dichiara di porsi dal punto di vista dei gruppi discriminati ha sintetizzato tutto ciò nel fortunato slogan "*Words that Wound*", sostenendo che nei loro confronti il discorso razzista non apporta soltanto irritazione o sdegno, ma una vera sofferenza psichica, una perdita di autostima, ed una diminuzione della capacità di riscattarsi dalla propria situazione di inferiorità sociale<sup>102</sup>.

Così come la pornografia è stata considerata, nel pensiero femminista americano, una specie di propaganda tesa a perpetuare la subordinazione della donna, avallandone l'inferiorità e la naturale soggezione ai desideri dei maschi<sup>103</sup>, così il discorso razzista viene ritenuto in gran parte

---

<sup>99</sup> Cfr. M. ROSENFELD, *op.cit.*, 14.

<sup>100</sup> S.H. SHRIFFIN, *op.cit.*, 67: "Innocence is no longer possible".

<sup>101</sup> W.B. FISCH, *op.cit.*, 2, 34, sostiene che in fondo la protezione del discorso razzista negli Stati Uniti è meno ampia di quanto si pensi, e mostra di ritenere vietato il *cross-burning* a scopo di intimidazione (cioè che in seguito la Corte Suprema ha invece negato, nella causa *Virginia v. Black*).

<sup>102</sup> Cfr. R. DELGADO, *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in *Harv. Civ. R. – Civ. L. L. Rev.* 1982, 133 ss. V. inoltre l'ampia bibliografia citata da S.H. SHRIFFIN, *Racist speech, cit.*, 44 nota 6, e da R. POST, *Constitutional domains. Democracy, Community, Management*, Cambridge 1995, 433 s.

<sup>103</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law*, *loc.cit.* con ampi riferimenti al pensiero giuridico femminista nordamericano. Si noti che "pornography" qui è intesa come una rappresentazione che unisce sesso e violenza, risultando umiliante e degradante per la donna.

responsabile delle discriminazioni che le minoranze razziali, nonostante la parità riconosciuta dalla legge, continuano a subire nella società americana.

Appare cruciale, in entrambe i casi, il riconoscimento della disuguaglianza di fatto che intercorre tra i "gruppi" considerati, rendendo imparagonabili gli effetti lesivi che il messaggio sessista o razzista è in grado di produrre, ove sia rivolto contro i maschi o, rispettivamente, contro i bianchi.<sup>104</sup>

Il tentativo di opporre direttamente il principio di eguaglianza sostanziale alla libertà di pensiero<sup>105</sup>, in omaggio ad una "moralità pubblica" che deve dimostrarsi fedele agli ideali proclamati dalla Costituzione, è tuttavia naufragato alla prova dei fatti, prima per il discorso sessista, e poi per quello razzista.

La Corte d'appello chiamata a decidere la causa *American Booksellers Association v. Hudnut*<sup>106</sup> ha riconosciuto senza esitazioni che "la descrizione della subordinazione è destinata a perpetuarla. Per le donne essa significa ricevere salari più bassi, subire violenze tra le pareti domestiche, rischiare l'aggressione e lo stupro per la strada". Ha riconosciuto altresì che "un'ideologia può essere perniciosa : le idee naziste hanno portato alla morte milioni di persone, quelle del Klan alla repressione di milioni". Ha però concluso che vietare la pornografia equivarrebbe a imporre con legge un certo modo di vedere i rapporti tra i sessi. Coloro che li dipingono in termini di eguaglianza sarebbero sempre protetti ; quelli che li rappresentano in forme violente e brutali sarebbero messi fuori legge<sup>107</sup>.

La motivazione di questa sentenza, là dove rigetta la possibilità di distinguere all'interno di una categoria di discorso non protetta (*obscenity*) una classe di messaggi particolarmente lesivi, e meritevoli di un trattamento più sfavorevole (*pornography*) , appare come una vera e propria

---

<sup>104</sup> V. C. R. SUNSTEIN, *op.ult.cit.*, 21, per il discorso sessista; S. H. SHRIFFIN, *op.cit.*, 81, per il discorso razzista

<sup>105</sup> Come fanno notare K.A. GROSS e D. B. KINDER, *A Collision of Principles ? Free Expression, Racial Equality and the Prohibition of Racist Speech*, in *Br. J. of Pol. Sc.* 1998, 469 ss., ciò rappresenta una rottura dell'impostazione seguita per decenni dai movimenti per la tutela delle minoranze discriminate (e in specie dall'*A.C.L.U.*), che hanno sempre visto nell'affermazione delle libertà individuali la chiave di volta per la realizzazione dell'eguaglianza, e che coerentemente si sono trovate a difendere anche il *racist speech*.

<sup>106</sup> 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), sommariamente confermata dalla Corte Suprema nel 1986 (475 U.S. 1001), in cui si è negata la legittimità di un'ordinanza della città di Indianapolis che faceva proprio il modello di legislazione antipornografica elaborato da Katharine Mac Kinnon e da Andrea Dworkin : v. al riguardo la ricostruzione di S. J. HEYMAN, *Spheres, cit.*, 699 ss.

<sup>107</sup> *Ibidem*, 328.

anticipazione della sentenza *R.A.V.*, con riguardo all'analogo rapporto tra le *fighting words* e il *racist speech*.

### 11. *Silencing effect* del discorso razzista.

Per attaccare la liceità del pensiero razzista si è tentata anche una via indiretta, che fa filtrare le istanze egualitarie all'interno del I emendamento attraverso la metafora del *marketplace of ideas*. Si sostiene infatti che a causa della propaganda razzista che li definisce inferiori e perciò incapaci di esprimere messaggi dotati di qualche valore, interi gruppi sociali sarebbero scoraggiati dal contribuire con le proprie idee al dibattito pubblico<sup>108</sup>.

In quest'ottica il *silencing effect* non rileva tanto come danno subito da determinati soggetti, quanto come minaccia alla realizzazione del *self-government*, che secondo la dottrina dominante rappresenta il cuore pulsante del I emendamento.

Allo stesso risultato giunge chi vede nel discorso razzista la violazione del diritto di ciascuno al "riconoscimento come persona libera ed eguale", e quindi della "regola del mutuo rispetto" che rende possibile la deliberazione democratica<sup>109</sup>.

La richiesta è che lo Stato, lungi dal mantenersi neutrale, intervenga a favore dei gruppi esclusi, onde ricreare le condizioni che rendono genuino l'esercizio della democrazia<sup>110</sup>: echeggiando le dottrine che hanno sottolineato la necessità di "mantenere aperte" le strade della partecipazione politica a tutti quei soggetti sociali che rischiano di non essere mai ascoltati<sup>111</sup>.

Di fronte a questa richiesta, la difesa del principio di neutralità è stata tentata in due modi diversi, facenti appello alle due più celebri metafore del I emendamento: quella della Town Hall Assembly (i cittadini che si riuniscono per decidere sui problemi di comune interesse)<sup>112</sup> e quella del Dissenter

---

<sup>108</sup> V. *supra* la nota 102.

<sup>109</sup> Secondo una dichiarata impostazione kantiana e rawlsiana, S. J. HEYMAN, *Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression*, in *Boston Un. L. Rev.* 1998, 1378 ss.

<sup>110</sup> V. più in generale la posizione di C.R. SUNSTEIN, *Free Speech Now*, in G.R. STONE - R.A. EPSTEIN - C.R. SUNSTEIN, *The Bill of Rights in the Modern Age*, Chicago 1992, 255 ss. (che si riferisce non solo al divieto dell'*hate speech*, ma anche alla disciplina dell'accesso alle trasmissioni televisive, alla limitazione delle spese elettorali e alla proibizione dei messaggi sessisti, come strumenti per lasciare l'arena del dibattito pubblico ai soli discorsi che apportino effettivamente un contributo alla deliberazione collettiva).

<sup>111</sup> Cfr. J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial review*, Cambridge 1980, 73 ss.

<sup>112</sup> E' la metafora sviluppata da A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, Cambridge 1948.

(l'individuo che a proprio rischio e pericolo mette in discussione le *idéés reçues*, aprendo gli orizzonti mentali della collettività<sup>113</sup>).

Nel primo senso va la dottrina che al I emendamento assegna la funzione di creare uno "spazio franco", dove le regole di rispetto e di decenza dovrebbero essere sospese, onde consentire alle molteplici identità presenti sul suolo nordamericano di incontrarsi e di scontrarsi liberamente, e di costruire in tal modo una identità comune in perenne maturazione.

Anziché coltivare il senso di appartenenza ai propri gruppi di origine, e difenderne l'identità, i singoli dovrebbero accettare che questi vengano criticati e derisi ; anziché intervenire per difendere l'onore di tali gruppi, lo Stato li dovrebbe abbandonare alle sorti del dibattito, dal momento che imporre il concetto di onore proprio di uno dei gruppi significherebbe far prevalere una identità su tutte le altre<sup>114</sup>.

L'indignazione suscitata nei singoli da ciò che ascoltano, e lo scadimento dello stesso dibattito pubblico ad uno scambio di ingiurie e di aggressioni verbali, non possono intaccare, nell'ottimistica opinione dell'Autore, i presupposti della convivenza civile, per il semplice fatto che negli Usa (a differenza che in Europa) la collettività trova il suo collante nell'immagine del crogiuolo, e del I emendamento che lo rende possibile<sup>115</sup>.

In tal modo l'Autore dà conto della giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto irrilevanti i sentimenti di offesa, di rabbia, di vergogna che le parole pronunziate nel foro pubblico possono suscitare : da *Cantwell* (relativo ad offese verso Ministri di culto cattolici) a *Terminiello* (sulle virulente offese legate all'appartenenza ad un gruppo etnico), a *Cohen* (avente ad oggetto

---

<sup>113</sup> V.al riguardo S. H. SHRIFFIN, *The First Amendment, Democracy, and Romance*, Princeton University Press 1993 , 82 ss. ; e da ultimo C.R. SUNSTEIN, *Why Societies need Dissent*, Cambridge 2003, *passim*, dove con indagini di psicologia collettiva si ribadiscono le riflessioni di J.S. Mill.

<sup>114</sup> R. POST, *Constitutional domains. Democracy, Community, Management, cit.*, 134 ss., 308 ss.

<sup>115</sup> *Ibidem*, 9 ss., 147 ss., 301. Questo è ad opinione dell'Autore il "paradosso del I emendamento", reso possibile dalla coesione sociale che caratterizzerebbe la società americana, e che non sarebbe invece rintracciabile in Europa. Ad ogni buon conto, le violazioni più gravi delle regole di rispetto e di decenza potrebbero essere punite anche negli Stati Uniti, grazie alla possibilità di presentarle, in base ad una distinzione puramente convenzionale, come "azioni" (*ivi*, 144 s.)

l'espressione che offende il comune senso della decenza). Con riferimento a *Johnson e Eichman* (i famosi casi di *flag burning*) egli si spinge persino ad etichettare come valore proprio di un "gruppo", verso il quale lo Stato deve pur sempre mantenersi neutrale, il rispetto per la bandiera nazionale<sup>116</sup>.

Nonostante superi molte delle difficoltà connesse alla giurisprudenza costituzionale e alla stessa impostazione tradizionale del *self-government*<sup>117</sup>, questa tesi non appare certo in grado di argomentare con forza la libertà del pensiero razzista. Essa può anzi considerarsi il "canto del cigno" della dottrina formulata da Alexander Meiklejohn, sia perché priva il dibattito della sua funzione deliberativo-democratica, riducendolo ad un confronto tra identità sostanzialmente fine a se stesso; sia perché si dichiara impotente a sanare il senso di estraneità e di esclusione che fette rilevanti della società provano nei confronti del dibattito stesso, privandolo in definitiva anche della sua funzione legittimante<sup>118</sup>.

Altra dottrina ha cercato invece di riversare la libertà del discorso razzista nell'immagine del *dissenter*, e nella necessità di contrastare ogni forma di ortodossia in vista di una società aperta e perciò stesso efficiente<sup>119</sup>. In tal senso i razzisti andrebbero protetti perché esprimendo propositi scandalosi e dissacranti tengono vivo il senso di ribellione, l'anticonformismo, la capacità critica di chi li ascolta.

Ma a ben vedere questa immagine non si adatta ai razzisti: essi sembrano una minoranza anticonformista, apportatrice di discorsi molesti e perciò stigmatizzata dai benpensanti, mentre in realtà interpretano i pensieri inespressi della maggioranza, e tendono a perpetuare lo *status quo*

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, 137 ss., 306 ss.

<sup>117</sup> In particolare, Robert Post accantona i criteri di scrutinio "per categorie" che sono saltati dopo *R.A.V.*; inoltre corregge la fondamentale ingenuità di Alexander Meiklejohn, che presupponeva la neutralità delle regole del dibattito pubblico, dimenticando che esse sono necessariamente stabilite dalla maggioranza (*ivi*, 268 ss.)

<sup>118</sup> R.POST, *op.cit.*, 268 ss., 283 ss., là dove conclude scetticamente che l'assetto delle moderne democrazie si basa su alcune assunzioni, come l'autonomia individuale e la parità formale tra i privati, che pur non essendo realistiche non possono essere messe in discussione senza proporre contemporaneamente un nuovo progetto di società (che attualmente non è in vista).

<sup>119</sup> Attraverso un'approfondita ricostruzione degli orientamenti culturali che hanno dominato gli Stati Uniti, S.H. SHRIFFIN, *The First Amendment, loc.cit.*, dimostra come il *free speech*, più che promuovere la (bollingeriana) tolleranza, promuova gli istinti di ribellione, esprimendo una delle istanze più profondamente radicate nella mentalità nordamericana.

mettendo a tacere i deboli e i discriminati che avrebbero mille motivi per proclamare il loro dissenso<sup>120</sup>.

## 12. L'impossibile punizione del discorso razzista

In definitiva, nessun Autore è riuscito a mettere in giuoco un argomento veramente convincente a favore della libertà del discorso razzista ; e ciò nonostante quasi tutti ritengono inopportuna l'adozione di una *regulation* al riguardo.

Ciò che prevale, in fondo, è la convinzione che sia impossibile concepire una disciplina costituzionalmente adeguata, e insieme efficiente rispetto allo scopo.

Innanzitutto, si osserva che la legge non potrebbe mai formularsi in modo da non poter essere usata anche contro messaggi meritevoli di tutela<sup>121</sup>, o contro il discorso proveniente dalle stesse minoranze discriminate<sup>122</sup>; che essa si risolverebbe inevitabilmente nel divieto di forme incivili di espressione, colpendo soltanto il discorso dei gruppi marginalizzati<sup>123</sup>; che nell'imporre una presentazione colta e razionale al discorso razzista ne maschererebbe agli occhi del pubblico la brutalità<sup>124</sup>. Si ricorda inoltre che il divieto legale potrebbe incentivare il ricorso alla propaganda razzista, in quanto la notorietà derivante da questi reati supera spesso il timore della sanzione<sup>125</sup>; che l'intervento della legge difficilmente compenserebbe il danno subito dalle persone appartenenti

---

<sup>120</sup> S.H. SHRIFIN, *Racist speech, cit.*, 85 ss.

<sup>121</sup> Cfr. A.C. DESAJ, *Attacking Brandenburg with History*, in *Fed. Comm.L. J.* 2003, 394, che mette in guardia dai pericoli di *vagueness* e di *overbreadth*, ricordando come sia ritenuto "technically impossible to write an anti-speech code that cannot be twisted against speech that nobody means to bar".

<sup>122</sup> Cfr. W.B. FISCH, *op.cit.*, 37.

<sup>123</sup> R. POST, *op.cit.*, 313 s. nella giusta considerazione che forma e sostanza dell'espressione non si possono dividere. Sul tema dell'offesa rozza e immotivata va ricordata la critica feroce rivolta da F. FINOCCHIARO, *Propaganda religiosa e vilipendio della religione cattolica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1962, 497 ss. alla giurisprudenza della Cassazione penale (cui si ispirerà la sentenza n. 16 del 1973 della Corte costituzionale in materia di vilipendio politico). V. altresì C. FIORE, *Reati d'opinione*, Padova, 1972, 118.

<sup>124</sup> M. J. MANNHEIMER, *The Fighting Words Doctrine*, in *Col. L. Rev.* 1993, 1565, nota 210.

<sup>125</sup> 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*, in <http://papers.ssrn.com>

alle minoranze razziali, e accrescerebbe il risentimento nei loro confronti<sup>126</sup>; che in ogni caso esso non combatterebbe il razzismo, ma solo le sue manifestazioni esteriori, e rafforzerebbe l'identità dei gruppi, che è alla radice del razzismo<sup>127</sup>.

Come inconvenienti secondari, ma non meno rilevanti, si ricorda infine che tale disciplina aprirebbe il varco alle rivendicazioni di tutti i gruppi (che si ritengono) discriminati, sino ad imprigionare il discorso pubblico in una serie infinita di divieti<sup>128</sup>; e che la creazione di una nuova categoria di discorso non protetto favorirebbe un rilassamento degli standard adottati dai tribunali verso le leggi che limitano la manifestazione del pensiero<sup>129</sup>.

Quest'ultima obiezione è molto forte, e allude al pericolo di rimettere in discussione un assetto conquistato a prezzo di lacrime e sangue: un assetto che impone al giudice di applicare la distinzione tra categorie di discorsi protetti e di discorsi non protetti, inibendogli in via di principio il ricorso al bilanciamento caso per caso<sup>130</sup>.

In ultima analisi, ciò che si teme è il potere del Governo o dello Stato di utilizzare questo divieto per sopprimere soltanto i discorsi razzisti che non gradisce<sup>131</sup>.

Tutti problemi che le discipline adottate in Europa comprovano, e che peraltro, come abbiamo visto<sup>132</sup>, vengono messi tra parentesi. Qui la necessità di esorcizzare i fantasmi del passato, e di ribadire una moralità pubblica fondata sull'eguaglianza prevale infatti su tutto il resto.

---

<sup>126</sup> S.H. SHRIFFIN, *Racist speech, cit.*, 93 ss., 98 (dove nota che anche le *affirmative actions* suscitano risentimento, ma offrono in cambio vantaggi concreti).

<sup>127</sup> W.B. FISCH, *op.cit.*, 36.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> Argomento della "china scivolosa" (*slippery slope*), richiamato da M. ROSENFELD, *op.cit.*, 59, con riferimento al pensiero di Frederick Schauer.

<sup>130</sup> V. *supra* la nota 81. Il *categorical approach* non ha in verità un solido fondamento dogmatico, e scaturisce soprattutto dalla necessità di sostituire con un bilanciamento *ex ante*, ovvero con un *definitional balancing*, condotto per categorie astrattamente individuabili, il bilanciamento *ad hoc*, che nella pratica ha dimostrato di prestarsi alla *judicial capitulation* in materia di libertà di pensiero. Per questo motivo tale approccio è tenuto fermo da coloro che lo hanno elaborato, nonostante i suoi limiti, e nonostante la creazione da parte della giurisprudenza di categorie di discorsi che si distaccano dalle due principali (v. rispettivamente J.H. ELY, *op.cit.*, 110 ss.; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law, cit.*, 928 ss.).

<sup>131</sup> Cfr. riassuntivamente A. C. DESAJ, *op.cit.*, 385 ss.

<sup>132</sup> *Supra*, par. 6.

Negli Stati Uniti si tratta invece di ribadire un tabù diverso ( e in certo senso opposto a quello europeo) : il rifiuto del *thought control*, dell'ortodossia imposta dall'alto. Esso è per gli americani altrettanto sacro, da quando in suo nome si è rinunciato all'obbligo di salutare la bandiera, proprio quando era più forte il bisogno di rafforzare l'unità della Nazione ed i suoi simboli<sup>133</sup>.

L'aspetto paradossale della vicenda è che, per restare fedeli a questo tabù o *commitment*, gli statunitensi debbono esaltare il discorso razzista, in tutte le sue manifestazioni, come una vera e propria forma di partecipazione al dibattito pubblico. E' ciò che afferma esplicitamente la Corte Suprema in *Virginia v. Black* : l'affermazione della supremazia bianca sulle altre razze è *core political speech*<sup>134</sup>, e come tale non solo non è riconducibile alle categorie escluse dalla tutela del I emendamento, ma gode della tutela privilegiata accordata alle opinioni che fanno prosperare il *marketplace* delle idee, e che rendono possibile il *self-government* democratico.

Per converso, in Europa si è costretti paradossalmente a presupporre che discutere di razze significhi affrontare *issues* escluse dagli orizzonti della politica : ciò che evidentemente non è più sostenibile di fronte alla necessità di disciplinare la situazione dei lavoratori immigrati <sup>135</sup>.

### 13. Incitamento all'odio e divieti di discriminazione.

In nessun Paese del mondo si contesta d'altronde l'illiceità del discorso razzista "*targeted*", ossia diretto a persone determinate, che può rilevare a seconda dei casi come lesione dell'onore o aggressione all'integrità della sfera emotiva, se non come vera e propria minaccia.

Molti Paesi, ivi compresi gli Stati Uniti, hanno elaborato su queste basi una nuova figura di illecito, la c.d. molestia razziale, che comprende tutte le condotte, verbali e non verbali, con le quali si determina attorno alla vittima un clima ostile.

Questo modello di tutela prescinde da molte delle condizioni cui sono ancorate le tradizionali forme di responsabilità civile e penale, e quindi crea una più incisiva limitazione delle libertà individuali, tanto da reclamare una certa cautela nella sua applicazione. Esso appare quindi più ragionevole o

---

<sup>133</sup> Su *Barnette* come mito fondativo della cultura costituzionale statunitense v. R. NANIA, *La Corte suprema, la libertà di espressione delle idee ed il pubblico flag burning*, in *Giur.cost.* 1990, 1753, e ora C. R. SUNSTEIN, *Why Societies need Dissent*, cit., 96 ss. che ricorda come questa sentenza così coraggiosa sia stata adottata nel 1943, ossia nel pieno della Seconda guerra mondiale.

<sup>134</sup> 538 U.S. p. 20 (opinione del giudice O'Connor). Ma vedi già S. H. SHRIFFIN, *op.cit.*, 62, 69.

<sup>135</sup> Pertinente al riguardo la critica di R. POST, *op.cit.* 313, che ricorda ad esempio la necessità di discutere liberamente sulle *affirmative actions*.



accettabile quando si riferisce ad ambienti determinati, dove le vittime possano considerarsi una "*captive audience*", impossibilitata a sfuggire alle molestie, come avviene nei luoghi di lavoro o di studio.

In quest'ottica, la Corte Suprema ha dato per scontata, nella sentenza *R.A.V.*, la legittimità del divieto di creare – tramite discorsi o comportamenti razzisti – un *hostile environment* nel posto di lavoro<sup>136</sup>.

Non altrettanto successo ha avuto invece il tentativo di alcune Università di proscrivere al loro interno varie forme di intolleranza e di discriminazione, non solo per motivi di razza, ma anche di sesso, di religione, di orientamento sessuale (e talvolta altresì in ragione della qualità di reduce della guerra del Vietnam)<sup>137</sup>. Queste iniziative hanno incontrato l'ostilità delle Corti, com'era logico aspettarsi. La dottrina si è invece dimostrata più disponibile a riconoscere che il discorso all'interno dei *campus* non può essere paragonato *in toto* al dibattito pubblico, ed è suscettibile pertanto di subire limitazioni in ordine alle manifestazioni di pensiero razzista<sup>138</sup>.

Ora, il tipo di tutela approntato negli Stati Uniti verso certe forme di discriminazione razziale non appare sostanzialmente diverso da quello prefigurato nel diritto comunitario. In base alla Direttiva 2000 / 43 /CE del Consiglio<sup>139</sup> sono infatti da vietare i "comportamenti indesiderati adottati per motivi di razza o di origine etnica e aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo" (art.2, comma 3).

La vera differenza sta nell'indeterminatezza dell'ambito di applicazione, che peraltro potrà risentire delle scelte effettuate dagli Stati membri nell'attuazione della Direttiva.

In ogni caso, attraverso questa disposizione si vietano concreti atti di discriminazione a danno di individui determinati, e non semplici manifestazioni di opinioni. Lo stesso avviene per quei

---

<sup>136</sup> 505 US 389. V. la legislazione e la letteratura riportata da W.B. FISCH, *op.cit.*, 31.

<sup>137</sup> Cfr. R. DELGADO, *Campus antiracism Rules : Constitutional Narratives in Collision*, in *Northwest. Un. L. Rev.* 1990, 343 ss. ; R. POST, *op.cit.*, 323 ss.

<sup>138</sup> Cfr. R. POST, *op.cit.*, 329, che fa dipendere la legittimità dei divieti dalla missione educativa che le Università debbono svolgere.

<sup>139</sup> Direttiva del 29 giugno 2000, in G.U.C.E. 19 luglio 2000 n. 180, L 180/22, adottata in ossequio alle previsioni del Trattato di Amsterdam (art. 13). Cfr. J.-F. FLAUSS, *L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénofobie*, in *Rev.trim dr.h.* 2001, 487 ss.

comportamenti, cui pure accede la manifestazione di un convincimento razzista, che si concretano nel trattamento più sfavorevole riservato a determinati soggetti (come il rifiuto di concedere alloggi o di fornire servizi)<sup>140</sup>.

Vietando ai privati queste forme di discriminazione, le norme in esame fondano la limitazione del pensiero (o delle condotte espressive) non sul rispetto di principi morali o di una dignità umana gravida di ambiguità<sup>141</sup>, ma dei diritti spettanti ad individui determinati.

Sembra questo un risultato più tangibile, in termini di eguaglianza, di quello affidato alla proibizione della propaganda razzista. Senza dimenticare tutte le altre forme di intervento che i poteri pubblici possono e debbono mettere in opera<sup>142</sup> per migliorare le condizioni di vita dei soggetti discriminati, e per superare il senso di esclusione che li attanaglia, gettando un'ombra sul significato della nostra democrazia.

In definitiva, l'incitamento all'odio sembra un reato da cancellare, e tanto più nei frangenti attuali, quando la tentazione di prevenire il terrorismo reprimendo le manifestazioni di pensieri e culture "diversi" può essere forte<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. art. 3, lett. h) della Direttiva.

<sup>141</sup> Sul rischio che il concetto di dignità, inteso in senso oggettivo, entri in conflitto con il pluralismo delle nostre società, sfociando in una nuova forma di paternalismo v. D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value, Part I*, in *Public Law* 1999, 682 ss. Per un'interpretazione restrittiva v anche M. HERDEGEN, *sub art. 1*, in I. MAUNZ – G. DURIG, *Grundgesetz Kommentar, loc.cit.*

<sup>142</sup> V. in questo senso R. POST, *op.cit.*, 321 ; M. AINIS, *op.cit.*, 441 ss. ; P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione : un vecchio tema che torna d'attualità nella società multietnica ,cit.*, 122 ss.

<sup>143</sup> Potrebbe forse restare il reato di incitamento alla discriminazione, ma soltanto se questa fosse punita a termini di legge come illecito penale, il che di regola non è. In Gran Bretagna ad esempio il *Race Relations Act* del 1976 prevede un procedimento amministrativo di diffida, cui può seguire un provvedimento giurisdizionale. Esso si applica agli atti di discriminazione, e ora anche alle molestie previste dalla Direttiva C.E. (da non confondere con il *racially aggravated harassment*, che è l'unica fattispecie punita penalmente).