

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

MIA CAIELLI

Il DDL Zan tra diritto penale,
democrazia e pluralismo.
Profili di diritto costituzionale:
pari dignità, principio pluralista, libertà di manife-
stazione del pensiero.

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2021-2

Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero

Sommario

1. Premessa – 2. Sulla necessità di una interpretazione evolutiva della libertà di manifestazione del pensiero - 3. L'approccio della Corte europea dei diritti umani sui discorsi d'odio omofobico– 4. Brevi considerazioni conclusive: punire l'hate speech per una democrazia inclusiva, anche delle donne.

Abstract

Il contributo intende riflettere in maniera critica, a partire dal dibattito politico-giuridico sollevato dalla presentazione del disegno di legge c.d. Zan, sui dubbi di costituzionalità che continua a porre la repressione penale dei discorsi d'odio. La presente analisi riguarda essenzialmente l'annosa questione dei possibili limiti alla libertà di manifestazione del pensiero quale pilastro fondante ogni assetto democratico e sostiene la necessità di una rilettura del free speech che tenga conto delle esigenze proprie degli ordinamenti europei quali stati di diritto sociali e pluralisti. In particolare, l'analisi si concentra su quello che si ritiene essere il vero danno delle espressioni di intolleranza, ovvero un danno da disconoscimento tale da precludere sia alle donne, sia a minoranze oggi ancora poco tutelate dal diritto antidiscriminatorio vigente come quelle sessuali, la partecipazione effettiva alla vita pubblica.

This contribution seeks to critically investigate the problematic issues related to the limits of freedom of expression, starting from the current political and legal debate over the so-called Zan Bill. It aims at emphasizing that contemporary social democracies should regulated hate speech as part of their constitutional commitment to human dignity, respect for the members of vulnerable minorities and pluralism. In particular, the analysis will focus on the harm of hateful discourses, namely the misrecognition and silencing of women and subaltern groups, preventing them to fully and actively participate in political and public life.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Torino. Il contributo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Premessa

Con il presente scritto si intende contribuire al dibattito sulla legittimità costituzionale della repressione penale dei discorsi d'odio prevista dal c.d. Ddl Zan, approvato dalla Camera dei deputati il 4 novembre 2020 ma il cui *iter* di approvazione si è fermato al Senato nel mese di ottobre 2021.

Non ci si soffermerà nel dettaglio sui contenuti di tale articolata proposta normativa, per limitarsi a riflettere sull'estensione degli artt. 604 *bis* e *ter* del Codice penale alle condotte motivate da sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità della persona offesa.

Ora, vale la pena premettere che la riflessione sul potenziale conflitto del Ddl Zan con la libertà di manifestazione del pensiero debba essere condotta assumendo come presupposto che qualora i dubbi di costituzionalità sollevati da una parte della dottrina dovessero rivelarsi fondati, non si vede come questi possano riguardare solo la tutela contro le discriminazioni fondate su tali ulteriori caratteristiche personali e non le norme che puniscono i discorsi d'odio etnico-razziale, nazionale e religioso vigenti in Italia da decenni. La l. n. 654 del 1975 (c.d. Legge Reale) di ratifica della Convenzione di New York del 1965 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, aveva già previsto, all'art. 3 la sanzione penale per l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La legge di conversione del d.l. n. 122 del 1993, l. 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. Legge Mancino), recante: "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa" aveva modificato tale art. 3, estendendo alle discriminazioni religiose l'azione di repressione penale, disposizione ulteriormente emendata dalla l. 85 del 2006, alleggerendo il quadro sanzionatorio originario e sostituendo la condotta di «incitamento» con quella di «istigazione» e la condotta di «diffusione delle idee» con quella di «propaganda». Da ultimo, il d.lgs. n. 21 del 2018 ha inserito nel Codice penale l'art. 604 *bis*, rubricato "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa", e introdotto l'art. 604 *ter* contenente disposizioni sulle circostanze aggravanti e attenuanti dei crimini d'odio sempre guidati dall'appartenenza etnica o religiosa della vittima.

Ora, tanto la giurisprudenza di merito, quanto quella di legittimità, hanno in più occasioni dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate con riferimento al divieto di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio etnico-razziale¹. La Corte costituzionale, però, pur non essendo mai stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della disciplina vigente in materia di crimini d'odio – ampia categoria cui l'*hate speech* può ritenersi ascritto - con l'art. 21 della Costituzione, ha più volte ribadito la possibilità per il legislatore di limitare la libertà di espressione per ragioni non più e non solo riconducibili al "buon costume", tanto che la dottrina si è interrogata sulla opportunità di una eventuale revisione costituzionale volta a chiarire, anche solo mediante una clausola aperta riferita a una generica necessità di tutela di altri diritti e interessi di rilievo costituzionale, la possibilità per il legislatore di porre restrizioni all'esercizio della libertà di espressione². Sono infatti numerose e ormai risalenti nel tempo le pronunce in cui la Corte costituzionale ha inteso il diritto di

¹ Ad esempio, la Corte di cassazione - sez. III, con la sentenza n. 37581 del 7 maggio 2008, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3, legge 13 ottobre 1975, n. 654, come successivamente modificata, laddove vieta la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, per asserito contrasto con l'art. 21 Cost., argomentando come la libertà di manifestazione del pensiero cessi qualora sfoci in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista.

² Cfr. al riguardo M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 215-218. Per un'analisi critica della evoluzione giurisprudenziale in materia, soprattutto con riferimento alla teoria sostanzialistica di Esposito e ai limiti impliciti della libertà di espressione, si veda C. Caruso, *La libertà di espressione in azione: contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, BUP, 2013, spec. pp. 91-95.

manifestazione del pensiero sottoposto a più limiti impliciti: ci si limita a ricordarne una, la n. 20 del 1974 che, richiamando diversi precedenti, ha chiarito che la tutela del buon costume «non costituisce il solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo invece altri limiti - impliciti - dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione (sentenze nn. 19 del 1962; 25 del 1965; 87 e 100 del 1966; 199 del 1971, 15, 16 e 133 del 1973), di guisa che, in tal caso, l'indagine va rivolta all'individuazione del bene protetto dalla norma impugnata ed all'accertamento se esso sia o meno considerato dalla Costituzione in grado tale da giustificare una disciplina che in qualche misura possa apparire limitativa della fondamentale libertà in argomento»³.

La giurisprudenza italiana si muove dunque lungo una traiettoria che vanno da tempo percorrendo anche le corti sovranazionali, nonché i giudici costituzionali della maggior parte delle democrazie europee, rendendo pertanto inevitabile una rivisitazione della portata odierna della libertà di espressione, più aderente non solo agli obiettivi di tutela dell'eguaglianza sostanziale e di salvaguardia della dignità umana posti a fondamento del costituzionalismo liberal-democratico, ma anche di un riconoscimento del diritto alla differenza che implica un superamento dei limiti del pensiero liberale che poneva l'accento sull'aspetto individualistico delle libertà – compresa quella di parola – con inevitabili conseguenze sulla effettività del pluralismo della rappresentanza e sul perpetuarsi delle dinamiche di esclusione e assimilazioniste esplorate dai teorici del multiculturalismo⁴.

2. Sulla necessità di una interpretazione evolutiva della libertà di manifestazione del pensiero

Partendo quindi dalla premessa per cui la libertà di espressione possa subire restrizioni derivanti dalla repressione penale dell'*hate speech*, interessa soffermarsi pur brevemente sui principi di eguaglianza sostanziale e pari dignità sociali quali fondamenti costituzionali delle norme incriminatrici come quelle contenute nel Ddl Zan e sul bene giuridico che queste mirano a proteggere. Questo non è più rinvenibile nell'ordine pubblico che miravano a proteggere i reati di opinione⁵, non ha la stessa matrice del reato di istigazione all'odio tra classi sociali previsto dall'art. 415 del Codice penale dichiarato incostituzionale nel 1978⁶, ma negli interessi riconducibili alla dignità dei gruppi. Di particolare interesse pare al riguardo una pronuncia con cui i giudici di legittimità hanno collegato il reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità etnico-razziale al divieto di discriminazione sancito dal D.lgs. n. 215 del 2003 che, all'art. 2, fa esplicito riferimento alla dignità della persona, chiarendo come l'oggetto specifico della tutela penale «non è costituito dall'ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta»⁷. Pertanto, come è stato ben argomentato, «l'esercizio della libertà individuale non si confronta più con le esigen-

³ Corte costituzionale, sentenza del 30 gennaio 1974, n. 20, Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁴ Cfr. soprattutto C. Taylor, *The Dynamics of Democratic Exclusion*, in *Journal of Democracy*, 1998, pp. 143-156, laddove sottolinea come «*The entry of new kinds of people into the country, or into active citizenship, poses a challenge. The exact content of the mutual understanding, the bases of the mutual trust, and the shape of the mutual commitment all have to be redefined or reinvented*», p. 146.

⁵ Un «ordine pubblico inteso in un'accezione ideale, quale necessaria adesione della persona ad un dato sistema di valori» (C. Caruso, *op. cit.*, p. 183).

⁶ Corte costituzionale, sentenza del 23 aprile 1978, n. 108.

⁷ Corte di Cassazione, Sez. III pen., sentenza del 13 dicembre 2007, n. 13234. Non trascurabile pare in ogni caso l'appunto critico di quella dottrina che rinviene «una tendenza degli attuali ordinamenti liberaldemocratici a considerare la dignità umana edulcorato sostituto dell'ordine pubblico ideale» (C. Caruso, *op. cit.*, p. 249).

ze di autoconservazione del pubblico potere ma con quelle “regole di civiltà” promosse dall’ordinamento per tutelare quella particolare forma di organizzazione sociale (la “comunità”) che concorre a strutturare l’identità culturale della persona»⁸. Del resto, è bene notare, la vigente normativa in materia di crimini d’odio di matrice razzista, religiosa e nazionale è collocata nel Codice penale alla Sezione I bis del Capo III dedicata a “*I delitti contro l’uguaglianza*”, così consentendo di rintracciare il fondamento costituzionale dei suoi artt. 604 *bis* e *ter* negli artt. 2 e 3 Cost.⁹. Come sostenuto da una giurisprudenza che va sempre più arricchendosi e consolidandosi, la dignità invocata come limite al discorso d’odio è intesa quale valore, per alcuni “superconstituzionale”¹⁰ e quindi tale da prevalere in un potenziale conflitto con la libertà di espressione, la cui dimensione individualistica è destinata a soccombere in nome di quella collettiva¹¹: e se tale comprensione del valore della dignità, per alcuni, sarebbe da rifiutare in quanto non aderente alla lettera della Costituzione che, proclamando la “pari dignità sociale” ne propone il carattere relazionale¹², non può trascurarsi che la dignità umana proclamata come inviolabile dall’art.1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e sempre più sovente invocata dalla Corte europea dei diritti umani nonostante la mancanza di qualsivoglia riferimento ad esso nella Convenzione¹³, va affermandosi non tanto come valore a carattere relativo, quanto come autonomo diritto fondamentale che porta con sé una non trascurabile valenza collettiva¹⁴. Ciò che più interessa ai fini della presente trattazione è come tale tendenza sia riscontrabile soprattutto nella giurisprudenza in materia di discorsi d’odio e, in particolare, di quella in materia di odio omofobico, di cui si farà cenno nel paragrafo seguente. Insomma, pare sempre più convincente la definizione di dignità umana proposta da Jeremy Waldron, che la intende «come il più basilare diritto di una persona a far parte della società a pieno titolo, come persona a cui non è preclusa l’effettiva interazione sociale in ragione della sua appartenenza a una determinata categoria o gruppo minoritario»¹⁵. Waldron non è del resto l’unico, nella letteratura giusfilosofica nordamericana, a ripensare l’impostazione tradizionale in tema di *hate speech*, proponendo un esercizio della libertà d’espressione proclamata nel I Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, che non sfugga a un’interpretazione *dignity oriented*. La legge fondamentale del 1787, naturalmente intrisa del pensiero liberale settecentesco, viene dunque riletta rifuggendo ogni interpretazione originalista del suo testo,

8 C. Caruso, *op. cit.*, p. 84.

9 Su cui si veda diffusamente L. Goisis, *Crimini d’odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene 2019, spec. pp. 263-288.

10 Così definito da A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 343 ss., nonché da L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione: l’istigazione all’odio razziale*, Padova, Cedam, 2009, che rinviene il carattere “superconstituzionale” del valore della dignità «nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell’uomo come “con-fine” degli ordinamenti» (p. 239).

11 C. Caruso, *op. cit.*, p. 112.

12 *Ibidem*.

13 La tutela della dignità umana fa infatti il suo ingresso nel diritto del Consiglio d’Europa nel 2002, con il *Protocollo alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali n.13*, relativo all’abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza del 2002 laddove si afferma che «l’abolizione della pena di morte è essenziale per la protezione di questo diritto ed il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani».

14 Sul frequente riferimento alla dignità umana da parte dei giudici di Strasburgo cfr. C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, vol. 19, no. 4, 2008, pp. 655-724. Più in generale, la questione dei molteplici significati attribuiti a tale diritto (o valore) si rinvia ai contributi in C. McCrudden (a cura di), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

15 J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Ma - London, 2012, p. 105 (tr. mia).

per sostenere la repressione penale delle c.d. “parole che feriscono”¹⁶, lasciando che entrino in gioco, nella riflessione sulla ammissibilità costituzionale delle normative in materia di discorsi d’odio, i principi fondanti non solo lo stato liberale classico che ha partorito la libertà di espressione, ma dello stato sociale o liberaldemocratico. Forma di stato, quest’ultima, per tornare in Italia e al dibattito sul Ddl Zan, che la Costituzione italiana ha espressamente instaurato, mirando a perseguire la giustizia sociale e a tutelare i soggetti più vulnerabili: ecco allora che l’*hate speech* si ritiene che ben possa, anzi debba, essere punito non tanto o non solo in quanto manifestazione del pensiero che rischia di trasformarsi in azione, ma anche solo in quanto esternazione percepita come umiliante e offensiva da parte degli appartenenti a gruppi tradizionalmente marginalizzati e oppressi che il legislatore ritenga bisognosi di particolare tutela in ragione della loro vulnerabilità.

Al riguardo, non può non convenirsi come la diffusione di messaggi non solo razzisti, ma anche sessisti, omo-transfobici, oppure fondati sulla disabilità e l’appartenenza religiosa, abbia come inevitabile effetto quello che la dottrina nordamericana indica come *silencing*: detto altrimenti, essi determinano un danno che non è solo la potenziale commissione di fatti già previsti come reati contro gli individui che ne sono destinatari, quanto, *in primis*, il c.d. danno di disconoscimento, che consisterebbe nella creazione di un ambiente ostile e di diffidenza idoneo a perpetuare la condizione di subordinazione sociale e l’assenza dal dibattito pubblico di certe categorie di individui¹⁷.

L’affermarsi dell’universalità del suffragio, del principio della parità di genere, etnico-razziale e religiosa, e più recentemente, dal riconoscimento del rango costituzionale del diritto a non subire discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale e sulla identità di genere richiede quindi una rivisitazione della basilare libertà di manifestazione del pensiero fondante ogni democrazia. I grandi classici, non solo statunitensi, ma anche italiani, in materia di libertà di espressione risentono infatti del momento storico-culturale in cui sono stati scritti: un momento in cui la libertà di parola interessava – almeno di fatto – una parte estremamente esigua della popolazione: maschile, bianca, eterosessuale, cisgenere, sia con riferimento a chi la esercitava, sia con riferimento all’*audience*, posto che l’accesso alla carta stampata era privilegio di pochi.

Il costituzionalismo novecentesco della seconda e dalla terza ondata di democratizzazione presenta, invece, tra le sue caratteristiche essenziali quella di attribuire rilevanza all’ingresso di nuove soggettività nella cittadinanza attiva. Da un lato, il riconoscimento del suffragio femminile avvenuto solo negli anni immediatamente precedenti, ha portato all’adozione di specifiche disposizioni relative ai diritti politici e civili delle donne che accompagnano e ribadiscono l’esplicito divieto di discriminazione in ragione del sesso: ed è a partire da queste che sono stati compiuti alcuni tentativi di disvelamento della matrice patriarcale della costruzione della categoria dell’individuo sessualmente neutro¹⁸ ed è stata affrontata anche dal punto di vista giuridico la questione della «*two-track citizenship model for men and women on the basis of a theory of separate spheres*»¹⁹, ovvero la sfera domestica e quella pubblica. Dall’altro, la precisazione dell’eguaglianza etnico-razziale e religiosa è il risultato della ferma reazione alle sistematiche violazioni di diritti umani messe in atto dai regimi nazista e fascista. Il riconoscimento delle minoranze sessuali – ovvero delle persone LGBT- come membri a pieno titolo della società, è invece sicuramente più recente e codificato esplicitamente solo nelle leggi fondamentali degli ultimi decenni. Il legame tra sessualità e cittadinanza è divenuto oggetto di analisi solo a partire

16 Il riferimento è al titolo del celebre volume di C.R. Lawrence, M. J. Matsuda, R. Delgado, K.W. Crenshaw, *Words that Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Taylor & Francis, New York, 1993.

17 Così E. Galeotti, *Hate speech: un dibattito lungo due decenni*, in *Biblioteca della Libertà*, 2019, n. 224, pp. 3-18.

18 C. Pateman, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Moretti & Vitali, Bergamo, 2015 (ed. originale *The Sexual Contract*, Oxford, Stanford University Press, 1988).

19 R. Rubio-Marín, *On Constitutionalism and Women’s Citizenship*, in *Current Legal Problems*, 2021, pp. 1- 42, p. 2.

dalla fine dello scorso secolo: dopo la riflessione di Carole Pateman su come la cittadinanza sia stata costruita sul modello maschile, ulteriori critiche sono mosse alla teoria liberale classica caratterizzata dalla implicita definizione del cittadino come maschio adulto eterosessuale dalla letteratura sociologica che ha ragionato sulla nozione di “cittadinanza sessuale”, indagando l’eteronormatività come modello prevalente che assume molteplici dimensioni e che rileva per la sua capacità di condurre alla marginalizzazione sociale di coloro che non vi si conformano²⁰. V’è di più. L’annosa e sempre attuale questione del dualismo tra pubblico e privato, che occupa un posto centrale nell’articolato pensiero della differenza sessuale, ma anche nella indagine appena menzionata sulla rilevanza pubblica delle vite sessuali degli individui che ha dato vita al concetto di cittadinanza intima (o sessuale), interessa anche la riflessione sulle ragioni della repressione del discorso d’odio. La tradizionale dicotomia (liberale) tra stato e società, pubblico e privato e così via tende a rafforzare l’idea per cui gli «*existing social arrangements are just, natural, inevitable, legitimate, thereby denying our capacity to conceive of new forms of human relations and to challenge existing forms of domination*»²¹. Al riguardo, pare di estremo interesse e attualità l’attenzione posta da Mari Matsuda sulla significativa restrizione della possibilità effettiva di partecipare alla vita politica riguardante certi gruppi minoritari quale conseguenza del silenzio dei pubblici poteri in materia di propaganda di idee razziste dalla sfera privata. Ecco, allora, che il contrasto tra la sacralità del *free speech* e gli obiettivi costituzionali di libertà ed eguaglianza possa essere risolto spostando «*the societal response from the private to the public realm*»²², così supportando l’argomento proposto da Richard Delgado relativo agli effetti dannosi che i discorsi d’odio hanno non soltanto per i loro destinatari, ma per la società complessivamente intesa²³.

Ecco, quindi, perché si ritiene che la libertà di manifestazione del pensiero così come concepita nel passaggio dallo stato assoluto a quello liberale, strettamente legata alla tutela della libertà religiosa, vada ripensata e aggiornata alla luce dei principi della liberaldemocrazia e letta in combinato disposto con le disposizioni che proclamano l’eguaglianza sostanziale e la dignità umana. È del resto, questa, un’operazione che tanto il diritto internazionale, quanto quello europeo, vanno compiendo da alcuni anni, attraverso l’adozione di convenzioni, dichiarazioni e documenti talvolta di *soft-law*, che impongono o suggeriscono ai legislatori nazionali la repressione di determinate forme di discorso d’odio, odio fondato su caratteristiche personali che certo non si esauriscono più nell’appartenenza etnica e religiosa²⁴. Documenti, almeno i più recenti, che tengono in debito conto la pervasività e l’effetto moltiplicativo dei messaggi d’odio che caratterizza l’era digitale, in cui i *social media* rappresentano il

-
- 20 Ci si limita in questa sede a richiamare T.D. Evans, *Sexual Citizenship: The Material Construction of Sexualities*, London-New York: Routledge, 1993 e K. Plummer, *Intimate Citizenship: Private Decisions and Public Dialogues* Seattle, WA, University of Washington Press, 2003: in particolare, quest’ultimo si sofferma sulle implicazioni dell’inclusione del corpo e dell’intimità nella dimensione della cittadinanza, sottolineando la crucialità dell’accesso alle rappresentazioni, alle relazioni e agli spazi pubblici.
- 21 N. Rose, *Beyond the Public/Private Division: Law, Power and the Family*, in *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 1, 1987, pp. 61–76, p. 63.
- 22 M.J. Matsuda, M.J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story*, in *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 8, pp. 2320-2381, p. 2321.
- 23 R. Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in C.R. Lawrence, M.J. Matsuda, R. Delgado, K. Crenshaw, *Words that Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, And the First Amendment*, New York, Taylor & Francis, 1993, pp. 89-110.
- 24 Su tali normative si rinvia alla recente ricostruzione di I. Spadaro, *Il contrasto allo Hate Speech nell’ordinamento costituzionale globalizzato*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. pp. 189-225.

principale luogo in cui la libertà di parola viene esercitata²⁵.

3. L'approccio della Corte europea dei diritti umani sui discorsi d'odio omofobico

Nel 1952 la Corte Suprema degli Stati Uniti, con la pronuncia *Beauharnais v. Illinois*²⁶, aveva ammesso la possibilità degli stati di vietare la propaganda razzista in quanto diffamazione di gruppo (*group libel*), sottolineando come la legge in considerazione nel caso di specie che puniva gli spettacoli o l'esposizione di immagini lesive dell'identità culturale, razziale o religiosa dei cittadini tenesse in debita considerazione «il forte impatto emotivo» che simili abusi della libertà di espressione potevano avere sui loro destinatari, con il risultato di «privarli dell'eguale diritto a esercitare le proprie libertà»²⁷. Pur nella consapevolezza del superamento di tale precedente già negli anni immediatamente successivi²⁸, Waldron ritorna sugli argomenti utilizzati dal giudice Frankfurter, estensore della opinione di maggioranza ed è difficile non scorgere assonanze tra questa superata giurisprudenza e gli approdi della Corte europea dei diritti umani in materia di repressione dell'odio omofobico dell'ultimo decennio, in cui emerge una analoga concezione della natura del danno provocato dai discorsi d'odio²⁹.

Nella prima controversia relativa alla compatibilità della repressione penale del discorso d'odio omofobico con la libertà di espressione garantita dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti umani (d'ora in poi CEDU), i giudici di Strasburgo colgono l'occasione per ammettere che l'esercizio del diritto di parola possa subire restrizioni volte alla tutela della reputazione e dei diritti della comunità omosessuale. Particolarmente degna di nota in questa decisione di ormai un decennio fa, *Vejdeland v. Svezia*³⁰, è la concezione di *hate speech* accolta dalla maggioranza della Corte, che non esita ad affermare che la sanzionabilità dello stesso prescinde dal suo configurarsi come incitamento o istigazione all'odio o alla violenza, dovendosi, invece, ricondurre semplicemente alla sua natura pregiu-

25 L'analisi delle molteplici problematiche sottese alla diffusione dei discorsi d'odio su internet esula dai confini di questo breve contributo: ci si limita pertanto a rinviare, nella dottrina italiana, a O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2018, pp. 48-82 e L. Goisis, *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in *Genius*, n. 1, 2021, pp. 67-86.

26 *Beauharnais v. People of the State of Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

27 *Ivi*, p. 261.

28 Già a partire 1964, infatti, con la decisione *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), la Corte Suprema ha negato che il legislatore possa sanzionare le espressioni offensive o denigratorie che non rappresentino incitamenti a commettere azioni illecite. La letteratura sulla giurisprudenza statunitense in materia di I Emendamento è sterminata: ci si limita qui a rinviare alla dottrina italiana e, in particolare, alle ricostruzioni di C. Caruso, *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013, I. Spigno, *Speech is powerful. La Corte suprema statunitense e il I Emendamento*, in *Diritticomparati.it*, 2011, e L. Scaffardi, *op. cit.*, pp. 107-127.

29 J. Waldron, *op. cit.*, spec. pp. 47-52.

30 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 9 febbraio 2012, *Vejdeland v. Svezia*, ricorso n. 1813/07, pubblicata in *Articolo29*: <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-europea-dei-diritti-delluomo-prima-sezione-vejdeland-e-altri-contro-svezia-decisione-del-9-febbraio-2012/>.

dizievole³¹. Ancora, pur non invocando il valore della dignità umana, la Corte rinviene nella restrizione della libertà di parola uno strumento utile ai fini del contrasto alle discriminazioni nei confronti degli appartenenti a determinati gruppi, così lasciando emergere la opportunità di un diritto penale antidiscriminatorio: «*When a particular group is singled out for victimisation and discrimination, hate-speech laws should protect those characteristics that are essential to a person's identity and that are used as a evidence of belonging to a particular group*»³².

Con la più recente pronuncia *Beizaras e Levckas c. Lituania*³³, la Corte europea dei diritti umani sembra spingersi oltre nel motivare la decisione di condanna del Paese convenuto in giudizio per non aver condotto indagini effettive sui gravi commenti omofobi e sugli incitamenti alla violenza postati su Facebook a danno dei ricorrenti. Assai significativo pare, infatti, in questa decisione, tanto il richiamo alla giurisprudenza precedente in materia di negazionismo, finalizzato a ribadire l'essenzialità del rispetto della diversità nelle società democratiche pluralistiche, implicante quella «*harmonious interaction of persons and groups with varied identities*»³⁴ che l'implicita legittimazione del discorso d'odio di fatto minaccia, quanto l'attenzione al "valore costituzionale" della dignità espressamente richiamato per descrivere le espressioni di odio rivolte ai giovani ricorrenti lesive del loro benessere psicologico e della loro dignità³⁵.

Infine, pochi mesi dopo, la Corte di Strasburgo è tornata ad esprimersi sull'*hate speech* omofobico non rinvenendo alcuna violazione della libertà di espressione nella condanna penale inflitta al ricorrente per avere formulato commenti di tenore diffamatorio e denigratorio nei riguardi delle persone omosessuali durante una trasmissione radiofonica soprattutto riferite a iniziative volte all'inclusione delle diversità intraprese da alcuni istituti scolastici della sua città. Con la decisione *Liellendahl v. Islanda*³⁶, la Corte insiste, ancora una volta, sulla rilevanza pubblica delle espressioni di intolleranza, ribadendo come il necessario bilanciamento tra il diritto individuale alla libertà di manifestazione del pensiero ben può retrocedere dinanzi al «*more general public interest in the case encompassing the rights of gender and sexual minorities*»³⁷.

4. Brevi considerazioni conclusive: punire l'*hate speech* per una democrazia inclusiva, anche delle donne

Nei paragrafi precedenti si è inteso contribuire al dibattito costituzionalistico in materia di discorsi d'odio rivolgendosi l'attenzione alla opportunità, oltre che legittimità, di limitazioni della libertà di ma-

31 Dec. cit., § 55. L'interpretazione della *ratio* sottesa alla repressione del discorso d'odio pare quindi ben più ampia di quella accolta dalla Corte di Cassazione italiana che, con la sentenza del 22 maggio 2015, sez. I, n. 42727, ha sì ritenuto che il reato di incitamento alla violenza ed atti di provocazione commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, sia un reato di pericolo che, quindi, si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari, ma ha affermato la necessità di valutare la concreta e intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta.

32 Dec. cit., § 46.

33 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 14 gennaio 2020, *Beizaras e Levckas c. Lituania*, ricorso n. 41288/15.

34 *Ivi*, § 107.

35 *Ivi*, § 117.

36 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 11 giugno 2020, *Liellendahl v. Islanda*, ricorso n. 29297/18.

37 *Ivi*, § 47.

nifestazione del pensiero volte a renderla non tanto funzionale, quanto finalizzata all'attuazione di tre principi fondanti le liberal-democrazie contemporanee che non figuravano tra quelli caratterizzanti la forma di stato entro la quale tale libertà era stata concepita e proclamata: il pluralismo, l'eguaglianza sostanziale e la dignità umana. Vale però la pena domandarsi se quanto scritto riguardi il Ddl Zan. Detto altrimenti: davvero è possibile dubitare della costituzionalità di tale proposta normativa in ragione di un suo possibile contrasto con l'art. 21 Cost.? Non pare, infatti, sia stato sufficientemente sottolineato nel lungo e acceso dibattito degli ultimi due anni che il disegno di legge mira a punire esclusivamente l'istigazione alla discriminazione: la sanzionabilità della propaganda di cui all'articolo 604 *bis* rimarrebbe, infatti, circoscritta alle idee fondate sulla superiorità etnica o sull'odio razziale. Inoltre, come è già stato ben evidenziato in dottrina, la formulazione della disposizione induce a ritenere condotta istigatoria penalmente rilevante solo quella idonea a determinare il concreto pericolo che, in conseguenza dell'istigazione, possano essere compiuti atti discriminatori o violenti³⁸. Non solo, ma ammesso e non concesso che ve ne sia bisogno, l'art. 4 del disegno di legge si premura altresì di far salve «la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte», con il solo limite dell'idoneità di quelle condotte e di quelle opinioni a «determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».

Insomma, tanto rumore per nulla? Forse no, perché la questione della compressione della libertà di parola potrebbe essere sollevata anche con riferimento alle forme che³⁹ può assumere la discriminazione: del resto, già si sono levate voci critiche con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sin dai tempi della sentenza *Feryn*, con cui si era ampliato il raggio d'azione della Direttiva 43/2000/CE in materia di eguaglianza etnico-razziale alle dichiarazioni discriminatorie, aprendo la strada a ulteriori pronunce degli stessi giudici di Lussemburgo, ma anche nazionali, che hanno ricondotto al divieto di discriminazione diretta le esternazioni pubbliche di potenziali datori di lavoro sia a contenuto razzista, sia omofobico, adducendo motivazioni spesso utilizzate per motivare la repressione penale dei discorsi d'odio⁴⁰.

Ciò premesso, tornando alla opportunità e legittimità costituzionale di un contrasto alle discriminazioni che preveda anche il ricorso al diritto penale, si intende in queste ultime righe esaminare brevemente la questione della lotta alla misoginia inclusa nel Ddl Zan, ribadendo come la sanzione dei discorsi odiosi, stigmatizzanti e denigratori debba intendersi come finalizzata al raggiungimento di una democrazia inclusiva. Democrazia, quest'ultima, che può essere qui intesa come '*deep democracy*' per utilizzare l'espressione coniata da Iris Marion Young nella sua analisi critica delle dinamiche di esclusione proprie del modello tradizionale di democrazia deliberativa⁴¹ e nella sua riflessione sugli strumenti volti a rendere effettive l'inclusione sociale e la partecipazione collettiva in condizioni di reale parità della cittadinanza⁴², tra i quali occupa un posto non trascurabile la repressione dell'*hate*

38 Cfr. A. Schillaci, *Riconoscere pari dignità promuovendo coesione: per una difesa del d.d.l. Zan*, in *Giustizia Insieme*, 13 luglio 2021 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-penale/1855-riconoscere-paridignita-promuovendo-coesione-per-una-difesa-del-d-d-l-zan-di-angelo-schillaci>).

39 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 10 luglio 2008, *Firma Feryn*, Causa C-54/07.

40 Ci si limita qui a menzionare la recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 23 aprile 2020 *NH c. Rete Lenford*, Causa-507/18. Per un'analisi dell'impatto del diritto antidiscriminatorio europeo sull'esercizio della libertà di espressione si veda, *ex pluribus*, P. Quinn, *The problem of stigmatizing Expressions: The Limits of Anti-discrimination Approaches*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 17, n. 1, 2017, pp. 23 ss.

41 I.M. Young, *Inclusion and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2001 ed Ead., *Activist Challenges to Deliberative Democracy*, in *Political Theory*, vol. 29, n. 5, 2001, pp. 670-690.

42 Per un approfondimento e una discussione del modello di democrazia teorizzato da Young si rinvia a E. Piromalli, *Una democrazia inclusiva. Il modello di Iris Marion Young*, Milano, Mimesis, 2017.

*speech*⁴³.

Ora, il rapporto tra donne e democrazia è tutt'altro che semplice e risolto. L'intervento del diritto nella lotta alle discriminazioni tra i sessi è iniziato decenni fa, almeno da quando il fattore "sesso" è entrato nel nucleo forte del principio di eguaglianza. Ma si tratta di una lotta condotta sul piano legislativo per lo più attraverso interventi nel settore del lavoro, della tutela della maternità, della parità di accesso a tutte le cariche pubbliche, senza però una adeguata attenzione alla tutela delle differenze e alle ragioni profonde, antiche e nascoste che hanno determinato la subordinazione del femminile al maschile.

La violenza maschile contro le donne, le manifestazioni di odio nei confronti delle donne e delle ragazze che hanno assunto proporzioni allarmanti, ovviamente anche a causa di internet, hanno messo in luce in modo inequivocabile il ruolo che gioca la misoginia nell'attuale perpetuazione dei rapporti di potere tra i sessi e delle asimmetrie che non vanno risolvendosi. Se questo è innegabile, perché sono state diverse le voci del femminismo italiano contrarie alla inclusione nel Ddl Zan dei fattori "sesso" e "genere"? Ad esempio, aspre critiche sono state rivolte alla tendenza di riferirsi al sesso utilizzando il termine "genere" in quanto potenzialmente idoneo a indebolire la protezione dei diritti delle donne ed erodere le conquiste ottenute da queste nel corso di decenni⁴⁴. Molte parole si potrebbero spendere sul complesso concetto di genere e, soprattutto, sulla molteplicità di significati che questo può assumere. Ma ciò che preme qui sottolineare è come le battaglie femministe che si sono succedute non solo nei decenni, ma nei secoli, non sono affatto state condotte esclusivamente ragionando in termini di subordinazione fondata sul sesso biologico ma anche, e soprattutto, in base al genere. Quest'ultimo, non sempre menzionato, certo: ma essenzialmente perché nei movimenti suffragisti prima e, poi, in quelli della seconda metà del Novecento l'idea di genere era in via di elaborazione. Con una certa semplificazione, si può ritenere che il "genere" faccia la sua comparsa solo nel 1975 quando Gayle Rubin pubblica il celebre *The Traffic in Women*. È dunque, forse, questa la ragione per cui nell'art. 3, I c., Cost., esso non figura accanto al termine "sesso" (o al suo posto)⁴⁵: certo, però, non si può affermare che la legge fondamentale italiana ignori la rilevanza e la problematicità dei ruoli e delle aspettative sociali e culturali associate al sesso biologico che costituiscono il genere⁴⁶.

Davvero il Ddl Zan presuppone il modello Hegel secondo cui «il corpo è un nulla – un dato biologico, in effetti, non pensa e non sente – da cui si può prescindere con le sole operazioni della mente (l'autopercezione o identità di genere)»⁴⁷? Non mi pare, in quanto difficile è scorgere nella proposta normativa in esame una implicita obliterazione del *Manifesto di Rivolta femminile* di Carla Lonzi e del suo celebre *Sputiamo su Hegel*⁴⁸. Difficile è scorgere un ritorno a un passato ormai lontano in cui il

43 I.M. Young, *Inclusion and Democracy*, cit., p. 48.

44 Il riferimento è alla "Dichiarazione dei Diritti delle Donne Basati sul Sesso" sottoscritta da accademiche e attiviste appartenenti alle organizzazioni femministe RadFem Italia, SeNonOraQuandoLibere, Arcilesbica e Udi che hanno aderito alla rete globale che aveva stilato la versione inglese di tale manifesto, la *Declaration on Women's Sex-Based Rights*, reperibile al link <https://www.womensdeclaration.com/en/>.

45 Cfr. sul punto anche T. Pitch, *Sul disegno di legge Zan*, in *Studi sulla questione criminale*, 6 maggio 2021 consultabile al link: <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2021/05/06/sul-disegno-di-legge-zan/> (si apre in una nuova scheda) che opportunamente precisa come decostruzione dell'istituzione genere non deve essere intesa come operazione finalizzata alla sua scomparsa quanto alla necessità che possano essere diversi e plurali i modi di intenderlo.

46 Su cui si veda diffusamente B. Pezzini, *Costruzione del genere e costituzione*, in B. Pezzini (cur.), *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, vol. I, *Studi*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012.

47 S. Niccolai, *La legge Zan e le ragioni del femminismo della differenza*, in *Il Manifesto*, 21 maggio 2021.

48 C. Lonzi, *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale e altri scritti. Scritti di Rivolta Femminile*, Libreria delle donne, Milano, 1978, pp. 19-62.

pensiero della differenza non si era ancora affermato, in cui il c.d. soggetto imprevisto non aveva ancora fatto la sua comparsa: insomma, le perplessità di quella parte del femminismo italiano preoccupata che l'identità basata sul genere dichiarato si sostituisca all'identità basata sul sesso biologico, con una sorta di nuova forma di *silencing* delle donne che evidenziano l'importanza dell'elemento biologico sulla costruzione del sé sono tutt'altro che irrilevanti e, anzi, meriterebbero riflessioni ben più approfondite di quelle che si limita a proporre in questa sede. Ciò perché, solo per menzionare una delle critiche mosse al Ddl Zan, è senz'altro vero che non sta al legislatore «stabilire se il corpo è solo biologia, o se esso è senso, storia e intelligenza perché tutto questo è, per ognuna e ognuno, la materia viva del nostro proprio esistere»⁴⁹. Ma dove si trova davvero traccia di tale operazione? Il "sesso" non scompare, ma è espressamente previsto come motivo dei crimini d'odio sanzionati accanto al "genere" e non è da questo sostituito. Ed è allora proprio la definizione di genere che viene proposta a non convincere e, forse, a inasprire il dibattito interno al pensiero femminista sulla repressione penale della misoginia. Il genere – a differenza della "identità di genere" – non è infatti da intendere come «qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso» (art. 1) quanto, secondo la comune definizione condivisa nelle scienze sociali, diritto incluso, come «l'insieme dei comportamenti, doveri, credenze, aspettative che un particolare gruppo culturale ritiene definisca la condizione della donna e quella dell'uomo»⁵⁰. Insomma, genere e identità di genere sono concetti assai diversi pur nelle loro molteplici sfaccettature: accostarli fino quasi a sovrapporli è un errore costato particolarmente caro al Ddl Zan.

49 S. Nicolai, *op. cit.*

50 Così V. Tripodi, *Convenzioni e generi. Donna (o uomo) si nasce o si diventa?*, in *Rivista di Estetica*, 2009, vol. 49, n. 2, pp. 39-57, p. 44.