

ESSERE CHARLIE, O POLITICAMENTE CORRETTO? MANIFESTAZIONI ESPRESSIVE E DIRITTO PENALE

di Domenico Pulitanò

Manifestazioni espressive sono un campo di tutela come libertà fondamentali, e oggetto di incriminazioni poste a tutela di diritti fondamentali. Le riflessioni qui svolte, alla luce di esperienze anche drammatiche del nostro tempo, riguardano la tensione fra esigenze contrapposte.

SOMMARIO: 1. *Je suis Charlie?* – 2. Ermeneutiche di manifestazioni espressive. – 3. Norme antidiscriminazione. – 4. Ai confini della libertà d’espressione. – 5. Uno sguardo alla giurisprudenza. – 6. Tra Leviatano e società civile. — 7. Lo spazio del conflitto.

1. *Je suis Charlie?*

L’interrogativo scelto come titolo di queste riflessioni evoca problemi concernenti il discorso pubblico e il diritto penale. Com’è noto, *Je suis Charlie* è stato un modo di esprimere una forte solidarietà con le vittime, dopo il massacro (nel gennaio 2015) dei redattori della rivista satirica *Charlie Hebdo*, che aveva ripubblicato (nel 2006) le 12 vignette pubblicate qualche mese prima da un giornale danese: caricature su temi islamici, quasi tutte dedicate al profeta dell’Islam¹.

Sotto il titolo *Je suis Charlie? Je suis Charlie!*, Paolo Flores d’Arcais ha pubblicato (in *Micromega*, n. 1/2015) numerose prese di posizione di intellettuali italiani e stranieri, e riaffermato la linea di radicale difesa della libertà, in opposizione alla logica del *non si può offendere*, cedevole alle suscettibilità dei più intolleranti. “*I troppi cittadini che affatturati dalle ipotesi mediatiche d’establishment stanno via via prendendo le distanze dal Je suis Charlie non si rendono conto che stanno addentrandosi nelle sabbie mobili della servitù volontaria*”.

Nelle prese di posizione pubblicate, alcuni hanno sottoposto a critica lo stesso questionario proposto da *Micromega*²: Nel merito, tutti hanno messo a fuoco il nodo

¹ Un riassunto delle vicende legate a *Charlie Hebdo* in E BENCIVENGA, *Prendiamola con filosofia*, Firenze 2017, p. 9s.

² “*Non mi aspettavo – ha scritto Michela Murgia – che un dibattito così importante fosse fatto con domande che presumono o suggeriscono già le risposte... La laicità non si misura sul grado di astio verso le religioni, ma su quello di vigilanza sui dogmatismi*”, ravvisati in abbondanza nel questionario.

cruciale, i rapporti fra libertà e responsabilità. “Se si rivendica una libertà assoluta di espressione non si può negare una libertà simmetrica di dissenso” (Mogavero); “l’etica della convinzione, nell’operare del politico, deve essere quanto meno temperata dall’etica della responsabilità” (D’Orsi).

Dopo che, nel 2020, un professore francese che aveva usato per una lezione le vignette di Charlie Hebdo è stato decapitato da un islamista³, molte voci (anche molto autorevoli, come il Presidente francese) hanno parlato di *diritto alla blasfemia*⁴. Una formulazione obiettivamente, anzi volutamente provocatoria: una risposta tutt’altro che incontrovertibile ai problemi posti dalla *espressione pubblica* di manifestazioni espressive che hanno un forte potenziale conflittuale. Sono problemi che interpellano anche (non soltanto) il diritto.

2. Ermeneutiche di manifestazioni espressive.

Manifestazioni espressive concrete appartengono al mondo della cultura. Hanno significati che nel circolo ermeneutico tra fatto e diritto stanno dalla parte del fatto: significati non dipendenti dalla valutazione giuridica, della quale costituiscono oggetto. La valutazione giuridica presuppone un’ermeneutica fattuale, che può portare a conclusioni univoche, o riconoscere la possibilità e/o la realtà di letture diverse.

Fra le vignette pubblicate da Charlie le più significative raffigurano il profeta dell’Islam: in una con un turbante dal quale fuoriesce un candelotto di dinamite, in un’altra accoglie nuovi martiri esclamando ‘fermatevi, non abbiamo più vergini’. Una lettura per così dire ‘letterale’ vede nelle caricature un’offesa all’Islam, nella persona del suo profeta; e anche, forse, un’offesa agli islamici in genere. Comprensibile, dunque, il turbamento nella popolazione islamica.

Un’ermeneutica non ingenua vede nella vignetta l’immagine del profeta *così come il terrorista lo vede*, come per fatti concludenti mostra di leggere il suo messaggio. L’uomo con l’esplosivo nel turbante è il terrorista stesso, del quale la satira mette in scena l’ideologia violenta di matrice islamista. Nell’altra vignetta, il profeta trasmette il messaggio *fermatevi*: ad essere messa in ridicolo è l’interpretazione dei terroristi.

La satira di Charlie Hebdo può iscriversi bene in una tradizione antica di critica della religione, di tipo lucreziano: *saepius illa / religio peperit scelerosa atque impia facta*⁵. Ma la denuncia contro il fanatismo religioso omicida può leggersi anche come una sollecitazione rivolta al popolo dei credenti, a reagire contro interpretazioni violente del messaggio della loro religione.

³ Sugli attentati dell’autunno 2020 cfr. N COLAIANNI, *La resilienza della laicità di fronte al terrorismo islamista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 22/2020. L’uso dell’aggettivo ‘islamista’ serve a non identificare con la religione islamica l’ideologia del so called *islamic terrorism*.

⁴ È la posizione sostenuta da tempo da P. FLORES D’ARCAIS: “ogni empietà ha diritto all’espressione. Questo dice la libertà d’espressione se presa sul serio. Ciò che al fedele (o al fanatico) appare empietà, è per chi la formula un mero esercizio del diritto di critica” (*Etica senza fede*, Torino, 1992, p. 135).

⁵ Lucrezio, *De rerum natura*, libro 1°, v. 82-83, a proposito del mito di Ifigenia, sacrificata sull’altare di Artemide dai *ductores Danaum, prima virorum*.

Sui problemi derivanti dalla possibilità di diverse e confliggenti ermeneutiche di manifestazioni espressive, sono d'interesse due processi nei quali è stato contestato il vilipendio *ex art. 403 c.p.* (offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone) con riguardo a titoli giornalistici, uno sulla strage di Charlie (*'Questo è l'Islam'*) e l'altro sulle stragi compiute a Parigi nel dicembre 2015 (*'Bastardi islamici'*)⁶. Il Tribunale di Milano ha assolto (correttamente) in ragione della non riconducibilità dei titoli incriminati alla fattispecie di cui all'art. 403. *"Questo è l'Islam"* è stato valutato vilipendio della religione, e fonte di *"pericolo concreto ed attuale del sorgere di sentimenti di odio e di discriminazione"*, ma non offensivo verso persone determinate. Sul *'bastardi islamici'* l'altra sentenza dà conto di una discussione sulla grammatica: quale è il sostantivo, quale l'aggettivo? L'assoluzione è per mancanza di offesa alla religione, pur essendo il *'bastardi islamici'* un titolo *"fastidioso, offensivo e pericoloso perché idoneo a creare, in un contesto ignorante e in un momento delicato, un contagio nell'immaginario collettivo e spingere ad una rischiosa equazione fra islamici e terroristi"*.

Queste due sentenze, pur assolutorie, non nascondono il disagio di fronte a manifestazioni espressive valutate riprovevoli e pericolose. La *stigmatizzazione dei titoli* è stata valutata da un attento commentatore come *parte fondamentale del contenuto informativo delle due sentenze*⁷. Sono espressioni *obiettivamente ambigue*, i due titoli in discussione; e proprio sull'ambiguità poggia la loro efficacia politico-propagandistica.

Lasciando fra parentesi i problemi specifici del vilipendio della religione, merita considerazione il problema della *obiettiva ambiguità*, astrattamente proponibile per manifestazioni espressive di qualsiasi tipo e qualsiasi oggetto. *Quid juris*, là dove una possibile interpretazione, in un dato contesto, porti a ravvisare un contenuto offensivo (bastardi gli islamici in genere), e un'altra no (i bastardi sono i terroristi islamici)? La possibilità di un'ermeneutica che esclude un contenuto offensivo fonda in via di principio un bisogno di protezione della libertà di espressione. La possibilità di un'ermeneutica che ravvisa contenuti offensivi e/o pericolosi pone un problema di limiti. Tutto questo interessa sia l'interpretazione del diritto vigente, sia le politiche del diritto.

3. Norme antidiscriminazione.

3.1. Sono oggi inserite nel codice penale, art. 604-*bis*, in attuazione della c.d. riserva di codice (d. lg. 1°marzo 2018, n.21), le fattispecie di reato introdotte nell'ordinamento italiano dalla legge n. 654 del 1975 (ratifica della Convenzione di New York del 7 marzo 1966) poi modificata nel 1993 dalla c. d. legge Mancino⁸. In questa sede

⁶ Trib. Milano, sez. 5° penale, 18 dicembre 2017, n. 12730; sez. 10°, 10 luglio 2018, n. 8539, con nota di F. BACCO, *Libertà di espressione o vilipendio della religione islamica? A proposito di due discutibili titoli giornalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 305 ss.

⁷ F. BACCO, *op. cit.*, p. 329.

⁸ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008; F. BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto*, Torino 2018; G. PAVICH e A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive e sulla possibilità di interpretare in senso conforme alla costituzione la normativa*

interessano le fattispecie meno gravi⁹ (sanzionate con pena alternativa: reclusione o multa) e più problematiche: la *propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale*, l'*istigazione a commettere* e il *commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*.

Per la collocazione delle fattispecie nel codice penale è stata creata una nuova sezione di *delitti contro l'uguaglianza*, inserita nel capo dei delitti contro la libertà individuale. È una collocazione sensata per una normativa che possiamo definire *antidiscriminazione*¹⁰. Secondo la Convenzione di New York, la nozione di discriminazione “*sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione e preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza e l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica*”. È la medesima prospettiva dell'art. 3 Cost.: *pari dignità sociale ed uguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*.

Per il legislatore si pone il problema di assicurare le condizioni della *eguale dignità*, del *rispetto-riconoscimento* come principio regolativo delle relazioni morali fra gli uomini, logicamente antecedente allo stesso principio democratico: ha a che fare con la sua fondazione e legittimazione¹¹.

Per le persone, il problema si pone in modo diverso. *Discriminare*, nel senso più lato, significa distinguere, discernere, scegliere. È un aspetto normale della vita normale, esercizio di libertà esistenziali, diritto inviolabile della persona. Siamo liberi nelle scelte di valore. Entriamo in rapporti personali di diversa natura, scelti o accettati, talora non evitabili, duraturi od occasionali; ad altre possibili relazioni restiamo chiusi. Siamo aperti al mutamento anche nelle relazioni più significative¹²: “*Chiedo scusa al mio vecchio amore se do la precedenza al nuovo*” (Wisława Szymborska). Verso gli altri abbiamo doveri di uguale rispetto (*neminem laedere*) ma non di uguale rapporto. L'appartenenza etnica o nazionale, il sesso, la politica, la religione, sono aspetti particolarmente rilevanti per tutte le nostre libertà.

La scarsa casistica giudiziaria sulla legge Mancino riguarda prevalentemente la fattispecie di propaganda. Comprende sentenze sia di condanna sia d'assoluzione (*infra*, §. 5). Pressoché inesistente una casistica giurisprudenziale sulla fattispecie di condotta discriminatoria. Due sentenze della Corte di Cassazione la hanno ravvisata nel fatto del gestore del bar che si rifiuta di servire le consumazioni richieste da avventori

vigente, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014.

⁹ Le più gravi, che incriminano l'istigazione alla violenza, rientrano in tipologie tradizionali.

¹⁰ F. PALAZZO, [La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza](#), in questa *Rivista*, 11 gennaio 2021.

¹¹ *Ex multis*, AA.VV., *Eguale rispetto*, a cura di I. Carter, A.E. Galeotti, V. Ottonelli, Milano, 2008; S. Veca, *Dizionario minimo*, Milano, 2009, alla voce *Rispetto*, p. 119 ss.; A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari 2010.

¹² Alcuni esempi in F. VARI, *Il fine non giustifica i mezzi. In tema di 'violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere'*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 20/2020.

extracomunitari, senza che costoro abbiano tenuto alcun comportamento scorretto, e il rifiuto sia caratterizzato dall'aspetto discriminatorio¹³.

La scarsità della casistica rispecchia paradossalmente l'ubiquità esistenziale del discernere e discriminare. Una fattispecie di reato costruita sul solo concetto di discriminazione non ha un contenuto precettivo ben riconoscibile, né confini ben determinati.

Non rientra nella fattispecie '*atti di discriminazione*' l'espressione di giudizi. La funzione discriminatoria è normale nei giudizi, in positivo e in negativo, sul vero il falso, il bello e il brutto, il giusto e l'ingiusto. Il divieto penale di *commettere atti di discriminazione* si riferisce a *comportamenti* materiali (non a manifestazioni espressive, che sono oggetto dei divieti di istigazione e di propaganda).

3.2. È stato approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati il 4 novembre 2020 un disegno di legge intitolato "*misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza o per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*". Sono state allargate l'aggravante *ex art. 604-ter* e le fattispecie dell'*art. 604-bis*, salvo la fattispecie di propaganda.

Il testo approvato dalla Camera è il prodotto di una vivace discussione, nella quale si sono contrapposte ragioni apprezzabili: da un lato in difesa della libertà di manifestazione del pensiero, e anche del pensiero come tale; dall'altro lato un'appassionata difesa di categorie di soggetti che sono storicamente oggetto di discriminazioni, di odio, talora di persecuzioni¹⁴. Da parte dei sostenitori della riforma è stato dato un forte rilievo a condotte aggressive, motivate da odio o disprezzo nei confronti delle donne o del mondo LGBT.

Rispetto a delitti di matrice omofobica il diritto vigente è attrezzato: le violenze fisiche, su cui tanto hanno insistito i discorsi a favore di nuove norme, sono oggetto di divieti del diritto penale comune.

La studiosa che più si è impegnata a sostegno della riforma ha segnalato l'opportunità che il legislatore si impegni nella definizione di atto di discriminazione, con clausola di salvaguardia della libertà di espressione, e ha proposto come esempi legislazioni di paesi a noi vicini¹⁵. Più che una definizione generale e generica (come quella del codice francese, artt. 225-1) servirebbero indicazioni specifiche. Sullo sfondo di libertà esistenziali inviolabili, ritagliare discriminazioni non lecite appare possibile in situazioni caratterizzate da doveri *lato sensu* funzionali, di uguaglianza di trattamento (per es. nel diritto del lavoro).

Un commentatore favorevole alla riforma *in itinere*¹⁶ ha osservato che non può esserci un'automatica coincidenza del diritto penale con il diritto antidiscriminatorio: la

¹³ Cass. 5.12.2005, n. 46873; 11.10.2006, n. 37733.

¹⁴ Fra gli interventi più significativi, L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1521 ss.; M. PELISSERO, audizione in data 18 febbraio 2020; Rete Lensford – Avvocatura per i diritti LGBT, documento 8 giugno 2020

¹⁵ L. GOISIS, *op. cit.*, p. 1540, 1534.

¹⁶ F. FILICE, [Il disegno di legge in materia di omo-lesbo-transfobia e abilismo. L'analisi delle nuove fattispecie](#)

condotta costitutiva di reato sarebbe caratterizzata da una *significazione discriminatoria*, non necessariamente espressa a parole, ma *percepibile dall'esterno*, in qualche modo *esteriorizzata*. L'esempio trovato nella giurisprudenza (il gestore del bar che si rifiuta di servire le consumazioni richieste) si colloca in un contesto specifico – di servizio prestato al pubblico – per il quale potrebbe essere applicabile (sufficiente?) una normativa di settore non di carattere penale.

3.3. Fra le tecniche usate in normative antidiscriminazione vi è la previsione di una circostanza aggravante. Nell'ordinamento italiano è ora collocata nell'art. 604-ter. Può innestarsi su condotte delittuose di tipo diverso: fatti di violenza o anche di offesa all'onore personale.

La previsione di un'aggravante mette in scena intenzioni delle quali può essere fatta l'apologia con le correnti retoriche o ideologie penalistiche, vuoi retributiva (migliore giustizia), vuoi generalpreventiva (*protezione rafforzata*: la formula forse più usata).

Gli effetti concreti sulla commisurazione delle pene possono essere i più diversi. L'art. 604-ter prevede l'aumento fino alla metà, e un peculiare meccanismo di calcolo qualora siano da applicare circostanze attenuanti: le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento per l'aggravante. Non essendo prevista una misura minima dell'aumento, l'obbligatorietà dell'applicazione dell'aggravante ha un aspetto simbolico cui può non corrispondere alcun effetto significativo sulla misura della pena.

La previsione di una circostanza aggravante non allarga l'area dell'illecito: si iscrive, per definizione, dentro il confine tracciato dalla fattispecie base¹⁷. Non facilita l'attività della macchina giudiziaria penale; caso mai la appesantisce, chiedendo un di più di accertamenti e di valutazioni formalizzate. Incerta è la valenza generalpreventiva. Dominante il profilo simbolico: ciò può essere una ragione di critica verso il proliferare di circostanze aggravanti, qualche volta può essere una ragione giustificativa.

In un recente passato c'è stata discussione sulla configurazione del c.d. negazionismo (di crimini contro l'umanità) come circostanza aggravante speciale dell'art. 604-bis, che comporta una pena significativamente maggiore. Tale opzione tecnica ha chiuso il problema di attuazione di una decisione quadro europea, senza estendere l'area del penalmente rilevante e i rischi a ciò connaturati (di impatto sulla libertà di ricerca storica). L'introduzione di una norma di forte rilevanza simbolica può giustificarsi come espressione di valori vitali della nostra civiltà, di fronte al male assoluto rappresentato dai genocidi.

In via generale, la previsione di aggravanti per il loro significato simbolico è un'opzione legittimamente proponibile e ragionevolmente discutibile. Può apparire ideologicamente appagante, come promessa di protezione rafforzata, o essere guardata con scettico distacco.

[incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?](#), in *Questione giustizia*, novembre 2020.

¹⁷ Ciò vale anche per la previsione di figure speciali di reato, più gravemente sanzionate. Ciò che di fatto ha rilievo concreto, è la misura delle pene previste e l'applicabilità o meno del bilanciamento fra circostanze.

4. Ai confini della libertà d'espressione.

4.1. *“Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti”*: così il testo approvato dalla Camera, sopra citato. A prima vista, pare una esplicitazione di principi portanti della giurisprudenza costituzionale in materia di reati d'espressione, nella quale il pericolo concreto sta a fondamento di sentenze interpretative di rigetto (n. 65/1970 sull'apologia di reato, n. 74/1958 sulla c.d. legge Scelba).

Una pressoché dimenticata sentenza (n. 108/1974) ha parzialmente salvato la fattispecie di istigazione all'odio fra le classi sociali (art. 415 cpv. c.p.) pur ritenuta, *nella sua indeterminatezza, in contrasto con l'art. 21 Cost.*; è stata dichiarata illegittima *nella parte in cui* non specifica che l'istigazione deve essere *attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*. Un ritorno al codice Zanardelli, che ha lasciato sulla carta una norma mai più venuta in discussione.

L'odio come *sentimento* non può segnare un confine obiettivo della libertà d'espressione¹⁸; può segnarlo il tradursi dell'odio in messaggio capace di suscitare il concreto pericolo di azioni violente. La riflessione dottrinale sullo *hate speech* mostra la difficoltà e il disagio della ricerca di un confine ben definito fra la libertà d'espressione e discorsi privi del *supporto di un qualsiasi valore di civiltà*¹⁹.

La questione di legittimità costituzionale delle fattispecie ora inserite nell'art. 604-bis è stata ritenuta manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione. Il diritto di manifestare il proprio pensiero *“incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost., che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività, la diffusione e la propaganda di teorie razziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale”*²⁰. Resta ovviamente aperto il problema dei limiti di legittimità, in relazione a fatti concreti. Problemi di ordine giuridico, ma prima ancora culturale²¹.

4.2. La giurisprudenza della Corte EDU evidenzia la complessità dei problemi di applicazione di divieti penali incidenti su manifestazioni di pensiero, anche quando respinge ricorsi contro sentenze di condanna. Con riguardo a manifestazioni omofobe,

¹⁸ M. RONCO, *Audizione davanti alla Commissione giustizia della camera dei deputati*, 21 maggio 2020.

¹⁹ Questa formulazione è di A. SPENA, [La parola-odio](#), in *Criminalia*, 2016, p. 607.

²⁰ Cass., sez. III, 3.10.2008, n. 37851 (in un processo relativo a una diffusione in Internet di testi manifestamente razzisti e menzogneri, che si presentavano come di opposizione al supposto razzismo sionista. Cass. n. 31655/200 (nei confronti di imputati di appartenenza ad una organizzazione neofascista.

²¹ G. PAVICH e A. BONOMI, *op. cit.*, p. 19.

nel caso Vejdeland del 2012²² (volantino antigay distribuito in una scuola da estranei) è significativa l'opinione concorrente di un giudice (condivisa da un altro) che dichiara di avere espresso il voto *con riluttanza*²³. Nel recente caso Lilliendahl²⁴ (uso di parole che definiscono l'omosessualità come deviazione sessuale) la Corte suprema islandese aveva annullato, con il dissenso di uno dei tre giudici, una sentenza assolutoria. La sentenza della Corte EDU ha collocato il caso nella categoria di *hate speech* meno grave, che la Corte considera non essere al di fuori della protezione dell'art. 10, ma può essere sottoposta a restrizioni dallo Stato. Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha dato rilievo alla non applicazione della pena detentiva, e non ha ravvisato ragioni per dissentire dalla Corte islandese.

Le caute motivazioni della Corte EDU, e la costante sottolineatura del margine di apprezzamento degli Stati, non offrono alcun appiglio alla tesi, affiorata nella discussione in Italia, che nella giurisprudenza strasburghese in materia di manifestazioni omofobe sia leggibile un'affermazione, almeno implicita, di obblighi di tutela penale.

Con riguardo a una tutela penale anticipata a condotte la cui lesività non è particolarmente elevata, l'idea di obblighi di penalizzazione capovolge l'approccio liberale classico, salvaguardato dalla giurisprudenza costituzionale che *ritiene inammissibili le questioni di legittimità costituzionale volte alla creazione o all'ampliamento di fattispecie di reato*²⁵.

4.3. Sugli attuali delitti contro l'eguaglianza è stato evocato un *sospetto d'illegittimità costituzionale* con riferimento al principio d'eguaglianza, *"poiché ancora la disciplina non contempla tutte le caratteristiche protette dall'art. 3 Cost. pur ispirandosi dichiaratamente a tale principio fondante che sancisce la pari dignità dinanzi alle differenze"*²⁶.

Nella copiosa giurisprudenza costituzionale in materia penale, il principio d'eguaglianza ha giocato come criterio di invalidazione di norme discriminatorie in senso sfavorevole; mai come fondamento di estensioni dell'area del penalmente rilevante²⁷.

Non ha fondamento assiologico leggere nell'art. 3 Cost. un obbligo di apprestare un'uguale tutela penale in relazione a tutti i divieti di discriminazione ivi enunciati.

²² Corte EDU, V sezione, 9 febbraio 2012, n.1813/07, Vejdeland c. Svezia.

²³ Opinione concorrente del giudice Spielmann: ritiene legittima la sentenza di condanna perché il volantino era stato distribuito in una scuola da persone non aventi diritto d'accesso.

²⁴ Corte EDU 11 giugno 2020, n. 29297/18, Lilliendahl.

²⁵ Il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25 Cost.) comporta l'impossibilità per la Corte di *"pronunciare alcuna decisione, dalla quale derivi la creazione – esclusivamente riservata al legislatore – di una nuova fattispecie penale"*: Corte cost. n. 108/1981. *"Solo il legislatore può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali"*: Così Corte cost. n. 447/1998, sulla riforma del 1997 dell'abuso d'ufficio, dove si ritrova una più ampia motivazione di un indirizzo consolidato e stabile. In epoca più recente, Corte cost. n. 161/2005 (sulla riforma delle false comunicazioni sociali).

²⁶ L. Goisis, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020.

²⁷ Nemmeno nell'unico, non incontrovertito caso in cui è stata invalidata un'irragionevole norma speciale di favore: sentenza n. 394/2006.

Discriminazioni razziali, politiche, religiose, ideologiche, sessuali, o di altra natura, possono porre e di fatto pongono problemi diversi, legati a realtà sociali e/o culturali storicamente mutevoli²⁸. Nel sistema di tutela di cui all'art. 604-*bis* ritroviamo un ambito di tutela comune (divieti di istigazione e di commissione di *atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*) e un ambito specifico, il divieto di *propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale*. Il disegno di legge approvato dalla Camera, relativo a discriminazioni legate al sesso, ha pure lasciato fuori la fattispecie di propaganda²⁹. È una scelta coerente con il modello di disciplina vigente, che staglia una tutela differenziata, più ampia, di fronte alla propaganda razzista.

Riguarda di discorso razzista il caso *Feret c. Belgio*³⁰. La Corte EDU ha respinto il ricorso contro una sentenza di condanna, a maggioranza di 4 giudici contro tre. L'opinione dissenziente dei tre (fra i quali il giudice italiano, Vladimiro Zagrebelsky) merita di essere riletta e meditata. Di fronte all'espressione di idee che provocano disgusto il nostro giudizio deve essere più riflessivo, più attento al rischio che le nostre convinzioni influenzino le nostre idee su che cosa sia davvero pericoloso. L'esigenza di cautela è massima di fronte al discorso politico, che può essere ristretto solo se lo impongono ragioni imperiose. Non appartiene a chi controlla il potere politico lo stabilire un catalogo di idee false o inaccettabili.

La difesa delle libertà, in ottica volterriana, *non* presuppone una identificazione con l'uso che ne è fatto da altri. I principi di un ordinamento laico e liberale ci dicono che la libertà di manifestazione del pensiero richiede tutela "*anche se (o meglio proprio quando) possa provocare reazioni nella società*"³¹. È, nel suo nucleo essenziale, garanzia del pensiero critico, eterodosso, collidente con pensieri e sentimenti dominanti, e proprio perciò bisognoso di protezione in tutte le modalità espressive, compresa la satira³².

5. Uno sguardo alla giurisprudenza.

Norme penali in materia di manifestazioni espressive pongono problemi particolarmente delicati, sia di ricognizione di significati sia di valutazione normativa³³. È ragionevole prendere atto che "*non ogni argomento sfavorevole alla criminalizzazione può essere basato su appigli costituzionali*"³⁴. Entro certi limiti c'è spazio – come riconosce la

²⁸ Un esempio di questioni specifiche collegate al sesso: E. SCAROINA, [Prospettive di criminalizzazione delle terapie di conversione sessuale](#), in questa *Rivista*, 15 dicembre 2020. Non riguarda il tema delle discriminazioni; mostra che i diversi campi di materia pongono problemi differenti che possono richiedere discipline *ad hoc*.

²⁹ E ciò basterebbe a escludere preoccupazioni per la libertà di espressione: L. GOISIS, *op. cit.*, p. 1545,

³⁰ N. 1561/07.

³¹ C. ESPOSITO, *La bestemmia nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 990.

³² D. PULITANÒ, [Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 4, 325 ss. (intervento nella discussione dopo il massacro di Charlie Hebdo). Ha ripreso queste considerazioni N. ROSSI, [Adattarsi alla libertà. Per onorare Samuel Paty](#), in *Questione giustizia*, 9.11.2020.

³³ Confessa di avere "*un io diviso, in senso psicanalitico, tra impegno antirazzista e passione per la libertà d'espressione*" A. TESAURO, *op. cit.*, p. 184. Cfr. anche F. BACCO, *op. cit.*, p. 840.

³⁴ C. VISCONTI, *op. cit.*, p. 245.

giurisprudenza della Corte EDU – per scelte legislative diverse, entro il margine di apprezzamento dello Stato.

5.1. Per valutazioni di politica del diritto, sul diritto condito ed eventualmente condendo³⁵, un buon punto di partenza sarebbe la valutazione dell’impatto della normativa esistente e del suo *enforcement*. Qui interessano le incriminazioni di manifestazioni espressive quali il vilipendio *ex art.* 403 c.p., le tipologie di propaganda di cui all’art. 604-*bis*, le manifestazioni fasciste di cui alla legge Scelba.

Sull’efficacia generalpreventiva si possono fare congetture incerte, sulla base di elementi di conoscenza limitati. Ciò che conosciamo è l’impatto giudiziario: la quantità e qualità della casistica offre un quadro interessante non per importanza, ma per pochezza quantitativa, marginalità e spesso problematicità.

I casi più gravi riguardano propaganda antiebraica, intrisa di falsità, stile Protocolli dei savi di Sion; è percepibile e dominante l’odio ‘razziale’. Altri processi per imputazioni di propaganda razzista riguardano condotte di propaganda politica nelle quali il riferimento etnico (in particolare ai ROM) è legato a preoccupazioni e politiche securitarie, non a pretese di superiorità razziale. In taluni casi, decisioni difformi nei diversi gradi del giudizio evidenziano la complessità delle ermeneutiche giuridiche o fattuali di fronte a condotte o manifestazioni espressive ambigue. Sentenze assolutorie hanno frustrato attese di soggetti che si sono sentiti offesi o esposti a pericolo³⁶.

Fra i casi di condanna per violazione della legge Mancino propongo come esempio una frase pubblicata su facebook, accompagnata dalla fotografia dell’allora ministra C.K., una donna di colore: *“mai nessuno che se la stupri, così tanto per capire cosa può provare la vittima di questo efferato reato, vergogna”*. Si tratta di una reazione alla notizia di una violenza sessuale commessa da uno straniero. Davvero istigazione dolosa, meritevole della pena di un anno e un mese di reclusione³⁷? Che l’autrice del post intendesse istigare a stuprare la ministra K è una lettura psicologicamente poco plausibile. Il post sembra esprimere uno stato d’animo, non parla il linguaggio dell’istigazione. Il disvalore di tale volgarissima manifestazione espressiva non è un pericolo per l’integrità della persona, è una manifestazione di disprezzo. Anche questo esempio mostra la complessità delle ermeneutiche (fattuali, prima che giuridiche) di manifestazioni espressive.

Espressioni come il post *“mai nessuno che se la stupri”* pongono problemi che vanno al di là di quello penalistico. Sono la spia di sottoculture (e di disagi personali) che richiedono attenta considerazione e una forte reazione *della società*, sul piano culturale e morale.

³⁵ Su proposte di legge presentate nella XVII legislatura, cfr. D. PICCIONE, [L’espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell’emotività e psicologia collettiva](#), in *MediaLaws*, n. 3/2018.

³⁶ Ne sono esempio le due sentenze milanesi esaminate nel §. 2. Altro esempio: Cass. 14.9.2015, n.36906, annullamento senza rinvio in relazione a un volantino di propaganda elettorale ‘basta usurai basta stranieri’, con raffigurazioni negative fra cui un musulmano con cintura di candelotti di dinamite.

³⁷ La condanna è stata confermata da: Cass. 23.10.2015, n. 42727.

Qualche anno fa (febbraio 2018) dopo il rinvenimento del corpo fatto a pezzi di una ragazza stuprata, un esponente di un gruppo di estrema destra ha sparato contro giovani neri, a Macerata³⁸, e altri, pur non giustificando tale delitto, hanno espresso comprensione per la sua motivazione. Aggressioni contro 'diversi', come da alcuni (molti?) sono visti i neri, possono avere una matrice ideologica (di pretesa superiorità razziale) ma forse esprimono soprattutto rivendicazioni identitarie e paure (xenofobia).

Quanto alla giurisprudenza penale sulla legge Scelba, casistica ricorrente è il saluto romano e la 'chiamata del presente' in manifestazioni pubbliche. Vi sono assoluzioni ragionevoli, motivate dalla natura puramente commemorativa delle manifestazioni in ricordo di vittime di violenza sedicente antifascista³⁹. Condanne in casi in cui è stato ravvisato un *comportamento idoneo a rafforzare una volontà di riorganizzazione tra più soggetti*⁴⁰: davvero poco per fondare un giudizio di pericolosità del fatto.

5.2. La questione più importante che emerge nella casistica giurisprudenziale riguarda *offese verbali rivolte a una collettività indeterminata di persone*, caratterizzate per appartenenza etnica o religiosa o d'altra natura. Secondo la corrente (condivisibile) interpretazione giurisprudenziale, non costituiscono diffamazione di persone singole. È stata invece ritenuta sufficiente a integrare il vilipendio di una confessione religiosa *ex art. 403 c.p.* l'offesa genericamente rivolta ad esponenti della religione cattolica, reali (papa Ratzinger) o evocati come astratta categoria⁴¹.

Non sono penalmente rilevanti, in Italia, fatti come quelli per i quali la Corte EDU ha ritenuto non in contrasto con la Convenzione le affermazioni di responsabilità nei casi Vejdeland e Lillienthal. Escluso che vi sia un obbligo di penalizzazione, il problema può essere tenuto aperto sul piano della politica legislativa.

Sull'importanza del contrasto a discorsi razzisti, sessisti, o comunque d'odio, non c'è questione. La questione politica (anche, ma non solo di politica del diritto) è: quale tipo di contrasto?

Gli interrogativi su ragioni e limiti dell'eventuale intervento penale riguardano sia le norme penali esistenti sia le proposte di incriminazioni nuove. Le vicende presentate nei precedenti paragrafi (italiane o di altri paesi) sono un concreto aggancio per riflessioni anche *de jure condendo*, sui problemi oggi sul tappeto.

³⁸ Un resoconto e una riflessione critica: E. MAURO, *L'uomo bianco*, Milano 2018.

³⁹ Cass. n. 8018/2018, n. 11038/2017.

⁴⁰ Cass. 25 marzo 2014, n. 37577. Cfr. anche Cass. 4 ottobre 1982, n. 11943: condanna di persone che, imputate in un precedente processo, alla lettura del dispositivo avevano gridato *sieg heil*.

⁴¹ Ritenere che l'offesa al Papa o ai fedeli in genere sia di per sé un'offesa alla religione, è una manifesta forzatura. Per quanto concerne il Papa, possiamo rileggere Dante, Inferno XIX, e Paradiso XXVII. Sentenze di condanna (pochissime) hanno riguardato manifestazioni espressive stupide e volgari; riconducono all'art. 403 fatti che in passato sarebbero stati ricondotti all'art.402, dichiarato incostituzionale (Corte cost. n.508/2000).

6. Tra Leviatano e società civile.

6.1. Sulla premessa che sul piano costituzionale vi è uno spazio aperto per possibili incriminazioni di condotte discriminatorie e manifestazioni espressive, per la politica del diritto è d'interesse una riflessione più generale sul senso e sui limiti del penale quale tecnologia del Leviatano, *una fra* le condizioni del buon funzionamento e del benessere delle società.

Sull'etichettatura del penale come tecnologia del Leviatano, da me usata in un recente scritto⁴², uno studioso cui mi sento molto vicino ha espresso il dubbio se "*oltre ad essere molto efficace, possessa un valore conoscitivo supplementare rispetto a usi linguistici più correnti*"⁴³. Credo utile spiegare (e sottoporre a valutazione critica) le ragioni di tale scelta linguistica, che ovviamente non è una definizione del diritto penale, ma una caratterizzazione che non pretende di sostituirsi ad altri usi linguistici.

Ciò che definiamo diritto penale è una *tecnologia normativa e operativa* che fin dall'antichità⁴⁴ fa parte delle risposte date dalla storia al *problema hobbesiano* della costruzione di una convivenza ordinata. Nel mondo moderno si è affermato lo Stato detentore del monopolio della forza, del potere d'imporre precetti e minacciare e usare la coercizione. Tale è lo stato assoluto, il Leviatano di Hobbes, e anche lo Stato liberaldemocratico.

Per inquadrare i problemi del penale tendiamo a usare un linguaggio ideologico, gratificante, trasmettitore di buone intenzioni: (giusta retribuzione, razionalità rispetto allo scopo, riparazione, rieducazione, *et similia*). *Tecnologia del Leviatano* è invece un linguaggio non gratificante, realisticamente descrittivo. La sua valenza retorica non è apologetica, ma critica: dice che il penale è strumento (ed esercizio) di potere. Porta in primo piano la durezza dei problemi del monopolio statale della forza, il rischio della sua *curvatura nemicale*⁴⁵.

Le moderne democrazie liberali – le società che storicamente hanno avuto successo e che riteniamo le migliori – si sono sviluppate in condizioni di equilibrio fra la società civile e lo Stato. Una società civile forte ha bisogno di un Leviatano *forte* ma *incatenato* da solide garanzie⁴⁶. Sia la forza, sia l'incatenamento dipendono anche dal sistema penale, che con i suoi precetti concorre a definire doveri, diritti e aspettative, gli equilibri fra autorità e libertà, le condizioni di funzionamento della società civile.

La sfera di potere dello Stato comprende non solo la posizione di precetti e sanzioni, ma anche la macchina istituzionale del *law enforcement*, munita di poteri d'inquisizione, di coazione e di decisione su casi concreti: ciò che definiamo (ideologicamente) come giustizia punitiva.

⁴² D. PULITANÒ, [Il penale fra teoria e politica](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020.

⁴³ G. FIANDACA, [Note su punizione, riparazione e scienza penalistica](#), in questa *Rivista*, 28 novembre 2020.

⁴⁴ Ne danno conto in modo efficace i grandi poeti dell'età classica: Lucrezio, *De rerum natura*, V,v. 1141-1151; Orazio, *Satire*, Libro I, 3°, v. 90-119.

⁴⁵ Traggo questa espressione da F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 701 ss. (citazione da p. 709).

⁴⁶ D. ACEMOGLU e A. ROBINSON, *The narrow corridor* – in traduzione italiana *La strettoia*, Milano 2020. Lo stretto corridoio in cui è possibile la fioritura della società è caratterizzato dall'equilibrio fra la società e lo Stato.

Rispetto all'esigenza di equilibrio fra Stato forte e società forte, l'attribuire maggior peso alla potestà punitiva statale *fa problema*. Il penale è tecnologia del potere; ha prodotto e produce giustizia e ingiustizia, l'esperienza storica ne mostra la possibile funzionalità e l'intrinseca pericolosità. La cultura penalistica liberale addita l'obiettivo di un diritto penale minimo, in controtendenza rispetto alla complessiva evoluzione legislativa negli Stati moderni.

Quale sia la misura necessaria, quali i possibili modi dell'intervento del Leviatano penalistico, è problema politicamente aperto: legato a concezioni politiche legittimamente diverse, a realtà fattuali storicamente cangianti, a valutazioni in termini di costi-benefici. Anche costi economici, problemi di razionalità nell'uso delle risorse disponibili. In momenti critici come l'attuale, segnato dalla sconvolgente esperienza della pandemia, abbiamo un dovere di razionalità particolarmente stringente, anche nell'utilizzazione di risorse scarse rispetto all'enormità dei problemi.

Non affidare al Leviatano ciò che la società può fare, ciò che noi consociati possiamo fare usando le nostre libertà: può essere questa una ragionevole impostazione dei problemi di politica del diritto, di distribuzione del peso delle regole di convivenza, fra Stato Leviatano e società civile.

6.2. C'è bisogno della potestà punitiva dello Stato, di fronte a manifestazioni espressive disturbanti? Ovviamente occorre distinguere. Per fattispecie come l'istigazione a delinquere, o come la diffamazione di persone specificamente individuate, non vi sono obiezioni di principio; possono esserci problemi di applicazione in casi concreti. Fuori di questo nucleo c'è spazio per ragionevoli discussioni: anche con riguardo a pensieri che giudichiamo riprovevoli e a forme d'espressione che giudichiamo volgari.

Il diritto penale italiano vigente – e vivente nella giurisprudenza, con qualche eccezione – incrimina offese a persone in carne ed ossa; non offese a gruppi d'appartenenza. Solo la fattispecie di propaganda razzista, ora nell'art. 604-*bis*, si spinge sul terreno minato della repressione di un'ideologia. Un'eccezione che si spiega alla luce delle pagine più buie della storia recente, e apre problemi assai delicati nelle concrete applicazioni.

Allargare gli spazi d'intervento del Leviatano in toga giudiziaria, contro manifestazioni espressive che offendono non persone identificate ma gruppi caratterizzati in un certo modo (nazione, religione, sesso, o altro) è una prospettiva legittima; può essere una mossa spendibile nel teatro politico, idonea a raccogliere consensi. È una strada che incanala il conflitto verso soluzioni 'autoritarie', in bianco e nero. È politicamente divisiva; non è immune da rischi per le libertà di parola (da riconoscere anche a parole che riteniamo sbagliate); solleva problemi delicati sia di ermeneutica giuridica sia di ermeneutica di manifestazioni espressive. Sotto questo profilo, la discussione sulle proposte di allargamento dell'art. 604-*bis* ha mostrato la *condivisa consapevolezza* di limiti da non superare.

Una società aperta trae alimento vitale dal confronto, anche dal conflitto su questioni importanti. Anche per la prevenzione di scontri distruttivi è bene che ci sia spazio per conflitti di idee e di valori, condotti senza violenza⁴⁷.

6.3. L'opzione penalistica affida un ruolo da protagonista alla magistratura, circa l'interpretazione culturale e la conseguente valutazione giuridica di manifestazioni espressive in contesti conflittuali. Ben intenzionate proposte ipotizzano sanzioni che, in assenza (o col minimo) di profili afflittivi, consistano nella pronuncia del rimprovero, nella affermazione del disvalore del fatto commesso⁴⁸.

La valutazione e il rimprovero sono più importanti d'un risposta punitiva concreta, anzi sono le risposte che meglio possono riaffermare le condizioni della convivenza, in un ambito assai più ampio di quello qui considerato⁴⁹. Con riguardo a reati d'opinione o espressione, c'è da domandarsi se prospettive di questo tipo non comportino (o aumentino) il rischio di coinvolgimento del giudice *dentro il conflitto di idee*.

È nelle mani della società civile, non della giustizia penale, la possibilità e responsabilità del superamento delle condizioni culturali e sociali nelle quali ha radice un'incultura razzista o sessista o fondamentalista. È nella qualità del discorso pubblico la possibilità di una seria critica rivolta al disvalore di fatti e discorsi. L'intervento del Leviatano penalistico può essere una risposta – non ottimale – opportuna in società deboli⁵⁰; una strada necessaria di fronte ad offese davvero gravi, i delitti costituenti il nucleo del diritto penale comune.

7. Lo spazio del conflitto.

7.1. Nel campo dei problemi che hanno a che fare con manifestazioni espressive, nell'attuale momento storico è cruciale la *protezione delle libertà dal pericolo di reazioni violente*.

Non si tratta solo di Charlie. Scenari di reazioni violente li abbiamo visti anche di fronte al discorso di Papa Ratzinger all'Università di Ratisbona nel settembre 2006: una riflessione partita dal dialogo fra l'imperatore bizantino Manuele Paleologo e un dotto persiano, in cui l'imperatore aveva posto la questione del rapporto fra religione e violenza, ed espresso l'opinione che la religione islamica non ha introdotto nulla di buono. Chi agisce con violenza, e non *syn logo* (con la ragione), agisce contro la natura di Dio.

⁴⁷ Sia consentito citare uno psicanalista filosofo: M. BENASAYAG, *Elogio del conflitto*, Milano 2018.

⁴⁸ C. MAZZUCATO, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in AA.VV., *Religione e religioni: prospettive di tutela* (richiamata da F. BACCO, *op.cit.*, p. 330).

⁴⁹ L. EUSEBI, [Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale](#), in questa *Rivista*, 13 gennaio 2021.

⁵⁰ "Il far leva sulla deterrenza resta caratteristica tipica dello Stato debole", che non sa o non vuole "apprestare strategie filtro sufficientemente credibili" (L. EUSEBI, *op. cit.*) nei confronti di fatti e comportamenti illegali o comunque da contrastare.

Alla critica verso l'Islam, fatta dal colto imperatore bizantino, il dotto persiano aveva replicato dialogando, e le sue ragioni sono state registrate dall'interlocutore. Il richiamo storico fatto nel discorso di Ratisbona poteva essere letto come un richiamo alla civiltà del dialogo: dalla realtà storica alla possibilità attuale del dialogo fra uomini di religioni diverse. Nel mondo islamico alcuni hanno invece colto l'occasione per dichiararsi offesi, attizzare il risentimento (religioso?) di molti, ed incanalarlo in reazioni violente. Ci troviamo a fare i conti con sentimenti (quanto diffusi?) manipolati da un fondamentalismo (religioso?) che non agisce *syn logo*, e non arriva a comprendere il *logos*.

È di inquietante interesse, per le nostre riflessioni, rilevare che reazioni intolleranti, violente, si sono rivolte non solo contro la satira irriverente, ma anche contro le libertà laiche del Papa.

Dopo il massacro di Charlie Hebdo, in un'ironica risposta al questionario di *Micromega* il filosofo Carlo Augusto Viano ha posto in rilievo che *"lo spazio pubblico è pieno di gente che urla, si insulta, scodella imposture, offende, si offende, si difende, fa perfino qualche ragionamento e svela qualche impostura; non è posto da educande (come si diceva una volta). Ma nelle società liberali non si tirano fuori i pugni"*.

Il pericolo che può giustificare limiti alla libertà d'espressione, anche penalmente sanzionati, è il pericolo innescato dal contenuto (istigatore o apologetico) della manifestazione espressiva. Dare rilievo al pericolo di reazioni violente significherebbe fornire protezione ai gruppi più bellicosi, quelli che tirano fuori i pugni, e talora le armi⁵¹.

7.2. Libertà d'espressione significa libertà del conflitto di idee e di valori. Il potere del Leviatano liberale dovrebbe innanzi tutto assicurare la tenuta delle condizioni di esercizio delle libertà: di tutte le libertà, la libertà d'espressione fra le più importanti, anche come espressione della uguale dignità di tutti.

È espressione del rispetto-riconoscimento reciproco la moralità del tollerare, conquista storica preziosa che ci ha portato dalle guerre di religione alla moderna civiltà liberale⁵². Nessuno può pretendere una tutela penale privilegiata di proprie ideologie, religioni, concezioni morali particolari.

La tecnologia penalistica può legittimarsi come tutela delle persone, non delle idee nel conflitto d'idee. *"Noi possiamo rispettare ciascuno in egual modo senza dover nutrire la stessa stima per tutti i modi di vita"*⁵³. La democrazia non esige dai consociati – non può esigere, se è liberale – equidistanza fra concezioni diverse; è aperta al pluralismo, cioè alla convivenza e al conflitto di idee e di concezioni morali e politiche.

Per il diritto penale delle democrazie liberali, è oggi un fronte d'impegno fondamentale l'opporsi al terrorismo e al fondamentalismo violento, e a forme di criminalità organizzata che mettono in crisi le condizioni di base della convivenza. È l'orizzonte di Hobbes aggiornato ai problemi del nostro secolo inaugurato dalle stragi epocali dell'11 settembre 2001, e attraversato da vecchi e nuovi conflitti di civiltà.

⁵¹ C. VISCONTI, *op.cit.*, p. 199.

⁵² Per un ampio esame storico e filosofico, R. FORST, *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt am Main, 2003.

⁵³ J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Bari, 2006, p. 163.

Sono da tempo al centro delle nostre riflessioni i problemi, le difficoltà, i rischi questo impegno. La nostra cultura liberale è giustamente sensibile al problema dei *limiti del penale*. Il campo delle manifestazioni espressive è il più delicato. Di fronte a condotte come l'istigazione a delinquere può essere legittimamente messo in campo: questo ci dice la giurisprudenza costituzionale, ed è una politica condivisa, di riconosciuta ragionevolezza.

Sono un problema anche parole che offendono e suscitano reazioni. Un 'problema diverso da fatti che offendono cose e corpi. Nei conflitti che attraversano il nostro mondo, il linguaggio ci fornisce strumenti. Lo studioso del linguaggio vede il linguaggio offensivo come una forma di vita, una forma autentica di linguaggio della quale ha senso cercar di comprendere le ragioni, le funzioni, gli effetti, la possibilità di risposte adeguate. *Insultare con prudenza*, è una paradossale conclusione⁵⁴. Se poniamo l'accento sulla prudenza, in una società civile forte dovrebbe essere possibile (e auspicabile) una composizione discorsiva, o quanto meno un contenimento anche di conflitti potenzialmente esplosivi.

Usando come metafora il linguaggio dei tempi della pandemia: parole che offendono possono essere un virus, ma anche (contro le intenzioni) un vaccino, uno stimolo alla produzione di anticorpi.

Divieti penali possono avere un valore simbolico, di messaggio normativo. Sul piano operativo possono risultare ben poco utili, se non controproducenti, spostando sul penale problemi che dovrebbero essere seriamente affrontati in altre sedi. Un serio impegno culturale e politico su temi come i discorsi d'odio potrebbe forse dispiegarsi più liberamente, in un orizzonte meno segnato dal penale. Di fronte ai pericoli dell'estremismo politico o di ideologie settarie con radici ancora robuste, servono il dibattito culturale, iniziative politiche, attività di *intelligence* nell'analisi di fenomeni che, se lasciati affiorare, potrebbero essere meglio conosciuti e meglio combattuti.

7.3. Nell'attuale contesto culturale è cresciuto un *politically correct* che chiede tutela di sensibilità soggettive, talora con richieste rivolte alla giustizia penale, talora con comportamenti d'altro tipo: ostracismo verso persone, delle quali si vorrebbe ostacolare il parlare o scrivere⁵⁵; accanimento contro simboli, per es. abbattendo o sfigurando statue⁵⁶. Si è arrivati a porre criteri *politically correct* per le opere cinematografiche che aspirino a premi Oscar. È stata messa sotto attacco la memoria di personaggi storici importanti⁵⁷. Su rivendicazioni più o meno ragionevoli si è innestata una *cancel culture* che vorrebbe riscrivere la storia alla luce di una propria attuale visione del bene e del male.

⁵⁴ È il titolo del capitolo conclusivo di F. DOMANESCHI, *Insultare gli altri*, Torino 2020.

⁵⁵ Per es.: Woody Allen, accusato e assolto da accuse di violenza sessuale; J.K. Rowling, l'autrice di Harry Potter, ostracizzata per giudizi espressi in tema di sesso.

Un esempio: il danneggiamento della piccola statua di Indro Montanelli, nei giardini pubblici di Milano. La motivazione dello sfregio è legata al rapporto con una ragazzina etiopica quando (in anni giovanili) era stato soldato in Etiopia.

⁵⁷ Fra i tanti: Cristoforo Colombo, David Hume, i padri fondatori dell'indipendenza americana.

È una deriva illiberale di una cultura che si ritiene progressista. In Italia, in passato, vi sono state derive più gravi, fino all'impedire materialmente di parlare, in ambienti che dovrebbero essere aperti a tutti, a sostenitori di posizioni sgradite. Contrastare le tendenze illiberali del *politically correct* è oggi un'esigenza vitale, di uguale difesa della libertà d'espressione di tutti.

Le garanzie di libertà valgono allo stesso modo per noi e per i nostri avversari. Ciò che altri dicono, ci piaccia o non ci piaccia, abbiamo interesse ad ascoltarlo. Ciò che altri hanno diritto di dire, abbiamo il dovere di tollerarlo. Il nostro diritto, di fronte a posizioni che non ci piacciono, è poter parlare un *robust and even caustic counter-speech*⁵⁸.

Resta aperto, in ogni caso, il problema dell'uso *responsabile*⁵⁹ della libertà d'espressione; uso responsabile nel senso in cui parliamo di *etica della responsabilità*. Una questione diversa e indipendente dalla valutazione giuridica.

È un uso responsabile della libertà, quello che ieri i redattori di Charlie ed oggi il prof. Paty hanno pagato con la vita? È bene discuterne. Non sul piano giuridico: l'ordinamento liberale *non* può identificarsi con Charlie, né contro Charlie; così come non può fare proprie le istanze ideologiche del politicamente corretto. Ciò che l'ordinamento liberale può e deve fare, è proteggere la libertà anche di Charlie.

A differenza delle volgari o cialtronesche manifestazioni espressive venute al vaglio della giustizia penale in Italia (*supra*, §. 2 e 5) le vignette di Charlie trasmettono un messaggio critico, in forma provocatoria ma ben decifrabile: sono manifestazioni espressive *syn logo*, una rischiosa *assunzione di responsabilità* contro il fondamentalismo violento, in difesa delle nostre libertà e anche del rispetto reciproco.

Sul piano etico-politico e culturale, resta aperto e drammatico il problema di far comprendere il messaggio – di libertà e uguale dignità di tutti, contro il fondamentalismo violento – a chi, pur nato o entrato in paesi di democrazia liberale, oppone resistenza al pluralismo, talora arrivando ad approvare il fondamentalismo violento. Non è un problema della satira. È un problema che ci interpella tutti. Un problema vitale, che il diritto non può risolvere. La tenuta della democrazia liberale – *costruzione fragile e deteriorabile, bisognosa di manutenzioni e di cure*⁶⁰ – dipende da noi.

⁵⁸ Cfr. la lettera *on Justice and Open Debate*, inviata a Harpers il 7 luglio 2020 da numerosi intellettuali di diverse tendenze: denuncia *the tendency to dissolve complex policy issues in a blinding moral certainty*, e sottolinea *the value of robust and even caustic counter-speech from all quarters*.

⁵⁹ V. ZAGREBELSKY, *Quando la satira si rifiuta di essere responsabile*, in *La Stampa*, 4 novembre 2020. Una riflessione critica in F. LONGY, [Le argomentazioni discutibili dei laici soft, fra etica e diritto](#), in *Questione giustizia*, 17 dicembre 2020.

⁶⁰ E. Mauro, *op. cit.*, p. 119.