

## Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero

GIORGIO PINO

### 1. Introduzione

La libertà di espressione rappresenta, da qualche decennio, un nuovo terreno di scontro giuridico-politico<sup>1</sup>, e allo stesso tempo un nuovo strumento di rivendicazione di diritti da parte di minoranze connotate in senso razziale, etnico, culturale, o religioso. In questa prospettiva, risultano particolarmente stimolanti (ma, come vedremo, non esenti da perplessità) alcune proposte maturate nell'ambito della cd. teoria critica della razza (*Critical Race Theory*, CRT): un movimento di giuristi dapprima solo afro-americani, poi provenienti dalle più disparate minoranze razziali presenti nel territorio statunitense, che a partire dalla metà degli anni '80 del secolo scorso ha riletto e criticato il fenomeno giuridico assumendo il fattore dell'appartenenza razziale come paradigma epistemologico e normativo<sup>2</sup>.

Intendo pertanto analizzare e discutere le tesi centrali elaborate dalla CRT in materia di libertà di espressione, evidenziandone i limiti ma anche i possibili profili di interesse per un contesto sociale come quello italiano attuale. A tal fine, cercherò innanzitutto (§ 2.) di delineare le tesi principali del movimento CRT, soprattutto in relazione alla libertà di espressione. In secondo luogo (§ 3.) mi occuperò di definire i contorni del fenomeno definibile come “discorso razzista”, e di individuare lo spazio della libertà di espressione

---

<sup>1</sup> Emblematico, sin dal titolo, il saggio di K. Sullivan, *Free Speech Wars*, in «Southern Methodist University Law Review», vol. 48, 1994, pp. 203-214.

<sup>2</sup> Per un'introduzione alle idee principali della CRT, si possono utilmente consultare K. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller, K. Thomas (eds.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New Press, New York, 1996. G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* (1996), il Mulino, Bologna, 2001; K. Thomas, G. Zanetti (a cura di), *Legge, razza, diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005.

nelle democrazie costituzionali contemporanee (§ 4.). Cercherò poi (§§ 5.-5.3.) di esaminare quale tipo di danno sia prodotto dal disorso razzista. Non offrirò una articolazione compiuta di una disciplina giuridica del discorso razzista: forse, riuscirò ad indicare i tratti principali di una (alquanto) modesta proposta (§ 6.).

## 2. Critical Race Theory e libertà di espressione

L'assunto di partenza della CRT è che la "razza" non è un dato biologico, ma una costruzione sociale<sup>3</sup>. Questo assunto è rilevante sotto due aspetti: in primo luogo, perché porta ad affermare che non esistono "razze" in natura, evidenziando invece come esse vengano definite e delimitate da pratiche sociali talvolta inintenzionali e stratificate nel tempo, talvolta deliberate – come nel caso, ad esempio, delle definizioni giuridiche di razza<sup>4</sup>. In secondo luogo, perché quelle stesse pratiche sociali, ed eventualmente giuridiche, non solo costruiscono la nozione rilevante di razza, ma attribuiscono alla razza così creata un certo valore o disvalore sociale: l'appartenenza razziale viene così associata a valori, a una "forma di vita" distinta da quella del *mainstream*, della *norma*. Così, in ultima analisi, la costruzione della "razza" è funzionale all'istituzione e riproduzione di gerarchie sociali.

Il processo di costruzione sociale dell'appartenenza razziale è complesso e ambivalente: per un verso il discorso sociale, il discorso del *mainstream*, porta alla costruzione di un gruppo supposto unitario, con determinate caratteristiche ascritte dall'esterno e stereotipate, ed è come detto, solitamente finalizzato a (o comunque ha l'effetto di) produrre la stigmatizzazione di quel gruppo. Per altro verso, i membri del gruppo stigmatizzato solitamente reagiscono, nel tempo, non solo cercando l'uguaglianza formale con il resto della società (volendo dimostrare di essere *uguali* alla maggioranza), ma anche ponendo al centro della loro identità proprio quelle caratteristiche differenziali che hanno prodotto lo stigma e chiedendo di

---

<sup>3</sup> Cfr. ad es., I. Haney López, *Bianco per legge* (1996), in K. Thomas, G. Zanetti (a cura di), *Legge, razza, diritti*, cit., pp. 71-77.

<sup>4</sup> Si veda ad esempio la regola della "one drop", efficacemente discussa da N. Gotanda, *«La nostra costituzione è cieca rispetto al colore»: una critica* (1991), in K. Thomas, G. Zanetti (a cura di), *Legge, razza, diritti*, cit., pp. 27-69; in proposito anche L. Friedman, *La società orizzontale* (1999), il Mulino, Bologna, 2002, cap. V.

essere *riconosciuti come* appartenenti ad un gruppo specifico (ad esempio, afro-americani)<sup>5</sup>.

In tal modo, dunque, l'elemento centrale dell'appartenenza razziale consiste non in un dato biologico, ma in una forma di attaccamento a pratiche, a valori, a una "forma di vita". A partire da questo assunto, la CRT ha sviluppato una serrata critica ai dogmi e all'utopia del diritto formalmente "cieco al colore", dedicando particolare attenzione anche al profilo della libertà di espressione<sup>6</sup>.

La CRT ha anche evidenziato infatti quella che potremmo chiamare la dimensione espressiva ed elettiva dell'appartenenza razziale (l'identificazione con valori, pratiche sociali, ecc.), e conseguentemente il margine di scelta individuale che di solito è implicato nel professare e nell'aderire ai valori, alle pratiche associate ad una certa appartenenza razziale e culturale, nonché nell'esibirle pubblicamente<sup>7</sup>. Da questo punto di vista, la garanzia che molte democrazie costituzionali riconoscono alla libertà di espressione sembra giocare a favore degli individui appartenenti a minoranze connotate in senso razziale, perché è uno strumento con cui essi possono far valere, rivendicare, riaffermare la propria appartenenza, riconoscersi e farsi riconoscere, nel contesto di quelle che sono sempre più «società di minoranze»<sup>8</sup>.

Ma c'è anche un rovescio della medaglia, che spiega perché le proposte maturate nell'ambito di questa corrente siano state considerate come *postmodern*

---

<sup>5</sup> Si veda K.A. Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 108-109. Questa analisi può agevolmente essere estesa all'appartenenza ad altri gruppi o minoranze socialmente stigmatizzati o discriminati, ad esempio minoranze connotate in base agli orientamenti sessuali: cfr. K. Yoshino, *Covering*, in «Yale Law Journal», vol. 111, 2002, pp. 769-939.

<sup>6</sup> Ad esempio, CRT ha prodotto alcune interessanti (ancorché cervelotiche e in fin dei conti controproducenti) riletture del caso *Brown* come un *First Amendment issue*, una questione di libertà di espressione: in gioco ci sarebbe stata, infatti, innanzitutto la condotta espressiva dello Stato che nell'istituire scuole separate per bianchi e neri avrebbe inteso diffondere un messaggio di subordinazione sociale (cfr. C. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in M. Matsuda, Ch. Lawrence III, R. Delgado, K. Crenshaw, *Words That Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Westview, Boulder (CO), 1993 [d'ora in avanti: *Words That Wound*], pp. 53-88 (le decisioni della Corte Suprema sul caso *Brown* possono essere lette in traduzione italiana in K. Thomas, G. Zanetti (a cura di), *Legge, razza, diritti*, cit.). L'aspetto controproducente di questo argomento è che in tal modo la libertà di espressione è riconosciuta in capo allo Stato, ossia esattamente il soggetto *contro il quale* essa è tradizionalmente reclamata.

<sup>7</sup> Cfr. D. Carbado, M. Gulati, *The Law and Economics of Critical Race Theory*, in «Yale Law Journal», vol. 112, 2003, pp. 1757-1828 (spec. pp. 1771 ss.).

<sup>8</sup> Così, S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 125.

*censorship*<sup>9</sup>, forme di censura rese appena più “presentabili” sulla scena politica e culturale grazie al riferimento a teorie sociali e filosofiche *à la page*. Il rovescio della medaglia è questo: la CRT ha evidenziato come la protezione assoluta della libertà di espressione giochi spesso *contro* gli appartenenti a minoranze connotate in senso razziale; questo accade quando parole, le opinioni, i comportamenti espressivi sono funzionali a veicolare e rimarcare la distanza, la differenza, tra la presunta maggioranza e la presunta minoranza<sup>10</sup>. In questi casi, la parola può essere strumento di offesa diretta verso individui, presi di mira per il solo fatto della loro appartenenza ad un gruppo razzialmente connotato; oppure, la parola può essere – più indirettamente – strumento di diffamazione e discriminazione di un gruppo nel suo complesso per mezzo della diffusione di giudizi denigratori su quel gruppo; oppure ancora – ed è una possibilità che occupa ambigualmente lo spazio che separa le due precedenti – la parola può essere lo strumento per armare le mani di altri, incitandoli a commettere attacchi fisici, intimidazioni, ecc., motivati dall’odio e dal disprezzo verso gli appartenenti ad un gruppo connotato in senso razziale. A questo proposito è interessante osservare che il discorso razzista ha una valenza asimmetrica: la sua portata offensiva si dispiega nei contesti sociali in cui l’appartenenza ad un gruppo razziale porta con sé il retaggio di un passato di discriminazioni, o finanche di persecuzione violenta. Oltre a prendere di mira individui determinati, il discorso razzista diventa dunque un modo per conservare e ribadire un rapporto di gerarchia tra gruppi sociali.

In questa sede, mi interessa capire in che modo la libertà di espressione – una delle libertà più sacre nelle democrazie costituzionali pluraliste contemporanee – possa sfruttare la propria copertura costituzionale per sortire gli effetti sopra accennati (offese razziali, istigazione all’odio, riproduzione di rapporti di subordinazione sociale), e quale risposta sia possibile aspettarsi da un diritto che voglia rimanere coerente ai principi (proclamati da tutte le principali democrazie costituzionali) di pluralismo, tolleranza, e accomodamento delle differenze. A tal fine seguirò la traccia offerta dall’analisi della CRT, pur nella convinzione di non poterla condividere *in toto*, per i motivi che saranno esposti più avanti.

---

<sup>9</sup> S. Gey, *The Case Against Postmodern Censorship Theory*, in «University of Pennsylvania Law Review», vol. 145, 1996, pp. 193-297; Ch. Collier, *Hate Speech and the Mind-Body Problem: A Critique of Postmodern Censorship Theory*, in «Legal Theory», vol. 7, 2001, pp. 203-234.

<sup>10</sup> «Now the defenders of the *status quo* have discovered, in the first amendment, a new weapon [...] The first amendment arms conscious and unconscious racists – Nazis and liberals alike – with a constitutional right to be racists»: M. Matsuda, Ch. Lawrence III, R. Delgado, K. Crenshaw, *Introduction*, in *Words That Wound*, cit., pp. 14-15.

Inoltre, per quanto possibile estenderò alcune delle proposte, elaborate dalla CRT relativamente all'appartenza razziale o etnica, anche all'appartenenza ad altri gruppi: considererò dunque come sostanzialmente equivalenti, sotto questo aspetto, i problemi posti dall'appartenenza a gruppi razziali o etnici, religiosi, culturali, o basati sull'appartenenza di genere o sugli orientamenti sessuali. Il motivo di questa assimilazione risiede nell'idea che, in tutti questi casi, l'appartenenza al gruppo di riferimento non sia determinata (almeno, non esclusivamente) da una forma di necessità naturale, biologica o storica, ma da un certo margine di scelta personale. Ovviamente, alcuni gruppi sono più ascrivibili di altri (ad esempio, i gruppi connotati in senso linguistico, o le minoranze connotate in base agli orientamenti sessuali); ma anche in questi casi rimane, credo, un certo margine di controllo da parte dell'individuo sulla propria appartenenza identitaria, quantomeno sul piano dell'enfasi e della rivendicazione pubblica dell'appartenenza, oltre che della decisione di continuare ad appartenere al gruppo<sup>11</sup>.

In questo quadro, il discorso razzista rappresenta un caso limite per la teoria e per la pratica della libertà di espressione. In primo luogo perché, banalmente, esso è manifestazione del pensiero. In secondo luogo perché, anche se il contenuto di questa manifestazione di pensiero è di solito sgradevole e spesso basato su dati falsi, argomenti distorti, paralogismi, ecc., tuttavia non sempre è chiaro *su quali basi* il diritto dovrebbe reprimerlo.

La risposta più ovvia è quando cagiona un danno. Ma il problema è esattamente questo, che non sappiamo quali danni possano essere imputati al discorso razzista. In effetti, un ricorso disinvolto alla nozione di danno *begs the question*: affermare che un certo evento è un danno giuridicamente rilevante significa assumere ciò che ancora deve essere dimostrato, ossia quando, a quali condizioni il discorso razzista cagioni effettivamente un danno (un danno di cui il diritto debba occuparsi). Dunque, *quali* effetti del discorso razzista devono stimolare una risposta del diritto? E quali tipi di discorso razzista sono in grado di produrre quegli effetti indesiderati? (si può infatti immaginare che esistano varie forme di discorso razzista, che producono conseguenze diverse sui destinatari, sulle vittime, o in generale sulla società).

Ebbene, riguardo a questi interrogativi la posizione standard della CRT è la seguente: nella costruzione di rapporti di subordinazione sociale (quali

---

<sup>11</sup> Analogo argomento è sviluppato da A. Sen, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, Norton, New York, 2006, sottolineando che l'iscrizione ad un gruppo non è mai detata da qualche forma di determinismo, e che inoltre ognuno di noi appartiene contemporaneamente a più gruppi.

quelli che di fatto, in certi contesti, intercorrono tra gruppi connotati in senso razziale) non giocano un ruolo solo elementi materiali come la distribuzione della ricchezza, o di certi posti di lavoro, o di certi incarichi pubblici: il mondo sociale è costruito anche attraverso rapporti di interazione simbolica, e da questo punto di vista il discorso razzista ha una valenza propriamente costitutiva e strutturante nei confronti dell'ordine sociale. Pertanto, il discorso razzista, *in tutte le sue manifestazioni*, produce danni rilevanti; tali danni si dispiegano, contemporaneamente, sia nella dimensione individuale della vittima di quei discorsi, sia nella più complessiva dimensione sociale, influenzando sul modo in cui gli appartenenti alla minoranza presa di mira dal discorso razzista possono partecipare al discorso pubblico, e ancora più in generale influenzando sui rapporti di potere tra i gruppi sociali. In questo quadro, se il diritto garantisse qualche forma di immunità al discorso razzista in nome della libertà di espressione, si determinerebbe una sorta di «tolleranza repressiva» *à la* Marcuse: una situazione in cui la proclamazione formale del valore della tolleranza, e la sua cieca applicazione in una realtà sociale aspramente segnata da disparità di potere, rapporti gerarchici, discriminazione e oppressione a danno di certi gruppi ecc., equivale a permettere che quelle disparità restino intatte, che atti di oppressione continuino ad essere perpetrati perché indiscriminatamente tollerati<sup>12</sup>.

Di conseguenza, gli esponenti del movimento considerano politicamente opportuna, e costituzionalmente legittima, una repressione giuridica del discorso razzista, ricorrendo ad esempio a sanzioni penali e amministrative, o quantomeno alla sanzione civile del risarcimento del danno, nei confronti degli autori di questi discorsi<sup>13</sup>.

### 3. *Fenomenologia del discorso razzista*

In termini molto generali, una possibile definizione di discorso razzista (*bate speech*) potrebbe essere la seguente: discorso finalizzato a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano

---

<sup>12</sup> H. Marcuse, *La tolleranza repressiva*, in R.P. Woff, B. Moore jr., H. Marcuse, *Critica della tolleranza. I mascheramenti della repressione* (1965), Einaudi, Torino, 1968, pp. 77-105. Per una difesa del discorso razzista ed estremista basata sul principio di tolleranza (e sugli effetti positivi che – ottimisticamente – esso potrebbe sortire influenzando sulla mentalità degli estremisti), si veda invece L. Bollinger, *La società tollerante* (1986), Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>13</sup> Ho ricostruito la “posizione standard” sulla base dei saggi raccolti in *Words That Wound*, cit.

disprezzo nei confronti di quel gruppo a causa della sua connotazione razziale, etnica, religiosa, culturale o di genere<sup>14</sup>.

Il discorso razzista, così definito, può presentarsi in una varietà di forme. Inoltre, la stessa parola “discorso” deve essere intesa nel senso più ampio, fino a comprendere qualsiasi atto configurante un’istanza di comunicazione espressiva, tra cui ad esempio l’ostentazione di particolari simboli, o il tenere un comportamento comunicativo che veicoli, in maniera non verbale, un messaggio del tenore sopra indicato. Una possibile fenomenologia provvisoria dei discorsi razzisti copre dunque uno spettro che comprende, in ordine decrescente per quanto riguarda le modalità aggressive del discorso:

- a) l’insulto razzista rivolto direttamente ad una o più persone identificate come appartenenti al gruppo razziale preso di mira;
- b) la propaganda di idee e di messaggi (inclusi l’ostentazione di simboli e altri comportamenti espressivi<sup>15</sup>) che rivendicano la superiorità di un gruppo razzialmente connotato rispetto ad altri gruppi, e disprezzo e odio nei confronti di questi ultimi;
- c) la propaganda di idee e messaggi che rivendicano la superiorità di un gruppo razzialmente connotato rispetto ad altri gruppi, basata su argomenti pseudo- o para-scientifici;
- d) la negazione o il drastico ridimensionamento di fatti o eventi storici di discriminazione o persecuzione a danno di gruppi connotati in senso razziale (ad esempio, la schiavitù negli Stati Uniti, l’Olocausto in Germania), se la negazione o il ridimensionamento sono motivati non da fini di spassionata indagine storiografica, ma per gettare discredito sulle minoranze interessate – laddove fosse facile tracciare questa distinzione<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> D.O. Brink, *Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech*, in «Legal Theory», 7, 2001, pp. 119-157; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in «Cardozo Law Review», Vol. 24, 2003, pp. 1523-1567.

<sup>15</sup> Tra cui (noti esempi tratti dalla giurisprudenza nordamericana): una marcia neonazista in un sobborgo densamente abitato da ebrei, tra cui alcuni sopravvissuti all’Olocausto; l’affissione di una croce in fiamme nel giardino di una famiglia di colore, ecc.

<sup>16</sup> A prima vista, l’inclusione del negazionismo nell’ambito dello *hate speech* o discorso razzista non è ovvia. Tuttavia, in particolari contesti storici o sociali si può arguire che tesi negazioniste siano motivate da (e finalizzate a corroborare con l’ausilio di argomenti presunti storiografici) posizioni razziste. L’inclusione del negazionismo nel paradigma del discorso razzista è proposta ad esempio da M. Troper, *La legge Gaysot e la Costituzione*, in «Ragion pratica», 8, 1997, pp. 189-207; P. Wachsmann, *Libertà d’espressione e negazionismo*, in «Ragion pratica», 1999, pp. 57; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, cit.

Questa definizione può essere utilmente applicata anche quando è in gioco un'identità di altro tipo, come quella religiosa o di genere<sup>17</sup>: nell'ottica delle teorie c.d. postmoderne del diritto, tutte queste diverse appartenenze identitarie presentano, alla fine, caratteristiche simili, relative al carattere "elettivo" – l'elemento di scelta – ed "espressivo" – l'enfasi e la rivendicazione pubblica – dell'appartenenza al gruppo di riferimento. Tuttavia la nostra definizione diventa particolarmente saliente quando si tratta di gruppi che, in un certo contesto storico e sociale, sono stati oggetto di emarginazione, discriminazione, subordinazione, persecuzione. In questi casi, infatti, il discorso razzista rappresenta la reiterazione di uno stigma sociale, la riproposizione in forma linguistica di un rapporto di emarginazione e subordinazione di un gruppo sociale su un altro, e pertanto le parole cessano di essere «solo parole», per diventare strumenti che concorrono alla reiterazione di una struttura sociale oppressiva nei confronti di quella minoranza.

#### 4. *Lo spazio della libertà di espressione*

Che abbia forma verbale o altra modalità espressiva, il discorso razzista è comunque una forma di manifestazione del pensiero, e come tale riconducibile ad una libertà di rango assai elevato nelle democrazie costituzionali contemporanee, talvolta definita come «cardine» e «pietra angolare dell'ordine democratico»<sup>18</sup>, e consacrata nei documenti giuridici più solenni<sup>19</sup>.

Solitamente, la formulazione costituzionale di questa libertà avviene nei termini più ampi, talvolta (ma non sempre) accompagnata dalla previsione di qualche scarna eccezione: nella costituzione italiana, l'unica eccezione *esplicita* alla libertà di manifestazione del pensiero è la tutela del buon costume; il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, dal canto suo, è formulato come un assoluto<sup>20</sup>. Tuttavia, immaginare una immunità generale e assoluta per qualsiasi forma di manifestazione del pensiero sarebbe un assurdo. Il motivo è

---

<sup>17</sup> Significativamente, alcune correnti del pensiero femminista qualificano la pornografia come una forma di *bate speech* a danno delle donne.

<sup>18</sup> Nelle parole della Corte costituzionale italiana: sentenza n. 84/1969.

<sup>19</sup> Ad esempio: art. 21 della Costituzione italiana; Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti; art. II-71 del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa; art. 10 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

<sup>20</sup> «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances».



semplice: se per un verso le clausole costituzionali sulla libertà di espressione sono formulate in termini assai ampi, astratti, e talvolta assoluti, per altro verso le costituzioni riconoscono, solitamente in termini altrettanto generali o assoluti, altri beni che a loro volta possono essere lesi da forme di manifestazione del pensiero<sup>21</sup>. Può pertanto facilmente accadere che un diritto costituzionale come la libertà di manifestazione del pensiero entri in rotta di collisione con un altro diritto avente anch'esso rango costituzionale. Avendo i due diritti la stessa "forza" costituzionale, la soluzione del conflitto dovrà passare attraverso qualche strategia di contemperamento, di armonizzazione, di bilanciamento: l'interpretazione costituzionale (l'applicazione concreta dei diritti fondamentali formulati in modo astratto nelle costituzioni) consiste spesso nell'arte di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra due diritti fondamentali in conflitto.

Non entrerò qui nel dettaglio dei problemi teorici relativi alla compatibilità e al conflitto tra diritti costituzionali<sup>22</sup>. In questa sede mi limiterò ad assumere che è agevolmente configurabile un margine di manovra, costituzionalmente tollerato, per limitare giuridicamente il discorso razzista. L'ampiezza di questo margine di manovra varierà in base alla *teoria* della libertà di espressione che si ritenga più adatta e ragionevole (quale tipo di valore morale essa dovrebbe proteggere)<sup>23</sup>. Tuttavia, nuovamente, assumerò senza problematizzare che questo margine sia disponibile, e che sia delimitato dalla possibilità di individuare un *danno* prodotto dal discorso razzista: se il discorso razzista produce effetti che possono essere plausibilmente ricondotti alla nozione di danno, allora disponiamo di un argomento certo in favore della sua limitazione.

##### 5. *Il danno: How to do (bad) things with words*

---

<sup>21</sup> Per un inquadramento generale di questa problematica, B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123.

<sup>22</sup> Su cui v. B. Celano, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 53-74; Id., *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in «Filosofia politica», 2005, pp. 427-441; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion pratica», 2007, pp. 219-276.

<sup>23</sup> Per un primo orientamento alle teorie sulla libertà di espressione, M. Rosenfeld, *La filosofia della libertà di espressione in America*, in «Ragion pratica», 12, 1999, pp. 17-30; Id., *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, cit.

Alcune forme di discorso razzista determinano effettivamente danni diretti: si tratta di quelle forme di discorso che sono in grado di provocare atti di violenza (istigando la commissione di tali atti, o inducendone la commissione in forma di reazione da parte del soggetto aggredito verbalmente): taluni sostengono che in questi casi il discorso razzista non sarebbe realmente un “discorso”, ma piuttosto un’azione<sup>24</sup>. In tali casi, il discorso razzista è la (con)causa di un danno in senso tecnico, e il bilanciamento tra i due diritti in conflitto (la libertà di manifestazione del pensiero e l’integrità fisica) si può risolvere facilmente in favore del secondo.

I problemi maggiori sono invece determinati da quelle altre forme di discorso razzista che non producono un danno diretto, ma conseguenze più sottili e indirette. A questo proposito, un argomento ricorrente è che in questi casi non verrebbe prodotto un danno, ma qualcosa di più inconsistente, come un’offesa, una forma di fastidio o di disgusto, una reazione indignata derivante dalla consapevolezza che esistono opinioni diverse ed eventualmente repellenti<sup>25</sup>. Il che, evidentemente, non sarebbe sufficiente per giustificare la repressione giuridica di alcuna forma di espressione.

Ebbene, la letteratura fiorita nell’ambito della *Critical Race Theory* ha proposto un modo originale di inquadrare il problema del danno causato dal discorso razzista, anche con l’ausilio di indagini sociologiche e psicologiche sugli effetti dello *hate speech* sulle sue vittime, e pervenendo alla conclusione che il discorso razzista può effettivamente produrre *danni* sulle sue vittime, e non solo offese. Il discorso razzista, sostiene la CRT, è dannoso da diversi punti di vista: esso produce danni su individui determinati, di solito le vittime o bersagli di offese razziali (li chiamerò «danni individuali»), ma anche danni su più vasta scala, sulla società nel suo complesso (li chiamerò «danni sociali»). Il discorso razzista infatti è di solito finalizzato a, o comunque produce l’effetto di,

---

<sup>24</sup> M. Troper, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., p. 198.

<sup>25</sup> Una simile impostazione del problema in R. Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford U.P., Oxford, 1996, capp. 8-10; L. Alexander, *Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, in «Constitutional Commentary», vol. 71, 1996, pp. 71-100. La distinzione tra danno e offesa non è sempre chiara. Tendenzialmente, un “danno” è definito come la lesione di un interesse, mentre una “offesa” è definita in virtù della sua attitudine ad indurre alcuni stati mentali differenti tra loro, ma accomunati dall’essere solitamente percepiti come sgradevoli, fastidiosi, irritanti, imbarazzanti ecc. Cfr. J. Feinberg, *Filosofia sociale* (1973), il Saggiatore, Milano, 1996, pp. 54 ss. Metaforicamente, l’offesa è paragonabile al prurito, o al cattivo odore, mentre il danno sarebbe simile alla frattura di un arto. Un’offesa può: 1) produrre, nei casi più gravi, un danno (ad esempio, alla salute); in tal caso, tuttavia, è il danno che giustifica la risposta del diritto, e non l’offesa in sé; in altre parole, la risposta del diritto è giustificata dalla lesione all’interesse compromesso (la salute), e non dall’offesa; 2) non produrre alcun danno (ad esempio, l’imbarazzo, facilmente superabile, causato da un messaggio pubblicitario “forte”); 3) produrre un danno relativamente banale.

stigmatizzare le sue vittime e creare un ambiente sociale ostile per i bersagli di quel discorso<sup>26</sup>. Inoltre, la stigmatizzazione e l'ambiente ostile così determinatisi possono preparare il terreno, intenzionalmente o meno, per ulteriori atti di aggressione, intimidazione, o vilificazione del gruppo che ne è vittima, o più in generale forme di discriminazione sociale.

Secondo la CRT, tutte le sfumature di discorso razzista sono quindi pezzi di un medesimo ingranaggio: la subordinazione sociale e la discriminazione e finanche le aggressioni razziali trovano tutte la propria radice nel variegato universo dei discorsi razzisti, i quali ultimi a loro volta diventano tanto più aggressivi e lesivi se circolano in un ambiente già ben disposto a dare credito alle idee di subordinazione tra gruppi sociali (a considerarle quasi una parte ovvia del panorama sociale), e così via, senza soluzione di continuità<sup>27</sup>. Questi danni non sono necessariamente o direttamente legati ad atti di violenza fisica come aggressioni, o disordini sociali (anche se può accadere che il discorso razzista dia adito o si accompagni a varie forme di violenza): sono, piuttosto, danni prodotti da parole.

Passiamo brevemente in rassegna questi presunti danni.

### 5.1. *Danni individuali*

In assenza di atti di aggressione fisica si pone il problema di dimostrare che l'effetto prodotto dal discorso razzista sia qualificabile come *danno*, e non sia invece qualcosa di simile al semplice disappunto, al fastidio, o all'imbarazzo. Si pone in altre parole il problema di distinguere il danno da una offesa, il discorso dannoso dal discorso (soltanto) offensivo.

Secondo la posizione standard della CRT, il discorso razzista specialmente in certi contesti produce *danni* sulle sue vittime, e non solo offese. Il discorso razzista ad esempio può indurre nelle sue vittime depressione, profonda disistima di sé, impossibilità di frequentare determinati luoghi (ad es., campus universitari) per paura di incorrere in esperienze umilianti ecc.; certo, questi non sono danni nello stesso senso in cui lo è la rottura di un arto, o l'incendio di una casa, tuttavia – sostiene la CRT – non si vede perché non considerarli giuridicamente rilevanti, una volta che si sia accertato *a)* che l'interesse coinvolto ha dignità primaria (l'integrità psicofisica, la capacità di

---

<sup>26</sup> S. Brison, *The Autonomy Defense of Free Speech*, in «Ethics», vol. 108, 2, 1998, pp. 312-339.

<sup>27</sup> Cfr. ad es. Ch. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go*, cit, p. 85. Analogo trattamento unificato delle varie forme di discorso razzista è proposto da M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, cit.

interagire con gli altri, ecc.), e *b*) che tale interesse subisce un pregiudizio non banale.

Fin qui tutto bene: si tratta di un semplice ritocco della nozione di danno giuridicamente rilevante, riformulazione non troppo distante da alcuni percorsi già seguiti in alcune esperienze giuridiche contemporanee (si pensi al danno esistenziale nella giurisprudenza italiana, o al diritto al libero svolgimento della personalità nella giurisprudenza costituzionale tedesca), e i problemi più consistenti che questa costruzione incontra possono essere, eventualmente, di tipo probatorio (si è davvero verificato un danno, come definito alla luce della teoria?). D'altronde, sostiene la CRT, il fatto che finora<sup>28</sup> il diritto non avesse considerato queste situazioni come danni non può essere considerato un valido argomento per rifiutare questa proposta: evidentemente, nel tempo cambia la percezione sociale di certi fenomeni, e il diritto può e deve tenerne conto (ad esempio, notoriamente fino a qualche anno fa la violenza sessuale era considerata dal codice penale un reato contro la morale, non contro la persona).

Infine, vi è anche un altro senso in cui il discorso razzista produce danni su individui determinati, ed è quando il discorso razzista, trattando certe persone come bersaglio continuo di odio e di disprezzo, agevola e legittima la commissione di atti di violenza e di aggressione nei confronti di quelle persone. In questo caso, il discorso razzista è strumento di violenza ai danni degli appartenenti al gruppo preso di mira (allo stesso modo in cui, per alcuni filoni del pensiero femminista, la pornografia è strumento di violenza sulle donne, in quanto le rappresenta come oggetto – talvolta perfino accondiscendente – di attenzioni sessuali degradanti), e costituisce una sorta di istigazione oggettiva alla violenza razziale.

Qui però iniziano a profilarsi alcune difficoltà, che diventeranno più chiare passando a considerare i danni sociali del discorso razzista.

## 5.2. *Danni sociali (I): il silencing*

Un primo tipo di danno sociale imputato al discorso razzista è il c.d. *silencing*<sup>29</sup>. L'idea è la seguente: l'esposizione di un gruppo (ad esempio una minoranza razziale), ad un clima di costante aggressione, umiliazione, denigrazione ecc., può sortire l'effetto di privare gli appartenenti a quel gruppo

---

<sup>28</sup> Il riferimento è al diritto americano vigente al momento in cui è stata elaborata la posizione standard (anni '80 del XX secolo).

<sup>29</sup> Ch. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go*, cit.

del proprio diritto ad essere ascoltati nel momento in cui decidono di parlare. Questo dovrebbe sollevare serie perplessità sull'idea, ricorrente ad esempio nella giurisprudenza costituzionale americana, che il miglior rimedio ai discorsi insultanti o razzisti può consistere solo in "più discorsi" (l'idea che alla fine, nel lungo periodo, la moneta buona scacci quella cattiva e le opinioni false si svelino per quello che sono).

A dire il vero, ciò che si intende per *silencing* nella letteratura CRT non è sempre chiaro: talvolta si usa questo termine per designare un effetto sociale del discorso razzista, talaltra per designare un effetto individuale, che si produce sulla singola vittima di insulti razziali<sup>30</sup>.

Nel primo caso, l'effetto di *silencing* non significa che il discorso razzista letteralmente espropri la libertà di parola delle sue vittime<sup>31</sup>; piuttosto, il discorso razzista agirebbe allo stesso modo di un rumore di fondo, o dell'inquinamento acustico: bersagliando ripetutamente gli appartenenti ad un certo gruppo, il discorso razzista creerebbe un ambiente ostile o quantomeno di diffidenza nei loro confronti, ponendoli in una situazione più faticosa affinché la loro voce possa essere ascoltata e presa sul serio nell'arena pubblica.

Nel secondo caso, il *silencing* significa che la vittima di *insulti razziali diretti* è indotta al silenzio per paura che agli insulti razzisti seguano aggressioni fisiche: gli insulti razzisti creano infatti nei confronti dei destinatari un clima costante di minaccia<sup>32</sup>.

Inquadrare il *silencing* come specifica figura di danno che richiede una specifica risposta da parte del diritto incontra, mi pare, alcune difficoltà. La prima difficoltà è che in entrambe le versioni (vale a dire: sia esso inteso come danno individuale che come danno sociale), l'effetto del *silencing* si fonda su una affermazione di tipo causale: come tale essa dovrebbe essere dimostrata, e non semplicemente asserita<sup>33</sup>. Non sembra però che un argomento causale di questo tipo sia stato adeguatamente fornito, e così l'effetto di *silencing* continua ad essere un argomento sì suggestivo, ma non dimostrato (non ancora, perlomeno).

---

<sup>30</sup> Il passaggio da un senso all'altro del *silencing* è individuabile ad esempio in Ch. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go*, cit., pp. 78-79.

<sup>31</sup> Come viene invece sostenuto nell'ambito del femminismo radicale, secondo cui alcune forme di pornografia hanno precisamente l'effetto di privare le donne della loro libertà di parola.

<sup>32</sup> Questa mi sembra l'accezione in cui il termine è usato anche da F. Baroncelli, *Trent'anni dopo. Marcuse, la tolleranza repressiva e gli speech codes*, in «Ragion pratica», 12, 1999, pp. 31-56.

<sup>33</sup> Per un argomento analogo, cfr. D. Jacobson, *The Academic Betrayal of Free Speech*, in «Social Philosophy and Policy», 24, 2004, pp. 48-80.

Il problema, forse, è che la plausibilità *prima facie* dell'argomento del *silencing* deriva da una duplice circostanza: 1) non ci piace l'idea che gli appartenenti ad una minoranza già oggetto di discriminazioni e forse anche di persecuzioni pregresse siano, in ipotesi, estromessi dal dibattito pubblico (mentre ad esempio non troviamo eccessivamente scandaloso che uno storico negazionista non sia invitato ad un congresso di storici sulla Seconda guerra mondiale, o che uno scienziato creazionista non sia invitato ad un congresso su Darwin); 2) questa situazione ci ricorda e ci sembra pericolosamente simile al caso in cui a qualcuno sia *fisicamente* impedito di esprimere il proprio pensiero da altri, caso quest'ultimo su cui non avremmo alcuna esitazione a sollecitare una reazione da parte del diritto. Il punto, però, è che il *silencing* è in realtà *troppo* diverso da una situazione di impedimento fisico, per giustificare lo stesso trattamento da parte del diritto<sup>34</sup>.

Inoltre, in assenza di una descrizione più precisa del fenomeno del *silencing*, si rischia di presupporre che la libertà di espressione assegni a ciascuno un diritto (non solo di parlare ma anche) di essere ascoltato, o addirittura capito<sup>35</sup>; una tesi piuttosto difficile da difendere. Per garantire a ciascuno il diritto ad essere ascoltato (ad un ambiente favorevole a che le sue idee vengano accolte con la migliore disposizione d'animo) dovremmo infatti immaginare una serie di condizioni fattuali e giuridiche tali da rendere di fatto impossibile la libertà di manifestazione del pensiero – ma anche, probabilmente, la libertà di circolazione, di religione e di associazione.

### 5.3. *Danni sociali (II): il discorso razzista perpetua la subordinazione sociale*

Questa seconda dimensione della libertà di espressione è quella che ha maggiormente attirato l'attenzione degli studiosi della CRT, e rappresenta anzi una ricaduta particolare di una più generale acquisizione del movimento: l'idea (già esposta *supra*, § 2.), che la razza è non solo (e, anzi, non principalmente) un dato biologico, ma una costruzione sociale, determinata dal concorrere di vari tipi di pratiche e di discorsi, incluso il discorso stesso del diritto: i “messaggi” che il diritto invia nell'ambiente sociale, di volta in volta tollerando,

---

<sup>34</sup> Leslie Green afferma che quella del *silencing* è una metafora, ma in realtà intende funzionare come una analogia (rispetto all'impedire fisicamente a qualcuno di parlare): L. Green, *Pornographizing, Subordinating, and Silencing*, in R. Post (ed. by), *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation*, The Getty Research Institute for the History of Arts and the Humanities, Los Angeles, 1998, pp. 285-311.

<sup>35</sup> Questo, come giustamente osserva Dworkin, sarebbe assurdo: cfr. R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit., capp. 8-10.

prescrivendo, o reprimendo determinate pratiche che incidono sulla rappresentazione sociale dei gruppi razziali. Il discorso razzista rappresenta così la proverbiale punta dell'iceberg, è la manifestazione più virulenta di un fenomeno stratificato e pervasivo. Ma, d'altro canto, di tale fenomeno esso è non solo effetto ma anche causa, perché secondo la CRT il discorso razzista contribuisce a sua volta a legittimare e riprodurre l'ordine gerarchico esistente strutturato su basi razziali<sup>36</sup>.

In questo quadro, auspicare che lo squilibrio di potere sia compensato con *more speech*, in una prospettiva da libero mercato delle idee è, agli occhi di questi studiosi, frutto di falsa coscienza, quando non di mala fede: il libero mercato delle idee servirà solo a fare il gioco di chi ha *già* più potere, e in tal modo a legittimare ancora una volta la riproduzione dei rapporti di subordinazione sociale. Pertanto, così come le *affirmative actions* sono state usate in altri contesti sociali in cui certe disegualianze non avrebbero potuto essere sanate (ma semmai aggravate) dal libero operare delle leggi del mercato, a questa situazione i teorici della CRT oppongono alcuni correttivi giuridico-repressivi al libero mercato delle idee (principalmente sanzioni penali, e a talune condizioni responsabilità civile<sup>37</sup>).

Anche questa seconda accezione di danno sociale del discorso razzista incontra, a mio parere, alcune difficoltà.

In primo luogo, per affermare che il discorso razzista abbia effettivamente l'effetto di creare, ricreare o legittimare un rapporto di subordinazione sociale su basi razziali occorre che tale discorso provenga da una fonte riconosciuta come autoritativa nella società<sup>38</sup>, e che sia condiviso dalla società nel suo complesso, o almeno da una sua significativa maggioranza o, ancora, da una minoranza stabilmente in possesso delle redini del potere, che eserciti qualcosa di simile a ciò che Gramsci avrebbe chiamato egemonia. Ma questo non sembra essere il caso, almeno nella maggior parte delle società occidentali contemporanee. Infatti si può agevolmente riscontrare che molte di queste società adottano misure sia positive che repressive contro la discriminazione razziale (o quantomeno contro le forme più palesi di

---

<sup>36</sup> Cfr. M. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in *Words That Wound*, cit., pp. 17-51 (spec. p. 36). Alcune delle idee espresse da teorici della CRT su questo argomento sono, ancora una volta, abbastanza simili a (e talvolta mutuata da) posizioni del pensiero femminista relativamente al discorso sessista e in particolare alla pornografia.

<sup>37</sup> Il ricorso alla responsabilità civile per trattare casi di *hate speech* è argomentato, con notevole finezza tecnica, da R. Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in *Words That Wound*, cit., pp. 89-109.

<sup>38</sup> Un punto simile, ma riguardo alla pornografia, è svolto da L. Green, *Pornographizing, Subordinating, and Silencing*, cit.

discriminazione), e che esiste un notevole grado di consenso sociale sul rifiuto del razzismo; quindi, anche a non voler credere che viviamo nel migliore dei mondi possibili, si può sempre osservare che nelle società occidentali circolano quantomeno messaggi di segno diverso, anziché un univoco e soffocante messaggio di subordinazione razziale.

In secondo luogo, ammesso che il discorso razzista svolga davvero questo ruolo di legittimazione delle gerarchie sociali su base razziale, non si vede perché tale ruolo sia svolto unicamente o anche solo principalmente dal discorso razzista (quale si realizza in offese razziali, insulti, epiteti, ostentazione di simboli nazisti, ecc.) e non anche da altre forme di comunicazione sociale di gran lunga più pervasive, striscianti e subliminali come quelle spesso diffuse dai mass media (come ad esempio potrebbe essere una ripetuta raffigurazione nei mass media dei membri di una minoranza come delinquenti, o carcerati, o adibiti a mansioni lavorative umili, ecc.). Anche queste forme espressive dovrebbero essere oggetto di regolamentazione giuridica, in quanto almeno potenzialmente dannose?

#### 6. *Una modesta proposta?*

Il discorso razzista pone problemi delicati; lo troviamo certamente detestabile, forse anche dannoso, e vorremmo che il diritto facesse qualcosa al riguardo. Tuttavia le possibili soluzioni giuridiche sono altamente controverse, e sono dipendenti dal contesto (storico, sociale) di riferimento; inoltre, richiedono inevitabilmente qualche tipo di limitazione di un bene prezioso come la libertà di espressione. Quali potrebbero essere i contorni di una plausibile, ragionevole disciplina giuridica del discorso razzista?

Potremmo iniziare dai casi chiari: casi che per un verso reclamano chiaramente, o per altro verso escludono altrettanto chiaramente, una regolamentazione giuridica.

I casi che sicuramente *meritano* una repressione giuridica sono quelli in cui il discorso razzista si attua tramite insulti diretti, o comunque con condotte comunicative che hanno come conseguenza atti di violenza (intesi questi sia come istigazione a commettere atti di violenza verso le vittime del discorso razzista, sia come reazioni violente delle vittime del discorso razzista): in questi casi si può ritenere soddisfatto il principio del danno. Non è necessario che la sanzione giuridica sia quella penale: si potrebbe ricorrere, ad esempio, anche a forme di responsabilità civile, magari prevedendo anche la legittimazione ad



agire di associazioni rappresentative, ma sempre a partire dal danno cagionato ad individui determinati.

Un caso di discorso razzista che sicuramente *non merita* repressione giuridica è invece il negazionismo, specialmente se nell'ambito di una ricerca storiografica o pseudo-storiografica<sup>39</sup>: si tratta infatti di un discorso che (pur essendo pseudo-scientifico) è esposto alla critica scientifica, e una società democratica ha in sé gli anticorpi per contrastare il negazionismo senza ricorrere alla scure del diritto. Anche diversi argomenti "pragmatici" militano contro la repressione giuridica del negazionismo. In primo luogo, nulla garantisce che la repressione giuridica di simili discorsi da parte dei tribunali non finisca per fagocitare anche altri discorsi meritevoli di circolazione, provocando la censura o l'auto-censura anche di serie ricerche storiche, oppure fornendo idonea copertura per la repressione di forme di dissenso politico. Inoltre, la repressione giuridica di alcuni discorsi o idee potrebbe instillare il dubbio che la verità ufficiale protetta contro il negazionismo non sia poi così vera – altrimenti, che bisogno ci sarebbe di proteggerla per legge? Infine, in un paradossale gioco di specchi, potrebbe far passare i razzisti per vittime a loro volta e i soggetti tutelati dalle norme antirazziali come privilegiati, potrebbe assicurare ai razzisti una buona dose di pubblicità quasi gratuita, e così via.

Tutto ciò che sta in mezzo a questi due estremi può essere ricondotto a forme di discorsi razzisti, diversi dagli insulti e alla diffusione di tesi negazioniste, che possono determinare i danni sociali esaminati in precedenza (*supra*, §§ 4.2. e 4.3). Questa è forse l'area più problematica, perché come abbiamo visto è controverso se in questi casi il discorso razzista causi realmente un danno, oppure sia soltanto qualcosa di più simile ad un fastidioso rumore di fondo. Si tratta, a mio parere, di un'area troppo indeterminata, e la cui dannosità non è stata ancora dimostrata in maniera convincente, per giustificare un intervento repressivo da parte del diritto. Resta però aperta la possibilità di altre forme di intervento giuridico, diverse da quello puramente repressivo e sanzionatorio.

La risposta in altre parole dovrebbe essere cercata nella funzione *promozionale* del diritto<sup>40</sup>, in *policies* più che in *rules*<sup>41</sup>: ad esempio nell'istruzione,

---

<sup>39</sup> Secondo J. Feinberg, *Filosofia sociale*, cit., p. 81, il criterio dell'offesa (opposto a quello di danno) non può mai essere applicato ai libri, perché la lettura di un libro non è mai un atto casuale: i libri non hanno *captivè audiences*.

<sup>40</sup> N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 13-32.

<sup>41</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978, cap. I.

in campagne di sensibilizzazione pubblica, nella promozione di una cultura pluralistica e di accettazione delle minoranze. Se il diritto potesse concorrere a creare condizioni sociali di inclusione, tali da assicurare il riconoscimento di pari dignità sociale ai vari gruppi (razziali, religiosi, ecc.), allora la valenza socialmente dannosa del discorso razzista “diffuso” verrebbe, almeno in parte, neutralizzata.