

CORTE EUROPEA
DIRITTI DELL'UOMO

9 FEBBRAIO 2012

CAUSA N. 1813/07

PARTI: VEJDELAND ED ALTRI
REGNO DI SVEZIA

Libertà di espressione

- **Orientamento sessuale**
- **Hate speech** • **Contrasto con art. 10 CEDU** • **Limiti**
- **Esclusione** • **Motivi.**

La condanna penale per la distribuzione, in un istituto scolastico, di volantini contenenti espressioni offensive nei confronti di persone omosessuali non viola l'art. 10 della Convenzione.

PROCEDURA. — 1. Il caso ha avuto origine dal ricorso (n. 1813/07) contro il Regno di Svezia presentato il 4 gennaio 2007 dinanzi a questa Corte da quattro cittadini svedesi, Mr Tor Fredrik Vejdeland, Mr Mattias Harlin, Mr Björn Täng e Mr Niklas Lundström (i « ricorrenti »), ai sensi dell'art. 34 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (la « Convenzione »).
[...]

IN FATTO. — I. Le circostanze del caso.

8. Nel dicembre 2004, i ricorrenti, insieme con altre tre persone, si recano in una scuola superiore (*gymnasieskola*) e distribuiscono circa un centinaio di volantini, lasciandoli anche dentro gli armadietti degli studenti. Il volantinaggio termina con l'intervento del direttore scolastico che intima ai ricorrenti di abbandonare i locali. I volantini sono a firma di un'organizzazione chiamata National Youth e contengono, tra l'altro, affermazioni di questo tenore:

« Propaganda omosessuale (Homosexpropaganda); nel corso degli ultimi decenni la società è passata dal rifiuto dell'omosessualità e delle altre devianze sessuali all'accettazione di questa inclinazione sessuale deviata. I vostri insegnanti anti-svedesi sanno bene che l'omosessualità ha un effetto moralmente distruttivo sulle basi fondanti della società e però intendono spacciarla per qualcosa di normale e positivo.

— Diciamo loro che l'HIV e l'AIDS sono comparsi con gli omosessuali e il loro stile di vita promiscuo è stato una delle principali cause della diffusione di questa moderna piaga;

— Diciamo loro che le lobby omosessuali stanno tentando di ridimensionare persino la pedofilia chiedendo la legalizzazione di questa devianza sessuale ».

9. A seguito del volantinaggio, i ricorrenti vengono incriminati per il reato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico (*hets mot folkgrupp*).

10. I ricorrenti contestano l'imputazione sostenendo che il testo dei volantini non era offensivo per gli omosessuali e che, in ogni caso, loro non intendevano esprimere disprezzo nei confronti del gruppo in questione. L'obiettivo del volantinaggio, continuano i ricorrenti, era piuttosto quello di stimolare un dibattito sulla mancanza di oggettività nell'educazione impartita nelle scuole svedesi.

11. L'11 luglio 2005, la Corte Distrettuale di Bollnäs ritiene che le affermazioni contenute nei volantini siano andate ben oltre quello che può essere considerato un dibattito oggettivo sul gruppo delle persone omosessuali e che l'intenzione dei ricorrenti sia stata quella di esprimere disprezzo verso di loro. La Corte, pertanto, condanna i ricorrenti per il reato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico e stabilisce due mesi di reclusione per il primo e il secondo ricorrente, una multa con sospensione condizionale della pena per il terzo e un periodo di messa in prova con quaranta ore di servizio sociale per il quarto.

12. I ricorrenti, nonché il Pubblico Ministero, impugnano la sentenza dinanzi alla Corte d'Appello del Sud Norrland. I ricorrenti chiedono alla Corte che faccia cadere le accuse, o riconosca l'attenuante, o riduca quantomeno la pena. Invece, il Pubblico Ministero, con riferimento ai primi tre imputati, chiede che la Corte consideri il reato aggravato o in alternativa inasprisca le pene.

13. Il 14 dicembre 2005, la Corte d'Appello, richiamandosi ad un precedente del 29 novembre 2005 deciso dalla Corte Suprema (si veda, *infra*, «*Prassi e diritto interno rilevanti*»), fa cadere le accuse contro i ricorrenti giudicando quella condanna una violazione del loro diritto alla libertà di espressione come garantito dalla Convenzione europea.

14. L'Ufficio del Procuratore Generale impugna a sua volta la sentenza di fronte alla Corte Suprema, chiedendo che sia riconosciuto il reato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico. Secondo il Procuratore Generale, nelle specifiche circostanze del caso, non vi sarebbe alcuna violazione dell'art. 10 della Convenzione. I ricorrenti contestano l'impugnazione.

15. Il 6 luglio 2006 la Corte Suprema condanna i ricorrenti per il reato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico. La maggioranza dei giudici (tre su cinque) individua i due aspetti decisivi per la risoluzione del caso: anzitutto se l'interferenza con la libertà di distribuire volantini possa considerarsi necessaria in una società democratica; e, in secondo luogo, se l'interferenza con la libertà di espressione possa considerarsi proporzionata con lo scopo di proteggere le persone omosessuali dal contenuto dei volantini. [...]

16. La minoranza dei giudici sostiene invece che la condanna dei ricorrenti non sia proporzionata agli scopi perseguiti e quindi rappresenti una violazione dell'art. 10 della Convenzione. In particolare, per i giudici di minoranza, i ricorrenti dovevano essere assolti anche se sulla base di motivazioni diverse, almeno in parte. Secondo uno dei due giudici di minoranza, l'accusa era formulata in modo tale per cui la Corte Suprema non avrebbe potuto fondare la sua decisione sul fatto che i volantini erano stati distribuiti in una scuola e rivolti a degli studenti; secondo l'altro, invece, la valutazione delle circostanze in cui il volantinaggio aveva avuto luogo era imprescindibile, concordando in questo con la maggioranza.

II. Prassi e diritto interno rilevanti.

18. Il Capitolo 16, Articolo 8 del Codice Penale svedese prevede che « chiunque, in dichiarazioni o scambi verbali, minaccia o esprime disprezzo per un gruppo nazionale o etnico o per un qualsiasi altro gruppo di individui con riferimento alla loro razza, colore, origine nazionale o etnica, credenze religiose o orientamento sessuale, sarà incriminato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico ». Per tale reato è prevista una pena fino a due anni di reclusione. In caso di attenuante, è prevista la pena pecuniaria; invece in caso di aggravante, pena è la reclusione da un minimo di sei mesi ad un massimo di quattro anni.

19. L'agitazione contro gli omosessuali in quanto gruppo è stata inserita nel Codice Penale svedese attraverso un emendamento entrato in vigore il primo gennaio 2003. Secondo i lavori preparatori, e come riprodotto nel disegno di legge 2001/02:59 (pp. 32-33), le persone omosessuali costituiscono un gruppo esposto, spesso vittima di atti criminali dovuti al diverso orientamento sessuale; i gruppi nazionalisti e altri movimenti razzisti agitano regolarmente contro gli omosessuali e l'omosessualità come parte integrante della loro propaganda. I lavori preparatori individuano poi altre buone ragioni per ritenere che il sentimento omofobico, che ha animato anche certi episodi di violenza individuale, derivi dall'odio, dalla minaccia e dalla propaganda scorretta contro gli omosessuali in quanto gruppo, portata avanti dalla maggior parte dei gruppi neonazisti o di estrema destra.

20. La Corte Suprema, nella decisione del 29 novembre 2005 (NJA 2005, 805) concernente le affermazioni fatte da un pastore durante un sermone e considerate espressive di disprezzo nei confronti degli omosessuali in quanto gruppo (secondo il significato di cui al Capitolo 16, Articolo 8 del Codice Penale), ha giudicato la normativa in questione conforme alla Convenzione europea. Tuttavia, la Corte Suprema ha aggiunto che il termine « disprezzo », contenuto nella disposizione e riguardante l'incitamento contro un gruppo, doveva essere interpretato in maniera più restrittiva di quanto non fosse nei lavori preparatori, lasciando presumere che fosse quella l'interpretazione più in linea con la Convenzione. Pertanto, in quell'occasione, la Corte Suprema ritenne che un'applicazione conforme alla Convenzione delle suddette disposizioni non avrebbe potuto spingersi sino a condannare l'imputato, il quale, viste le circostanze del caso, venne assolto.

IN DIRITTO. — I. Presunta violazione dell'Articolo 10 della Convenzione.

21. I ricorrenti considerano la decisione della Corte Suprema una violazione della loro libertà di espressione come protetta dall'articolo 10 della Convenzione, che, nella parte qui rilevante, recita come segue:

« 1. *Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. [...]*

2. *L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessa-*

rie, in una società democratica, [...] alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, [...]».

A. Ammissibilità.

22. La Corte ritiene che questa parte del ricorso sia non manifestamente infondata secondo il significato di cui all'articolo 35 §3 a) della Convenzione. Ed inoltre non è inammissibile sotto gli altri profili. Pertanto, questa parte del ricorso deve essere considerata ammissibile.

B. Merito.

1. Argomentazioni delle parti.

a) I ricorrenti

23. I ricorrenti ritengono che la loro condanna costituisca un'ingiustificata interferenza con il loro diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 §1 della Convenzione.

25. Inoltre, secondo i ricorrenti, il testo dei volantini non era dispregiativo o offensivo delle persone omosessuali e quindi non è giustificata la restrizione del loro diritto alla libertà di espressione ex art. 10 §2.

26. I ricorrenti contestano che le affermazioni contenute nei volantini fossero odiose e di certo non incitanti a commettere atti di violenza. Secondo i ricorrenti, i volantini incoraggiavano piuttosto gli studenti al dialogo e al dibattito con gli insegnanti, fornendo loro degli argomenti su cui riflettere.

28. I ricorrenti, peraltro, non considerano le scuole svedesi luoghi relativamente estranei alla propaganda politica, anzi ricordano la lunga tradizione dei partiti politici giovanili che diffondono le proprie idee, instaurano dibattiti e fanno campagna elettorale.

29. I ricorrenti, poi, sottolineano che gli studenti della scuola in questione erano di un'età compresa tra i sedici e i diciannove anni e dunque perfettamente in grado di comprendere il contenuto dei volantini.

[...]

b) Il Governo svedese.

32. Il Governo sottolinea che i ricorrenti sono stati condannati per il crimine di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico sulla base del Capitolo 16, Articolo 8 del Codice Penale, e che tutti i cinque giudici della Corte Suprema sono concordi sul fatto che questa condanna sia chiaramente prevista dalla legge nel significato di cui all'art. 10 §2 della Convenzione.

33. Il Governo sottolinea anche che l'interferenza con il diritto alla libertà di espressione è giustificata dalla necessità di « proteggere la reputazione e i diritti altrui » (in questo caso gli omosessuali) così come indicato nel testo della Convenzione.

34. Secondo il Governo, in questo caso sono presenti numerosi fattori, richiamati anche nelle decisioni delle Corti interne, che consentono un ampio margine di apprezzamento nella valutazione della proporzionalità della condanna allo scopo legittimo perseguito. E sono i medesimi fattori da prendere in considerazione nella valutazione della necessità di tale interferenza in una società democratica.

[...]

c) Terza parte interveniente.

41. INTERIGHTS (International Centre for the Legal Protection of Human Rights) e l'International Commission of Jurists, riferendosi alla giurisprudenza della Corte europea, intervengono nel presente caso.

42. Nonostante la diffusione dei discorsi d'odio omofobici, si segnala il fallimento sia a livello europeo che internazionale nell'adottare specifici strumenti per risolvere il problema. Nonostante la Corte abbia prodotto una notevole giurisprudenza in materia di limitazione della libertà di espressione, non ha avuto ancora l'opportunità di definire un approccio generale concernente i discorsi d'odio contro persone o gruppi di persone con orientamento sessuale non eterosessuale. Tuttavia, la Corte ha affermato più volte che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è grave al pari di quella razziale, etnico o sessuale. La Corte, inoltre, ha giudicato incompatibili con la Convenzione le leggi anti-sodomia e le disposizioni in materia di età del consenso, di servizio militare, di adozione, di affidamento dei figli, di eredità che discriminavano sulla base dell'orientamento sessuale.

45. L'orientamento sessuale dovrebbe essere considerato alla stessa stregua della razza, dell'origine etnica e della religione (categorie comunemente coperte dalle leggi contro i crimini e i discorsi d'odio), poiché l'orientamento sessuale è una caratteristica fondamentale della persona in quanto tale. Tanto che viene utilizzata per contraddistinguere l'identità di un gruppo.

[...]

2. Motivazioni della Corte.

48. Una siffatta interferenza viola la Convenzione qualora non risponda ai requisiti previsti dal secondo comma dell'art. 10 CEDU. Pertanto, è necessario valutare se tale interferenza sia prevista dalla legge, se persegua uno degli scopi legittimi indicati nel secondo comma dell'art. 10 e se sia necessaria in una società democratica per conseguire quegli obiettivi.

a) Principio di legalità e scopo legittimo.

49. La Corte osserva che i ricorrenti sono stati condannati per il reato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico previsto dal Capitolo 16, Articolo 8, del Codice Penale svedese che, al momento della commissione del reato, prevedeva già l'orientamento sessuale quale categoria protetta. Pertanto, la Corte ritiene che tale limitazione della libertà di espressione sia sufficientemente chiara e predeterminabile e dunque rispondente al primo dei requisiti esaminati. La Corte ritiene anche che

tale limitazione sia volta a perseguire uno scopo legittimo, ovvero « proteggere la reputazione e i diritti altrui », previsto espressamente dall'art. 10 §2 della Convenzione.

b) Necessarietà della limitazione.

50. Alla Corte rimane da valutare se l'interferenza nel diritto alla libertà di espressione sia « necessaria in una società democratica ».

51. Il requisito della necessità richiede alla Corte di determinare se tale interferenza sia giustificata da un « bisogno sociale preminente ». A tal proposito, gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento nel valutare se questo bisogno esiste, ma ciò va di pari passo con la supervisione della Corte [...]. La Corte, quindi, ha il potere di dire l'ultima parola nella valutazione della legittimità della restrizione alla libertà di espressione protetta dall'art. 10 (si veda, tra gli altri, *Pedersen & Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, § 68, ECHR 2004-XI).

53. La Corte, poi, ricorda che la libertà di espressione si estende non solo alle informazioni o alle idee che sono generalmente accolte con favore o considerate inoffensive o irrilevanti, ma anche a quelle che offendono, scioccano o disturbano. In base all'art. 10, tale libertà è soggetta a eccezioni che devono comunque essere interpretate restrittivamente e la necessità delle restrizioni deve essere giustificata in maniera convincente (si veda, tra gli altri, *Pedersen & Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, § 68, ECHR 2004-XI).

54. [...] La Corte concorda con la Corte Suprema svedese sulla necessità di tenere presente la formulazione dei suddetti volantini, sebbene l'obiettivo di stimolare un dibattito possa essere considerato condivisibile. La Corte evidenzia che, stando a quanto scritto negli stampati, l'omosessualità viene definita « un'inclinazione sessuale deviata » con « un effetto moralmente distruttivo sulle basi fondanti della società »; inoltre, stando sempre ai volantini, emerge anche l'affermazione secondo cui l'omosessualità è una delle principali cause della diffusione dell'HIV e dell'AIDS e che le « lobby omosessuali » stanno tentando di ridimensionare anche la pedofilia. Secondo la Corte, sebbene queste affermazioni non incitino direttamente gli individui a commettere atti d'odio, si tratta comunque di accuse gravi e pregiudizievoli.

55. La Corte, inoltre, ribadisce che l'incitamento all'odio non consiste necessariamente in un invito alla violenza, o alla commissione di atti criminali. Colpire le persone insultando, ridicolizzando o diffamando specifici gruppi di individui può essere una ragione sufficiente per le autorità per intervenire contro i discorsi razzisti a seguito di un esercizio irresponsabile della libertà di espressione (si veda *Féret v. Belgium*, no. 15615/07, § 73, 16 luglio 2009). A tal proposito, la Corte sottolinea che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è grave al pari di quella razziale o etnica (si veda, tra gli altri, *Smith & Grady v. the United Kingdom*, no. 33985/96 e 33986/96, § 97, ECHR 1999-VI).

56. La Corte prende anche in considerazione il fatto che i volantini siano stati lasciati dentro gli armadietti degli studenti, particolarmente

sensibili e impressionabili in ragione della loro giovane età, e senza che sia stata data loro la possibilità di rifiutarli (si veda, *mutatis mutandis*, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 52, Series A no. 24). Inoltre, il volantaggio avveniva in una scuola che nessuno dei ricorrenti aveva frequentato e senza alcuna autorizzazione.

58. Infine, un altro importante fattore da tenere in considerazione nella valutazione della proporzionalità della limitazione alla libertà di espressione è la natura e la severità delle pene comminate (si veda *Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, § 37, ECHR 1999-IV; *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 69, ECHR 2001-I; e *Skayka v. Poland*, no. 43425/98, §§ 41-42, 27 maggio 2003). La Corte sottolinea come i ricorrenti non siano stati condannati alla reclusione, sebbene il reato prevedesse la possibilità della condanna fino a due anni di reclusione. [...] La Corte quindi ritiene le sanzioni comminate non eccessive rispetto alle circostanze del caso.

59. Tenuto conto di quanto detto, la Corte ritiene che la condanna dei ricorrenti e le sanzioni comminate loro non siano sproporzionate allo scopo legittimo perseguito e che le motivazioni date dalla Corte Suprema svedese per giustificare le misure adottate siano pertinenti e sufficienti. L'interferenza con l'esercizio del diritto alla libertà di espressione dei ricorrenti può quindi essere ritenuta dalle autorità nazionali ragionevolmente necessaria in una società democratica per la protezione della reputazione e dei diritti altrui.

[...]

II. Presunta violazione dell'Articolo 7 della Convenzione.

61. I ricorrenti ritengono inoltre di essere stati condannati per un reato non previsto dalla legge. Essi richiamano l'articolo 7 della Convenzione che, nella parte qui rilevante, recita come segue:

«1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. [...]».

62. Viste le conclusioni relative all'articolo 10 della Convenzione, secondo cui la condanna contestata è prevista dalla legge nel significato indicato dalla Convenzione (si veda paragrafo 49), la Corte ritiene che tale parte del ricorso debba essere dichiarata inammissibile in quanto manifestamente infondata, ai sensi degli artt. 35 §3 a) e 4 della Convenzione.

Per queste ragioni, la Corte unanimemente:

1. Dichiarò ricevibile il ricorso rispetto all'articolo 10 e la restante parte del ricorso inammissibile;
2. Dichiarò unanimemente che non c'è stata violazione dell'articolo 10 della Convenzione.

Opinione concorrente (Giudici Spielmann e Nußberger).

4. Indubbiamente i suddetti volantini contengono affermazioni totalmente inaccettabili. Tuttavia, per considerare il contenuto dei volantini alla stregua del discorso d'odio elaborato dalla giurisprudenza della Corte occorre una motivazione più convincente. Secondo la mia opi-

nione, il mero riferimento al caso *Smith & Grady* (paragrafo 55) non può essere sufficiente. In effetti, le affermazioni offensive avrebbero dovuto essere definite con maggior precisione, tenendo presente che, in virtù dell'articolo 17 della Convenzione, l'« hate speech » nel senso qui utilizzato non sarebbe protetto dall'art. 10. Pertanto, sarebbe stata opportuna una più attenta e approfondita analisi del fine del discorso. Come precedentemente detto, la stessa Corte Suprema aveva ritenuto condivisibile lo scopo (stimolare un dibattito) dei volantini. Nonostante ciò, le Corti interne hanno potuto valutare più approfonditamente se dietro l'apparente scopo non vi fosse nascosto l'intento di disprezzare o insultare individui o un gruppo di persone in ragione del loro orientamento sessuale o incitare all'odio contro di loro. Nel caso in questione la Corte Suprema svedese, pur ritenendo condivisibile lo scopo del volantinaggio, ovvero stimolare un dibattito su una materia di interesse pubblico, ha in realtà giudicato tali affermazioni, e non senza contraddizioni, « *gratuitamente offensive* ». Ed ha giustificato tale interferenza affermando che se è vero che i ricorrenti avevano il diritto di esprimere le proprie idee, è altrettanto vero che ai diritti e alle libertà si accompagnano degli obblighi; e uno di questi è « *evitare, per quanto possibile, esternazioni che siano ingiustificatamente offensive o costituiscano una lesione ai diritti altrui* » (paragrafo 57).

5. Tuttavia, questa sembra una motivazione piuttosto vaga e poco convincente rispetto alla tradizionale e consolidata giurisprudenza della Corte a partire dal caso *Handyside*, secondo cui « *la libertà di espressione costituisce uno dei pilastri di una società [democratica], un presupposto essenziale per il suo progresso e per lo sviluppo di ogni uomo. [...]* ».

6. Eppure concordo, se pur con riluttanza, nel ritenere non violato l'art. 10, in quanto il volantinaggio avviene senza autorizzazione in una scuola non frequentata dai ricorrenti (paragrafo 56). Vero è che « il luogo » non è previsto dalla legge svedese tra gli elementi oggettivi del reato e nemmeno come circostanza aggravante. Tuttavia, le circostanze del caso concreto influiscono non poco sul margine di apprezzamento, considerando anche (come giustamente osservato al paragrafo 58) che le sanzioni non sono eccessive o sproporzionate. [...]

7. C'è un altro aspetto che non dovrebbe essere tralasciato: quelli del bullismo omofobico e transfobico e della discriminazione nei contesti scolastici sono problemi reali che possono giustificare una limitazione della libertà di espressione ex art. 10 §2. In effetti, secondo gli studi condotti dagli Stati membri e le ricerche effettuate da alcuni Governi, gli studenti LGBT sono vittima di bullismo da parte sia dei coetanei che degli stessi insegnanti.
[...]

Opinione concorrente (Giudice Zupančič).

1. È con molta esitazione che ho votato per la non violazione dell'art. 10 della Convenzione. Concordo con le conclusioni della decisione basate essenzialmente sul paragrafo 56. Infatti, qui viene in considerazione il fatto che « *i volantini siano stati lasciati dentro gli armadietti degli stu-*

denti, particolarmente sensibili e impressionabili in ragione della loro giovane età, e senza che sia stata data loro la possibilità di rifiutarli. [...] Inoltre, il volantaggio avveniva in una scuola che nessuno dei ricorrenti aveva frequentato e senza alcuna autorizzazione».

3. È interessante confrontarsi, invece, con la posizione molto liberale tenuta dalla Corte Suprema americana riguardo ai contenuti dei messaggi controversi. Che l'affermazione sia discutibilmente inappropriata o controversa « [...] è irrilevante per valutare se la questione sia o meno di interesse pubblico » (*Rankin v. McPherson*, 483 U.S. 378, 387, 5-7). In altri termini, la libertà di espressione nel caso *Snyder v. Phelps et al.* (562 U.S. ___ (2011)) — a fortiori un illecito civile e non penale — non è stata limitata sulla base di considerazioni di proporzionalità, in quanto le dichiarazioni in questione potevano essere « *relativamente considerate come riferite ad una qualsiasi questione politica, sociale o di interesse per la comunità* ». « *Esprimere la propria opinione su questioni di interesse pubblico occupa il vertice della gerarchia dei valori protetti dal I Emendamento, ed è oggetto di particolare protezione* » (*Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 145-146).

4. In particolare, la Corte Suprema americana ha delineato un più elevato standard valutativo della costituzionalità della legge applicabile a casi di questo tipo. In primo luogo, una legge limitativa della libertà di espressione deve evitare una « discriminazione nel contenuto » (ad esempio, lo Stato non può proibire o perseguire forme espressive spregiudicate rivolte solo ad una certa categoria di soggetti « svantaggiati ») e, in secondo luogo, deve evitare una « discriminazione nel punto di vista » (per esempio, proibendo o perseguendo forme espressive spregiudicate che esprimono solo quel particolare punto di vista sul soggetto in questione) (*R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)). [...] Ed è interessante sottolineare che se questo doppio test venisse applicato al caso in esame, la legge statale (Capitolo 16, Articolo 8 del Codice Penale svedese) non lo supererebbe sotto entrambi i profili, specialmente sotto il secondo: se i ricorrenti avessero difeso l'omosessualità nei loro volantini, scagliandosi contro i « malvagi omofobi », probabilmente non sarebbero stati condannati.

[...]

Opinione concorrente (Giudici Yudkivska e Villiger).

1. Non ho avuto difficoltà nel considerare non violato l'articolo 10.

2. Tuttavia, ritengo che la Corte abbia perso l'occasione di « consolidare una posizione riguardo l'*hate speech* » nei confronti delle persone omosessuali, come argomentato dalla terza parte interveniente. Inoltre, andava riconosciuto che « sebbene la Corte non avesse ancora affrontato questo profilo, il discorso d'odio omofobico rientra anch'esso in una delle categorie di "*hate speech*", che non è coperto dall'art. 10 ».

3. Anche se a livello internazionale non c'è accordo sulla definizione di *hate speech*, il Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione No. R(97)20, è stato molto chiaro: con il termine « *hate speech* » si è « *inteso coprire ogni forma espressiva che diffonde,*

incita, promuove o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e ogni altra forma di odio basata sull'intolleranza [...]».

4. Nel caso in esame, i ricorrenti descrivono l'omosessualità come una « *inclinazione sessuale deviata* » e accusano gli omosessuali di avere un « *effetto moralmente distruttivo sulle basi fondanti della società* » e di essere la principale ragione della diffusione dell'HIV e dell'AIDS. Ritengo che affermazioni di questo tipo rientrino chiaramente nella definizione di cui sopra.

5. Eppure al paragrafo 54 la maggioranza sostiene che le affermazioni non incitano direttamente gli individui a commettere atti d'odio e, pertanto, non possano essere considerate « *hate speech* » ma soltanto « *accuse serie e pregiudizievoli* ».

6. Questo sembra avvicinarsi all'approccio americano, in cui l'*hate speech* è protetto fintantoché non minaccia di dar luogo ad una imminente violenza. Questa è una soglia di protezione molto alta della libertà di espressione che, per note ragioni politico-storiche, l'Europa oggi non può permettersi.

[...]

**QUELLO CHE LA CORTE
EUROPEA NON DICE:
L'APPARENTE APERTURA
A FAVORE DEL
RICONOSCIMENTO
DELL'HATE SPEECH
OMOFOBICO**

**I. L'IMPORTANZA DELLE SPECIFICHE
CIRCOSTANZE FATTUALI NELLA MOTIVAZIONE DELLA CORTE.**

Torna a far discutere la questione dell'ammissibilità o meno di deroghe alla libertà di espressione fondate sulla limitazione del discorso odioso e discriminatorio. La questione, tutt'altro che pacifica, è emersa da ultimo nel caso *Vejdeland e Altri v. Svezia*¹, deciso il 9 febbraio 2012 dalla Corte europea per i diritti dell'uomo. In quell'occasione, la Corte ha stabilito

che una condanna penale per la distribuzione di volantini contenenti frasi omofobiche non viola l'articolo 10 della Convenzione. La decisione solleva tuttavia molteplici interrogativi: infatti, se ad una prima lettura potrebbe sembrare una decisa presa di posizione a favore del riconoscimento dell'*hate speech*, e più in particolare dell'*hate speech* omofobico, a ben vedere la Corte mantiene una certa diffidenza verso questa categoria di reati².

Ma procediamo per gradi. Il ricorso ha origine da quattro cittadini svedesi che, in seguito alla distribuzione in una scuola di volantini contenenti

¹ Corte europea per i diritti dell'uomo, 9 febbraio 2012, *Vejdeland e Altri v. Svezia*, causa n. 1813/07.

² Si veda, tra gli altri, A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing, 2009.

frasi offensive e dispregiative nei confronti delle persone omosessuali, vengono incriminati del reato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico, previsto dal Codice penale svedese. La Corte di Strasburgo è chiamata dunque ad un compito non facile. Interrogata per la prima volta sul tema della manifestazione d'odio nei confronti delle persone omosessuali, deve valutare se una tale limitazione della libertà di espressione sia « *necessary in a democratic society* », ovvero se sia giustificata da un interesse sociale preminente.

Eppure, a ben vedere, il cuore del problema è un altro e risiede nella più generale questione della punibilità o meno dell'*hate speech* che, similmente agli altri reati d'opinione, stenta a trovare una precisa collocazione tra le possibili deroghe al diritto di manifestazione del pensiero. Pur in presenza del secondo comma dell'art. 10 della Convenzione, che detta un elenco di limiti espliciti, la Corte sottopone ad uno stretto scrutinio qualsiasi limitazione o interferenza alla libertà di espressione al fine di effettuare un bilanciamento con gli altri interessi socialmente rilevanti. In primo luogo, la Corte deve assicurarsi dell'esistenza di una legge chiara e determinata che preveda la restrizione alla libertà di espressione. Nel caso di specie, l'articolo 8 del Codice penale svedese stabilisce che chiunque minacci o esprima disprezzo verso un gruppo, in ragione anche dell'orientamento sessuale, sarà incriminato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico³. La norma, peraltro, è molto chiara nel menzionare anche l'orientamento sessuale tra i fattori identificanti i gruppi protetti e non lascia adito a fraintendimenti. In secondo luogo, la restrizione deve perseguire un fine legittimo che la legge svedese individua nella protezione della reputazione e dei diritti altrui. Non c'è dubbio che le persone omosessuali costituiscano un gruppo esposto, spesso vittima di atti criminali dovuti al diverso orientamento sessuale e bersaglio di gruppi nazionalisti e movimenti neonazisti, i quali considerano la lotta contro l'omosessualità come parte integrante della loro propaganda politica. Infine, tale limitazione deve essere necessaria in una società democratica, cioè proporzionata al raggiungimento dell'obiettivo che l'ordinamento si prefigge. Ed è proprio in relazione a quest'ultimo requisito che si gioca la soluzione del caso.

La Corte incontra non poche difficoltà argomentative e si mantiene molto cauta nel dare ragione alla Svezia. Ad avviso della Corte, infatti, le affermazioni contenute nei volantini non inciterebbero direttamente i destinatari a commettere atti di violenza e di odio nei confronti del gruppo in questione e pertanto non sarebbero idonee ad integrare gli estremi dell'*hate speech* in senso stretto; si tratterebbe piuttosto di « *serious and prejudicial allegations* »⁴ che rappresentano un abuso della libertà di espressione incompatibile con i valori democratici di una società che si pone come obiettivo la tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana. In effetti la questione è come coniugare le norme anti-odio con le libertà di pensiero e di espressione. A partire dal caso *Handyside v. Regno*

³ *Brottsbalken* [Criminal Code], 16:8 (Swed.), « *A person who, in a disseminated statement or communication, threatens or expresses contempt for a national, ethnic or other such group of persons with allusion to race, colour, national or ethnic ori-*

gin, religious beliefs or sexual orientation, should be convicted of agitation against a national or ethnic group ».

⁴ *Vejdeland e Altri v. Svezia*, cit., par. 54.

Unito del 1976, la Corte ha costantemente ripetuto che la protezione dell'art. 10 si estende « *non solo alle informazioni o idee accolte positivamente o considerate inoffensive o come oggetto di indifferenza, ma anche a quelle che offendono, disturbano o scioccano lo Stato o qualsiasi settore della popolazione* »⁵, sottolineando in questo modo l'essenzialità della libertà di espressione in una società democratica. Scorrendo la giurisprudenza europea in tema di discorsi d'odio, è interessante notare come la Corte tenda a privilegiare la libertà d'espressione nel bilanciamento con gli altri interessi socialmente rilevanti, rappresentando essa uno dei pilastri essenziali per una società democratica, « *uno dei presupposti basilari per il progresso e lo sviluppo di ogni individuo* »⁶. Similmente nel caso *Jersil v. Danimarca* del 1994, concernente la condanna di un giornalista che in una trasmissione televisiva aveva intervistato i membri di un gruppo con evidenti inclinazioni razziste, la Corte ha sottolineato l'importanza fondamentale che assume non solo la libertà di manifestazione del pensiero ma anche il diritto ad essere informati. La libera circolazione delle idee è quindi riconosciuta come principio cardine imprescindibile per una democrazia liberale e pluralista. Acquista, da questo punto di vista, un ruolo didattico e propedeutico alla crescita e all'educazione della società: solo confrontandosi liberamente, sembra dirci la Corte, la comunità cresce e si evolve. In questo senso, anche le idee più riprovevoli o scioccanti dovrebbero poter circolare senza limiti in quanto consentirebbero la valutazione critica e la condanna delle stesse da parte della società.

La Corte, nel caso in commento, ha ben presente tutto questo ma non può prescindere da altri due fattori: il margine di apprezzamento mantenuto dallo Stato nel bilanciamento tra interessi e la considerazione del fatto concreto.

C'è da dire, infatti, che gli Stati membri mantengono un certo margine di apprezzamento nel bilanciamento tra la libertà di espressione e gli altri interessi socialmente rilevanti, margine di apprezzamento che la Corte tende a considerare piuttosto ampio soprattutto in casi come questo, ovvero quando non vi sia un generale consenso sul tema (cd *consensus standard*). Sebbene il Consiglio d'Europa abbia chiarito nella Raccomandazione No. R (97) 20 il significato del termine *hate speech*, il quale coprirebbe ogni forma espressiva che promuove, incita o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e ogni altra forma di odio basata sull'intolleranza, a livello internazionale permangono notevoli differenze interpretative e applicative da parte degli Stati. A maggior ragione nel caso dell'*homophobic hate speech*, essendo l'omofobia ancora profondamente radicata nelle culture e nelle legislazioni di molti Paesi europei. Tuttavia, nonostante l'esistenza di tale discrezionalità in capo agli Stati contraenti, la Corte europea non si limita a giudicare la ragionevolezza e la buona fede dell'agire statale, dovendo guardare anche al merito del caso concreto (vale a dire, nella fattispecie, al luogo, alle modalità e ai destinatari del volantinaggio). Ogni decisione adottata a livello interno è soggetta quindi anche ad un secondo stadio di giudizio, in cui la Corte esercita un ulteriore controllo sulla fondatezza e sulla necessità della misura re-

⁵ Corte europea per i diritti dell'uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside v. Regno Unito*, Serie A n. 24, cit., par. 49.

⁶ *Handyside v. Regno Unito*, cit., par. 49.

strittiva (si vedano, *ex plurimis*, *Handyside v. Regno Unito*, *Pedersen & Baadsgaard v. Danimarca*⁷).

In questa prospettiva si può spiegare il ragionamento della Corte: pur non attribuendo alle affermazioni contenute nei volantini il significato di *hate speech*, che non gode della protezione dell'art. 10, conferma tuttavia la decisione dello Stato di condannare i ricorrenti. Fortemente condizionata dal fatto che la vicenda si svolge in una scuola superiore, riconosce che tali affermazioni contribuiscono ad alimentare un clima ostile e violento nei confronti di tale minoranza, un clima di intolleranza che in qualche modo « giustifica » l'atteggiamento omofobico a livello sociale e istituzionale. E c'è una sottile linea di separazione tra l'abuso verbale e l'incitamento alla violenza, soprattutto quando i destinatari sono studenti, la cui impressionabilità e sensibilità sono acute in ragione della loro giovane età e la cui identità (anche sessuale) è ancora in formazione. Del resto quelli del bullismo omofobico e della discriminazione basata sull'orientamento sessuale sono problemi gravi e tutt'altro che circoscritti. Per questi motivi la Corte reputa in definitiva non violato l'art. 10 della Convenzione. Eppure la diffidenza verso questa categoria di reati si percepisce, se non altro per il fatto che i giudici sentono la necessità di ben tre opinioni concorrenti. In particolare la Corte, non riconoscendo la natura di *hate speech* in senso stretto ai suddetti commenti omofobici, manca l'occasione di fissare in maniera chiara standard valutativi specifici per riconoscere e censurare gli *homophobic hate speeches*. In questo senso, le motivazioni della Corte appaiono poco convincenti: la manifestazione d'odio contro le persone omosessuali legittima la limitazione della libertà di espressione al pari del discorso d'odio razziale, oppure no? Quanto ha influito la particolare situazione di fatto nella decisione della Corte? Se il volantinaggio fosse avvenuto in un luogo pubblico o durante un comizio elettorale, e non in una scuola, l'esito della decisione sarebbe stato il medesimo? Probabilmente no. Il fatto che il volantinaggio abbia luogo senza autorizzazione in una scuola, un ambiente « *relatively sheltered from the political actions of outsiders* »⁸, e che i volantini vengano inseriti negli armadietti degli studenti impendendo a quest'ultimi di rifiutarli, è infatti determinante nel ritenere la condanna dei ricorrenti conforme all'art. 10 CEDU, stante anche la proporzionalità delle pene irrogate.

Più correttamente potremmo inquadrare la decisione in commento nella scia giurisprudenziale inaugurata da un altro controverso caso, *Féret v. Belgio*⁹, in cui la Corte di Strasburgo aveva affermato che « *inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner [...]* »¹⁰. Il caso riguardava la condanna del Presidente del partito politico belga *Front National*, il quale durante la campagna elettorale aveva sostenuto con

⁷ Corte europea per i diritti dell'uomo, 17 dicembre 2004, *Pedersen & Baadsgaard v. Danimarca*, causa n. 49017/99.

⁸ *Vejdeland e Altri v. Svezia*, cit., par. 37.

⁹ Corte europea per i diritti dell'uomo, 16 luglio 2009, *Féret v. Belgio*, causa n. 15615/07.

¹⁰ *Féret v. Belgio*, cit., par. 73.

toni violenti e spregiudicati slogan anti-immigrazione e anti-islamizzazione.

Contrariamente all'orientamento mantenuto fino a quel momento, siamo nel 2008, la Corte muta la sua posizione: la libertà di espressione, lungi dall'essere assoluta, non potrebbe svolgere quell'essenziale ruolo educativo per la società se non venisse bilanciata con la tutela dell'onore e della dignità dei diversi gruppi etnici. La libertà di espressione diviene principio derogabile in quanto un suo abuso minaccerebbe la sua stessa propedeuticità. Ed è interessante sottolineare come la Corte fonda le proprie motivazioni non tanto sul contenuto della propaganda, quanto sul soggetto (un politico) e sul ruolo pubblico che esso svolge. Una cosa analoga accade anche nel caso *Vejdeland*: non è tanto il contenuto dei volantini ad essere censurato, quanto piuttosto il fatto che il volantinaggio avvenga in una scuola e che i giovani destinatari non vengano messi nella condizione di rifiutare i volantini. Ne ricaviamo allora un ulteriore dato, ovvero che il bene realmente protetto non è tanto la reputazione e la dignità del gruppo minoritario colpito, bensì la sensibilità e la riservatezza dei minori.

Certamente la Corte non trascura del tutto il problema omofobia: è chiara nel ricordare come la discriminazione basata sull'orientamento sessuale sia grave al pari di quella basata sulla razza o sull'origine etnica. Tra la copiosa giurisprudenza in tema di tutela dell'orientamento sessuale (dall'illegittimità delle cd *sodomy laws* ai casi riguardanti le discriminazioni in materia lavorativa e familiare) viene citato il caso *Smith & Grady v. Regno Unito*¹¹ del 1999. In quell'occasione, la Corte in maniera chiara ritenne illegittimo il licenziamento dei ricorrenti dalle forze armate britanniche perché determinato dal loro orientamento sessuale. Eppure la tutela della dignità delle persone omosessuali non sembra essere la motivazione determinante nella decisione: è la peculiarità del caso concreto, unitamente alla proporzionalità delle pene irrogate (non si condanna alla reclusione, benché possibile in via teorica), che spinge la Corte a decidere per la non violazione dell'articolo 10. Ad ogni modo, la Corte non è unanime sull'intensità della censura da muovere contro tali discorsi d'odio e, soprattutto, sull'individuazione del discrimine tra affermazioni che effettivamente esprimono disprezzo e incitano all'odio e affermazioni meramente *politically incorrect*.

2. LA CONTROVERSA DEFINIZIONE DI « HATE SPEECH » E LA DIFFICILE INDIVIDUAZIONE DEL BENE PROTETTO.

Anche coloro che giustificano la presenza in un ordinamento democratico dell'*hate speech*, e più in generale dei reati d'opinione, avvertono la necessità di individuare delle motivazioni convincenti a siffatte deroghe alla libertà di manifestazione del pensiero. Le questioni che sorgono in relazione a questi reati chiamano in gioco interessi e valori spesso contrastanti, nonché il significato stesso di democrazia. Infatti, se è vero che a

¹¹ Corte europea per i diritti dell'uomo, 27 settembre 1999, *Smith 09:48 Grady v. Regno Unito*, cause n. 33985/96 e 33986/96.

volte « la lingua ferisce più della spada », è altrettanto vero che la libera circolazione delle idee, persino quelle che feriscono, costituisce il cuore di un ordinamento democratico.

Certamente, il fatto che la nozione di *hate speech* sia storicamente incerta e contenga concetti vaghi e difficilmente definibili non aiuta. Molto spesso l'*hate speech* viene definito come quel discorso finalizzato a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano disprezzo e intolleranza nei confronti di quel gruppo soprattutto sulla base della razza, religione o sessualità¹². Sul piano internazionale è possibile trovare diverse enunciazioni specificatamente riferibili all'incitamento all'odio: dalla *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*¹³ che condanna le organizzazioni che si ispirano a teorie basate sulla superiorità razziale e la loro propaganda, sino al *Patto internazionale sui diritti civili e politici* che stabilisce che « qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato per legge »¹⁴. Ed ancora, secondo la Raccomandazione No. R (97) 20 adottata dal Consiglio d'Europa¹⁵, il termine *hate speech* si riferirebbe a ogni forma espressiva che promuove, incita o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e ogni altra forma di odio basata sull'intolleranza. In tutti questi casi ricorrono concetti quali « disprezzo », « incitamento all'odio », « intolleranza » che per loro natura sono indeterminati e si prestano a interpretazioni diverse, come dimostra il fatto che a livello internazionale manca una disciplina uniforme. Gran parte delle legislazioni sull'*hate speech*, infatti, definiscono quest'ultimo non solo in termini di espressioni volte a provocare dispetto, ribrezzo, odio, ma anche con qualche elemento aggiuntivo che giustifichi l'intervento statale: per esempio, in alcuni casi si dà rilievo alle modalità espressive, in altri si pone l'accento sulle possibili conseguenze dannose che quel discorso è idoneo a provocare. La distinzione tra contenuto e modalità espressiva è significativa, specie in situazioni come quella della sentenza in commento: non si punisce tanto il contenuto dei volantini omo-

¹² Cfr., D.O. BRINK, *Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech*, in *Legal Theory*, 7, 2001, 119-157; M. ROSENFIELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 24, 2003, 1523-1567; R.C. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Armando Editore, Roma, 2011, 97.

¹³ *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965 ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969. All'art. 4 si dice che: « Gli Stati Parte condannano ogni propaganda e organizzazione che siano fondate su idee o teorie di superiorità di una razza o gruppo di persone di un certo colore o di una certa

origine etnica, o che tentino di giustificare o promuovere l'odio e la discriminazione razziale in qualsiasi forma, e si impegnano ad adottare immediatamente misure positive finalizzate ad eliminare ogni incitamento alla discriminazione o atto discriminatorio [...] ».

¹⁴ *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976. All'art. 20 si dice che: « Qualsiasi propaganda a favore della guerra deve essere vietata dalla legge. Qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge ».

¹⁵ *Raccomandazione No. R (97) 20*, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 30 ottobre 1997.

fobici, che può anche esprimere idee fastidiose o scioccanti, ma la modalità espressiva di quel contenuto e, dunque, la sua capacità di creare un clima di odio e violenza.

Si pone allora un problema di individuazione del discorso non protetto e del bene che si vuole tutelare vietandolo. Nel caso in cui tale individuazione non emerga chiaramente dal contenuto del discorso, è necessario determinare le basi sulle quali distinguere il discorso oltraggioso da quello che rispetta un livello accettabile di decoro. Come molti autori hanno già sottolineato¹⁶, tale distinzione si fonda sulle norme sociali che caratterizzano una data società in un dato tempo. « È con riferimento a norme, che una persona ben inserita e dunque “socializzata” in una cultura avverte come tali, che può dirsi se una data espressione sia “estrema”, e cioè idonea a violare gli standard essenziali di civiltà e quindi possibile oggetto di sanzione giuridica »¹⁷. In questo senso, le norme sociali si caratterizzano per essere necessariamente intersoggettive, in quanto si riferiscono agli atteggiamenti e agli standard che le persone si aspettano dagli altri.

Di conseguenza l'insieme di queste norme comunitarie definisce la cultura e quindi l'identità di quella certa società. Tali norme, peraltro, sono soggette ad una continua evoluzione e trasformazione e non possono quindi considerarsi cristallizzate e immutabili. Ne consegue che le norme che individuano una certa società sono costantemente « minacciate » dai mutamenti sociali ed è per questo che lo Stato interviene per applicare e stabilizzare tali standard normativi. La disciplina dell'*hate speech* avrebbe dunque lo scopo di stabilizzare norme ritenute importanti per quella data società, dal momento che « [la società] non è qualcosa che è tenuta insieme fisicamente [...], [bensì] da legami invisibili del pensiero comune [...]. [Indubbiamente] una morale comune è una forma di schiavitù. La schiavitù è una parte del prezzo da pagare alla società; e il genere umano, che ha bisogno della società, deve pagare questo prezzo »¹⁸. Quindi il diritto, nel momento in cui sceglie di intervenire, deve sempre decidere quali norme sociali e quindi quale comunità e cultura sostenere. Pertanto ogni volta che il diritto sceglie di far rispettare certe norme sociali, piuttosto che altre, necessariamente impone una particolare visione di quelle norme e questo proprio perché concetti quali il « decoroso », l'« oltraggioso », l'« odioso » non sono oggettivi, ma dipendono sempre dal senso comune dominante in quella particolare società.

Questo è un punto che i giudici europei nella sentenza *Vejdeland v. Svezia* sottolineano più volte. In particolare, con riferimento ai volantini omofobici la Corte Suprema svedese parla di affermazioni « *unnecessa-*

¹⁶ Si veda, per esempio, P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Londra, 1965; R.C. POST, *Racist Speech, Democracy and the First Amendment*, in *William 09:48 AM Mary Law Review*, 3, 1992, 2267 ss.; R.C. POST, *Law and Cultural Conflict*, in *Chicago Kent Law Review*, 78, 2003, 485 ss.; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Giappichelli, Torino, 2007; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di*

espressione. L'istigazione all'odio razziale, Cedam, Padova, 2009.

¹⁷ R.C. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Armando Editore, Roma, 2011, cit., 104.

¹⁸ P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Londra, 1965, cit., 10.

rily offensive», senza definire in concreto il requisito del «disprezzo» (*contempt*) verso un certo gruppo che le affermazioni devono esprimere per la configurazione del reato. Ciò non sfugge ai giudici Spiellmann e Nußberger, i quali insistono, ai fini della configurabilità dell'*hate speech*, sulla necessità che dietro le affermazioni offensive vi debba essere lo scopo di «*degrade, insult or incite hatred against persons or a class of persons on account of their sexual orientation*»¹⁹.

Quest'aspetto emerge anche nell'opinione concorrente del giudice Zupančič che sottolinea l'incapacità delle corti nazionali di definire con chiarezza concetti quali «disprezzo» e «incitamento all'odio»²⁰. Emblematico è il richiamo che viene fatto ad un caso analogo di pochi anni prima, riguardante le dichiarazioni omofobiche fatte da un pastore durante un sermone²¹: qui, la Corte Suprema svedese assolveva l'imputato, ritenendo che la sua condanna sarebbe stata censurata in un eventuale giudizio dinnanzi alla Corte di Strasburgo. Nel caso in esame, invece, avviene esattamente il contrario: gli imputati vengono condannati in quanto si ritiene che siffatta decisione sarà valutata conforme all'art. 10 CEDU. È in questo senso che le motivazioni della Corte svedese appaiono poco convincenti: tali volantini esprimono effettivamente disprezzo e odio nei confronti delle persone omosessuali, così come richiesto dalla norma incriminatrice, oppure no? Su quali basi allora considerare non solo discriminatoria, ma anche pericolosa e penalmente perseguibile, una manifestazione del pensiero? Che cosa giustifica un intervento pubblico regolativo che invada lo spazio della libertà di espressione? L'individuazione di questo discrimine è essenziale, soprattutto perché in gioco c'è una libertà fondamentale.

E qui torniamo alle suddette norme sociali caratterizzanti una certa società e una certa cultura: qualsiasi disciplina tesa alla limitazione del discorso odioso e discriminatorio contiene in sé, più o meno esplicitamente, una scala di valori sulla base dei quali valutare la sua ammissibilità o meno. Infatti, l'incitamento all'odio, fintantoché non si trasforma in condotta materiale, non è altro che un pensiero, un'idea; pertanto l'intervento pubblico non può che essere non-neutrale e, quindi, intrinsecamente politico. Ne è la riprova il fatto che la maggior parte dei Paesi si colloca, con sfumature diverse, a metà strada tra due estremi, ovvero tra ordinamenti «astensionistici» come gli Stati Uniti che, seguendo un'impostazione libertaria, individuano nel «libero mercato delle idee» uno dei principali momenti di crescita democratica, e ordinamenti «interventisti» come il Canada o la Germania che invece intervengono a reprimere con forza forme espressive odiose (talvolta anche prive di conseguenze sul piano fattuale) che minacciano l'ordine democratico.

Un altro aspetto critico, conseguenza diretta della difficoltà di definire la nozione di *hate speech*, riguarda l'estensione della fattispecie. Che tipo di condotta punire e che genere di sanzione prevedere. Quanto al secondo

¹⁹ *Vejdeland e Altri v. Svezia*, opinione concorrente giudici Spiellmann e Nußberger, cit., par. 4.

²⁰ *Vejdeland e Altri v. Svezia*, opinione concorrente giudice Zupančič, par. 10.

²¹ Corte Suprema svedese, caso *NJA*

2005, 805. La Corte, in quell'occasione, ha assolto Åke Green, un pastore evangelico, dall'accusa di incitamento all'odio perché aveva attaccato il matrimonio omosessuale, definendo gli omosessuali *perversi e un cancro nel corpo della società*.

profilo, la dottrina si interroga sull'opportunità della sanzione penale nei casi di espressioni odiose e discriminatorie. Rispetto agli ordinamenti angloamericani che storicamente e culturalmente considerano i casi di uso improprio della parola (l'ingiuria, la diffamazione, la violazione della privacy) come illeciti civili (*tort law*), quelli europei hanno utilizzato il diritto penale per reprimere tali condotte illecite. La disciplina dell'*hate speech* non fa eccezione. Data la dubbia offensività di tali condotte²², l'utilizzo del diritto punitivo aumenta la diffidenza verso questa categoria di illeciti per i quali si potrebbe prevedere il ricorso alla responsabilità civile.

Più problematico è invece delineare il tipo di condotta idonea a configurare il reato. In alcuni casi si dà rilievo alle modalità espressive, in altri si pone l'accento sulle possibili conseguenze dannose che quel discorso è idoneo a provocare. L'espressione odiosa e discriminatoria, infatti, non equivale necessariamente al compimento di un atto violento e discriminatorio. In particolare, nel primo caso, la normativa è concepita per colpire non solo il contenuto del discorso ma anche la modalità attraverso la quale è espresso. Pertanto l'*hate speech* sarà definito come quell'espressione formulata in modo tale da insultare, spregiare o degradare. Ne consegue che è ben possibile esprimere idee ed opinioni sulla razza, la religione o l'orientamento sessuale, ma senza superare il sentimento generale di decenza e rispetto tra persone. Il problema in questi casi è l'impossibilità di definire in maniera certa e oggettiva il confine tra ciò che è oltraggioso e ciò che non lo è. Il rischio è di cadere in quel che gli americani chiamano *viewpoint discrimination*²³, ovvero in una discriminazione del punto di vista manifestato. Nel secondo caso, invece, si richiede l'esistenza di un rapporto causale tra espressione odiosa e generazione di effetti dannosi « esterni ». Il problema in questi casi è stabilire l'intensità del nesso di causalità che deve intercorrere tra il discorso e i suoi possibili effetti dannosi, affinché una forma espressiva possa essere legittimamente sanzionata. Negli Stati Uniti si richiede una stretta connessione causale tra parola e danno, ovvero il discorso deve incitare ad un'immediata rottura della pace pubblica (*clear and present danger*²⁴). Nei Paesi europei, invece, tale nesso di causalità sembra essere più attenuato, tanto da permettere la repressione del discorso che abbia anche solo la tendenza (cd *bad tendency*²⁵) a produrre danni al sistema sociale.

²² Cfr., E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, in M. CUNIBERTI-E. LAMARQUE-B. TONOLLETTI-G.E. VIGEVANI-M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Percorsi di diritto dell'informazione*, III ed., Giappichelli, Torino, 2011; P. TANZARRELLA, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 50 ss.; P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multi-etnica*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, 111 ss.; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pen-*

siero espresso con principi costituzionali, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, 651 ss.

²³ Cfr., *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, 505 US 377 (1992).

²⁴ La dottrina del « *clear and present danger test* » si afferma a partire dai casi *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) e *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) di poco successivo. In entrambi i casi il giudice Holmes si fa fermo sostenitore della necessità di un più stretto scrutinio delle limitazioni alla libertà di espressione rispetto alla dottrina del « *bad tendency test* » seguita sino ad allora.

²⁵ La dottrina del « *bad tendency test* » trova la sua origine in un caso inglese

Peraltro, anche la giurisprudenza europea sembra essersi orientata in questa direzione. Questo è ciò che traspare dai casi *Féret v. Belgio* e *Le Pen v. Francia*²⁶ in cui la Corte ha riconosciuto la natura di *hate speech* ai discorsi anti-immigrazione e anti-islamizzazione dei leader dei due partiti politici, incriminati rispettivamente di « *publicly inciting racism, hatred and discrimination* » e di « *provocation of discrimination, hatred and violence* ». Nel primo caso la Corte decide per la non violazione dell'art. 10 CEDU, mentre nel secondo rigetta il ricorso dichiarandolo inammissibile. Qui la Corte, nel sottolineare l'enorme importanza della lotta alla discriminazione, individua in questo genere di discorsi due tipologie di effetti negativi: in primo luogo, la sofferenza psicologica e sociale patita dai singoli membri appartenenti al gruppo colpito e, in secondo luogo, l'influenza negativa generata a livello sociale. Ed è soprattutto sotto quest'ultimo aspetto che le possibili « *bad tendencies* » dell'*hate speech* vengono alla luce. Il timore è che le parole d'odio possano generare o alimentare un clima di intolleranza, discriminazione e violenza all'interno della comunità, spingendo a commettere atti discriminatori e violenti contro quel particolare gruppo di individui. Rafforzando, inoltre, pregiudizi e stereotipi millenari, contribuiscono a svilire la dignità stessa dei soggetti appartenenti a quei gruppi, in quanto l'attacco al gruppo identificante si ritorce indirettamente anche contro il singolo membro.

Sembra dunque che la Corte di Strasburgo stia percorrendo questa strada (da *Féret* e *Le Pen*, sino al caso in commento *Vejdeland*), insistendo sulle possibili conseguenze negative che le parole d'odio possono produrre nel contesto sociale (indipendentemente quindi dal fatto che siano o meno direttamente incitanti alla commissione di atti d'odio²⁷). Una limitazione della libertà di espressione così motivata non sarebbe invece accettabile negli Stati Uniti dove, a partire già dalla prima metà del secolo scorso, è stata rifiutata la teoria delle « *bad tendencies* » in favore di un più rigoroso scrutinio sul nesso di causalità. Infatti, secondo le Corti americane la « tendenza negativa » del discorso d'odio può spiegare l'adozione di discipline di regolazione dell'*hate speech* ma non può diventare il test sulla base del quale valutarne la legittimità. Il rischio è di giustificare la repressione dell'*hate speech* più sulla base delle possibili tendenze negative che potrebbe produrre, piuttosto che sulla sua concreta idoneità a incitare intenzionalmente a commettere atti d'odio²⁸.

L'indeterminatezza della definizione di *hate speech* e l'inevitabile rappresentazione di un'identità culturale dominante che si porta dietro suggeriscono la non-neutralità della sua disciplina e di conseguenza spiegano

del 1868, *Regina v. Hicklin*, in materia di osceno. La Corte ritenne che tutto il materiale che aveva la tendenza a corrompere le menti facilmente influenzabili rientrava nel concetto di « osceno », indipendentemente dalla valenza artistica o letteraria. Questo test venne fatto proprio dalla giurisprudenza americana nel caso *U.S ex Rel. Turner v. Williams* del 1904 e successivamente anche nel caso *Patterson v. Colorado* del 1907. Tale giurisprudenza sarà suc-

cessivamente *overruled* con l'introduzione del più rigido « *clear and present danger test* ».

²⁶ Corte europea per i diritti dell'uomo, 20 aprile 2010, *Le Pen v. Francia*, causa n. 18788/09.

²⁷ Così in *Féret v. Belgio*, par. 73; *Vejdeland e Altri v. Svezia*, par. 54.

²⁸ Cfr., *Féret v. Belgio*, opinione dissenziente giudici Saió, Zagrebelsky e Tsot-soria.

la diffidenza verso questa categoria di reati. Si pone quindi un ulteriore problema: come individuare gli interessi socialmente rilevanti che consentono una limitazione dell'espressione odiosa? In altri termini, quali sono i beni giuridici che realmente si vuole proteggere limitando siffatte forme espressive e in base a quali parametri effettuare il bilanciamento tra questi interessi contrastanti. Nel caso del discorso odioso e discriminatorio, la limitazione della libertà di espressione sarebbe legittimata dalla necessità di tutelare l'eguaglianza e la dignità del gruppo colpito. In questo senso è stato interpretato il limite della « *protezione della reputazione e dei diritti altrui* » previsto al secondo comma dell'art. 10 della Convenzione europea: da un lato, il principio personalista che si concreta nell'inviolabilità dei diritti della persona e, dall'altro, la pari dignità sociale, carattere essenziale dell'individuo e patrimonio di tutta la collettività. Secondo Scaffardi, « *la dignità umana può essere intesa come un valore supercostituzionale nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell'uomo e come "con-fine" degli ordinamenti stessi. [...] Si tratta di un principio costituzionale oggettivo rivolto ad una determinazione valoriale dei sistemi* »²⁹, al quale ancorare il bene giuridico protetto dalle normative sull'*hate speech*. Pertanto, nonostante l'indeterminatezza delle definizioni e dei concetti richiamati, il giudice non sarebbe privo di strumenti valutativi nell'operazione di bilanciamento: il valore della dignità umana, « *unico valore trascendente il sistema* »³⁰, diventerebbe il principio-guida per assicurare un'ideale coesistenza di diverse libertà, in una prospettiva di promozione della persona, della sua personalità e della sua dignità. Anche perché il discorso d'odio « *non apporta soltanto irritazione o sdegno, ma una vera sofferenza psichica, una perdita di autostima, ed una diminuzione della capacità di riscattarsi dalla propria situazione di inferiorità sociale* »³¹ e, dunque, rappresenta certamente una minaccia al pieno sviluppo della personalità dell'individuo.

3. FREE MARKETPLACE OF IDEAS ED HATE SPEECH: LA TUTELA FORTE DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE NEGLI STATI UNITI. UN CONFRONTO.

Il confronto con gli Stati Uniti in materia di *hate speech* e di limiti alla libertà di espressione non è casuale. Oltreoceano la libertà di manifestazione del pensiero è da sempre riconosciuta non solo come fondamentale ma quasi come sacrale. È un valore fondante la società del Sogno che deriva « *dal modo di pensare, profondamente radicato, secondo cui gli Stati Uniti sarebbero la terra delle opportunità per tutti coloro che sono stati perseguitati nel loro Paese d'origine a causa delle proprie convinzioni e*

²⁹ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009, cit., 239.

³⁰ C. PANZERA, *Frammenti di un monologo... in attesa di un dialogo. Il bilanciamento fra valori costituzionali in due casi giudiziari « scottanti »*, in E. NAVARRETTA-A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo*

tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione, Edizioni Plus, Pisa, 2009, cit., 109.

³¹ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, cit., 103 ss.

credenze»³², nonché dalla stessa storia coloniale americana che ha condotto alla proclamazione di indipendenza e alla Costituzione federale.

Come si rileva dalla giurisprudenza delle Corti americane³³, nel bilanciamento tra la libertà di espressione protetta dal Primo Emendamento e la tutela di interessi e identità collettivi prevale nettamente la prima, in ossequio al principio del *Free Marketplace of Ideas* espresso già nel caso *Abrams v. United States*³⁴ del 1919. Nella sua opinione dissenziente il giudice Holmes riprende la teoria del *clear and present danger test* e rafforza la libertà di parola affermando che « solo il pericolo attuale di un danno immediato o l'intenzione di provocarlo autorizzano il Governo a porre limiti all'espressione di opinioni [...] »³⁵. In questo senso, si chiede al Governo di essere il più neutrale possibile rispetto ai tanti concorrenti che cercano di imporre le proprie idee e le proprie norme sociali. Nel « libero mercato delle idee » ciascuna comunità o identità collettiva deve poter accedere liberamente e poter esprimere il proprio pensiero in quanto la sfera del discorso pubblico deve essere egualmente aperta a tutte le comunità e a tutte le potenziali concezioni del bene, del decente e della dignità. Tuttavia, se è vero che « [s]peech on public issues occupies the highest rung of the hierarchy of First Amendment values and is entitled to special protection »³⁶, dall'altra parte è vero anche che l'individuazione dei suoi confini non è univoca.

Tracciare la linea di demarcazione tra discorso « protetto » e ciò che non lo è diventa allora essenziale nella logica del bilanciamento tra interessi e valori diversi. La Corte Suprema americana ha scelto storicamente di circoscrivere quanto più possibile la definizione di *hate speech*, e ha individuato alcune (davvero poche) categorie di parola non coperte dal Primo Emendamento quali l'osceno, la diffamazione e le cd *fighting words*³⁷ che concernono quei discorsi capaci di provocare reazioni violente. In particolare, la dottrina delle *fighting words* viene teorizzata in modo compiuto nella sentenza *Chaplinsky v. New Hampshire*³⁸ del 1942 che individua due parti essenziali di suddetta tipologia di discorso: la prima riguarda quelle parole che *inflict injury* e la seconda comprende quelle che *tend to incite an immediate breach of peace*. La Corte ha poi precisato che soltanto le parole che costituiscono un vero e proprio incitamento, ovvero quelle che sono intenzionalmente dirette o idonee a produrre *imminent lawless actions*³⁹ non incontrano la protezione del Primo

³² V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Giappichelli, Torino, 2007, cit., 211.

³³ Si veda, per esempio, *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964) in tema di diffamazione, *Time, Inc. v. Hill* 385 US 374 (1967) in tema di violazione della privacy, *Cohen v. California* 403 US 15 (1971) in tema di affermazioni ritenute oltraggiose o indecenti, *Hustler Magazine v. Falwell* 485 US 46 (1988) in tema di infrazione di stress emotivo, *Texas v. Johnson* 491 US 397 (1989) in tema di vilipendio alla bandiera.

³⁴ *Abrams v. United States* 250 US 616 (1919).

³⁵ *Abrams v. United States*, cit. 626.

³⁶ *Connick v. Myers*, 461 US 138, cit. 145.

³⁷ Per una ricostruzione della dottrina costituzionale Americana in tema di restrizioni alla libertà di espressione si veda, tra gli altri, W.B. FISHER, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, in *The Constitutional Treatment of Hate Speech*, Atti del XVI Congresso dell'Accademia Internazionale di Diritto Comparato, Brisbane, 2002.

³⁸ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).

³⁹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969). Il caso riguardava il leader ed alcuni membri del *Ku Klux Klan* che, innalzando la croce fiammeggiante (*cross-burning*),

Emendamento. Emerge, qui, la peculiarità dell'approccio americano in merito ai discorsi d'odio verso specifiche componenti della società: non si punisce il contenuto odioso del discorso ma la sua concreta idoneità a produrre reazioni violente e danni immediati. Questi episodi chiamano in gioco il rapporto tra la collettività, le regole civili e il discorso pubblico ma, in maniera ancora più evidente, sottolineano la pretesa neutralità dello Stato contro ogni forma di pensiero unico e « statalmente imposto »⁴⁰.

Eppure anche nel contesto americano si avverte la necessità di tutelare i gruppi e le identità collettive minoritarie e maggiormente esposte all'oppressione e alla discriminazione. Infatti, per quanto la libertà di espressione possa essere essenziale per garantire la democrazia, non è possibile ignorare il fatto che « *la democrazia è perduta anche se non si frenano le pericolose tendenze, sempre insite nelle società umane, di creare vincoli di subordinazione tra classi di cittadini e di esprimere l'odio arcigno verso alcune di esse* »⁴¹. La contraddizione tra il desiderio di non favorire la diffusione di messaggi odiosi e discriminatori e l'impossibilità del pensiero americano di fissare dei limiti al Primo Emendamento trova espressione, per esempio, in legislazioni statali che tendono a reprimere le espressioni odiose ed estreme dirette a causare effetti dannosi (violenze o discriminazioni) e in correnti dottrinali più o meno autorevoli⁴² che criticano quest'impostazione eccessivamente sbilanciata a favore della libertà di espressione.

L'approccio americano risulta pertanto molto diverso da quello europeo. In Europa si avverte la necessità di esorcizzare i fantasmi del passato e di ribadire una sorta di « eticità pubblica » fondata sull'egualianza che spinge verso un maggiore interventismo, diversamente dagli Stati Uniti notoriamente caratterizzati da un'impostazione molto *liberal* e che in fondo non vuol altro che ribadire il rifiuto del *thought control* e del paternalismo statale. A ciò va aggiunto uno spiccato individualismo che esercita una forte pressione sul discorso pubblico che assume allora il difficile compito di garantire la legittimazione democratica delle autorità pubbliche in un clima di sospetto e diffidenza ereditato dalla propria storia coloniale. Eppure, nonostante questa diversità di approccio, non è infrequente che i giudici europei richiama decisioni della Corte Suprema americana in tema di *hate speech* con riferimento ai casi che hanno di

simbolo della superiorità della razza bianca, invocavano il ritorno dei neri in Africa e degli ebrei in Israele. È interessante sottolineare che questa sentenza sostituisce al « *clear and present danger test* » il più raffinato « *imminent lawless actions test* ».

⁴⁰ Cfr., *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, 505 US 377 (1992) che dichiara incostituzionale l'ordinanza cittadina contro il gruppo di giovani bianchi che aveva dato fuoco ad una croce nel piano antistante abitato da una famiglia di colore e ad un'altra simile posta all'angolo della stessa strada. La città, dice la Corte, non può intervenire a determinare il contenuto della nozione di *fighting words*, se non in base

alla loro idoneità a provocare reazioni violente immediate.

⁴¹ M. WINKLER-G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano, 2011, cit., 151.

⁴² Un esempio è la dottrina conosciuta come « *Words that Wound* », che si pone dal punto di vista dei gruppi discriminati e individua maggiori restrizioni alla libertà di espressione in nome della tutela della dignità altrui (si veda, R. DELGADO, *Words that Wound: a Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name-Calling*, in *Harvard Civil-Rights Liberties Law Review*, 1982, 133 e ss).

fronte. Non ultimo proprio nell'opinione concorrente del giudice Zupančič nella decisione *Vejdeland v. Svezia*⁴³.

Il confronto è con il caso *Snyder v. Phelps*⁴⁴, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel marzo 2011, riguardante anch'esso un episodio controverso di manifestazione del pensiero a sfondo omofobico. Fred Phelps, fondatore della *Westboro Baptist Church*, insieme con altri sei membri della congregazione, sfilano per protesta nelle vicinanze della chiesa in cui si stanno celebrando i funerali del caporale dei *Marine* Matthew Snyder, rimasto ucciso durante un'azione in Iraq. I manifestanti, in maniera pacifica, espongono simboli e cartelli con slogan anti-americani, anti-omosessuali e anti-cattolici. In particolare si leggono frasi del tenore di « *Grazie Dio per i soldati morti* », « *I froci sono la condanna delle Nazioni* », « *L'America è condannata* », « *I preti stuprano i ragazzi* » ed ancora « *Andrete all'inferno* »⁴⁵. La famiglia di Matthew scoprirà il significato degli slogan solamente dopo il funerale del figlio, vedendo il notiziario. Pertanto, il signor Snyder agisce contro Phelps, le sue figlie (anch'esse presenti alla protesta) e la sua congregazione, chiedendo che siano riconosciuti i seguenti illeciti: *defamation*, *intentional infliction of emotional distress*, *intrusion upon seclusion* (*Privacy Tort*) e *civil conspiracy*. Posto innanzitutto che si tratta di illeciti civili (e questo già la dice lunga sull'impostazione angloamericana al problema), vengono inizialmente riconosciuti i danni risarcitori e punitivi per la violazione della privacy e l'infrazione intenzionale di stress emotivo.

La decisione viene però ribaltata dalla Corte d'Appello del Quarto Circuito, la quale conclude che gli slogan trovano « speciale protezione » sotto il Primo Emendamento, in quanto quelle affermazioni concernono questioni di interesse pubblico (I), non è possibile dimostrarne la falsità (II) e si tratta comunque di iperboli, di esagerazioni retoriche volte soltanto a pubblicizzare il messaggio (III). Dunque, il Primo Emendamento protegge suddette affermazioni rispetto alla responsabilità civile sia per violazione della privacy, sia per infrazione di sofferenza psichica ed emotiva. La Corte Suprema americana, confermando la decisione della Corte d'Appello, ricorda che il discorso su questioni di interesse pubblico occupa il gradino più alto della gerarchia di valori protetti dal Primo Emendamento; la Corte, in particolare, esamina il contesto, il contenuto e la forma del discorso e al termine dell'analisi ritiene che non si possa parlare di *hate speech*. Gli slogan, infatti, si riferivano a questioni di generale interesse pubblico (il futuro dell'America e dei suoi cittadini, l'omosessualità nell'esercito, gli scandali riguardanti il clero cattolico) e, anche se potevano sembrare attacchi personali rivolti al singolo individuo, a parere della Corte avevano lo scopo di dare risonanza al messaggio sottostante attraverso una maggiore visibilità. Inoltre, continua la Corte, il fatto che la protesta sia avvenuta durante il funerale di Matthew, non è sufficiente a trasformare la natura del discorso in *hate speech*, anche perché non era la prima volta che la congregazione faceva simili dichiarazioni. Viene poi respinta anche la dottrina del « *captive audience* ». Tale nozione è per giurisprudenza costante della Corte ame-

⁴³ *Vejdeland e Altri v. Svezia*, opinione concorrente giudice Zupančič, par. 2.

⁴⁴ *Snyder v. Phelps et Al.*, 562 US (2011).

⁴⁵ *Snyder v. Phelps et Al.*, cit., 1.

ricana applicata con parsimonia (si vedano, *ex plurimis*, *Rowan v. Post Office Dept.*⁴⁶, *Frisby v. Schultz*⁴⁷) e si riferisce alla situazione di coloro che si trovano « intrappolati » all'interno di un pubblico e vengono bombardati da informazioni offensive. In altri termini, si tratta di situazioni in cui si è colpiti dalle informazioni offensive e non si ha la possibilità di eluderle. In *Snyder* il picchettaggio di protesta avveniva senza disturbare il funerale, tanto che solamente al termine della funzione i familiari venivano a conoscenza degli slogan offensivi; pertanto, la famiglia Snyder non era stata « costretta » ad ascoltarli o vederli.

Una considerazione analoga, peraltro, viene effettuata anche nell'opinione concorrente della sentenza della Corte europea *Vejdeland*. Qui, sottolinea il giudice Zupančič, i volantini contenenti le frasi omofobiche vengono distribuiti ad un pubblico di studenti (in particolare vengono inseriti nei loro armadietti). L'ambiente scolastico è un luogo sicuramente più protetto e in questo senso non può essere considerato « pubblico » alla stessa stregua di una piazza o di una chiesa: occorre un'autorizzazione per potervi accedere e per poter distribuire materiale informativo. Sebbene non si possa considerare un *captive audience*, il luogo in questo caso assume comunque un carattere decisivo al fine di ritenere legittima la condanna dei ricorrenti, diversamente da quanto avvenga in *Snyder*. Sorge spontanea una riflessione: anche il luogo di celebrazione di un funerale ha una valenza del tutto peculiare, come non manca di sottolineare il giudice Alito nelle sua opinione dissenziente, eppure ciò non è sufficiente a considerare il picchettaggio lesivo del sentimento di pietà e cordoglio. Infatti, la decisione della maggioranza in *Snyder* si basa essenzialmente su tre punti: il discorso concerne questioni di interesse pubblico; i riferimenti alla persona di Matthew hanno l'unico scopo dare maggiore risonanza ai messaggi sottostanti; infine, il picchettaggio avviene su una strada pubblica, a più di trecento metri di distanza dal funerale e in maniera non violenta. In tutto questo, però, viene del tutto tralasciato il fatto che messaggi di quel tenore, in un momento così delicato, finiscono per amplificare il dolore e la sofferenza dei familiari che vivono la perdita. Perseguire il sogno di una società democratica, in cui le questioni pubbliche possono essere dibattute apertamente, anche in maniera vigorosa, non può e non deve significare l'abbruttimento di una persona defunta e l'inflizione di ulteriore sofferenza ai superstiti, o più in generale a gruppi oppressi e discriminati. Come sostenere che il tempo, il luogo e le modalità in cui avviene la manifestazione del pensiero siano ininfluenti sulla sua capacità di arrecare danno e sofferenza ad altri? Ed è interessante sottolineare come, mentre nel caso americano questi fattori non influiscono sulla natura del discorso, che resta protetto nonostante sia riconosciuto come « oltraggioso », nel caso europeo siano proprio questi fattori a legittimare la condanna dei ricorrenti, sebbene le affermazioni non rappresentino un vero e proprio incitamento all'odio.

Ma non è solamente questo il punto che differenzia le due sentenze. L'approccio americano più *liberal* si avverte anche nel più rigido scrutinio a cui verrebbe sottoposta un'eventuale legge statale che prevedesse

⁴⁶ *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728 (1970), 736-38.

⁴⁷ *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988), 484-85.

restrizioni alla libertà di espressione. In *Snyder*, infatti, si fa riferimento ad un doppio test già teorizzato dalla giurisprudenza della Corte Suprema nel caso *R.A.V. v. City of St. Paul*. A tal proposito, il giudice europeo, sempre nella sua opinione concorrente, fa un'interessante constatazione in merito alla legge svedese sulla base della quale vengono condannati i ricorrenti: se fosse stata sottoposta a tale doppio test di costituzionalità non sarebbe certamente passata. In base alla giurisprudenza americana in tema di *free speech clause*, una disposizione statale che limita la libertà di espressione deve anzitutto evitare una « discriminazione nel contenuto » (ad esempio, lo Stato non può proibire o perseguire forme espressive anche offensive rivolte solo ad una certa categoria di soggetti « svantaggiati ») e, in secondo luogo, deve evitare una « discriminazione nel punto di vista » (per esempio, proibendo o perseguendo forme espressive spregiudicate che esprimono solo quel particolare punto di vista sul soggetto in questione). Secondo il giudice europeo, la legge svedese non lo supererebbe sotto entrambi i profili, specialmente sotto il secondo: se i ricorrenti avessero difeso l'omosessualità nei loro volantini, scagliandosi contro i « malvagi omofobi », probabilmente non sarebbero stati condannati⁴⁸.

La Corte americana è molto rigida su questo punto: nel caso *R.A.V.*, per esempio, dichiarava illegittima la legge statale che puniva le cd *fighting words* in quanto riferite solo a particolari gruppi di soggetti o espressione di un particolare punto di vista. Si sottolinea, infatti, che il Primo Emendamento deve essere interpretato in maniera neutrale e che quindi una limitazione del discorso, anche offensivo, che abbia ad oggetto solo alcune categorie di soggetti o che rifletta solo determinati punti di vista non sarebbe costituzionale. Difficilmente quest'approccio del « tutti o nessuno » sarebbe trasferibile senza riserve nel continente europeo: il passato europeo ci insegna che messaggi di questo tenore sono estremamente distruttivi per la società democratica nel suo complesso, in quanto fanno leva su stereotipi e pregiudizi che alimentano e quasi « legittimano » il clima di intolleranza e discriminazione e forse anche di violenza contro gruppi di individui, specie quelli minoritari e storicamente più esposti. Il « *Marketplace of Ideas* », caro ai costituzionalisti americani, non garantisce la leale concorrenza delle idee ed è proprio contro tale « slealtà » che pare legittimo l'intervento dello Stato.

4. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Il dibattito sull'ammissibilità dell'*hate speech* quale limite legittimo alla libertà di espressione induce ad una riflessione sul ruolo dello Stato e del diritto quali strumenti di integrazione e tutela della pluralità di identità collettive minoritarie. Quello della regolazione della manifestazione del pensiero è infatti uno dei principali banchi di prova della democrazia, un'arena nella quale si contrappongono l'omogeneità dell'identità della maggioranza e l'eterogeneità delle minoranze. Ne consegue la speciale at-

⁴⁸ *Vejdeland e Altri v. Svezia*, opinione concorrente giudice Zupančič, par. 4.

tenzione ai limiti della libertà di espressione, la quale indubbiamente rappresenta uno dei pilastri essenziali per ogni società democratica, ma che se abusata può divenire essa stessa una minaccia alla pacifica convivenza sociale. Quindi, da un lato il « *libero mercato delle idee* » e, dall'altro, la tutela degli oppressi, sfavoriti *ex ante* da una posizione « subordinata » all'interno della società. Un bilanciamento, questo, reso ancora più complesso dall'inevitabile bagaglio culturale, risultato dell'identità comunitaria dominante, che il discorso d'odio si porta dietro e che rende ogni intervento normativo necessariamente non-neutrale.

Dal confronto tra l'approccio europeo e quello americano al tema dell'*hate speech* sembra allora emergere la necessità di una ridefinizione del problema: infatti, entrambi i tipi di approcci risultano essere inadeguati allo scopo di individuare i discorsi e le idee pericolosi che minano l'integrazione e l'eguaglianza dei diversi gruppi e identità collettive minoritari. Posto che l'uso distorto della libertà di espressione può renderla paradossalmente una minaccia per l'ordinamento democratico, si fa stringente il bisogno di individuare delle linee guida uniformi sulla base delle quali fissare il discrimine tra il discorso consentito e il discorso oltraggioso, odioso e intollerante. Questo soprattutto alla luce di una giurisprudenza, specie quella europea, che si muove cauta nel bilanciamento della libertà di espressione con gli altri interessi parimenti degni di essere tutelati.

Il caso *Vejdeland* dal quale siamo partiti ne è la riprova. Qui la Corte di Strasburgo manca l'occasione per definire con maggiore certezza gli standard sulla base dei quali distinguere il discorso odioso e discriminatorio dal mero discorso *politically incorrect*. E quella che poteva apparire come un pieno riconoscimento dell'offensività dell'*hate speech* omofobico, altro non è che un'attenta analisi delle specifiche circostanze concrete che consentono di non mettere in discussione il margine di apprezzamento dello Stato contraente. È un cane che si morde la coda: da una parte, le Corti interne statali evitano di definire il concetto di *homophobic hate speech*, orientando la propria decisione sulla base della sua presunta legittimità rispetto all'art. 10 della Convenzione e, dall'altra, la Corte europea evita anch'essa di farlo, rifugiandosi dietro il margine di apprezzamento statale.

Si pone allora la necessità di trovare un test valutativo del discorso d'odio il più oggettivo possibile, che non sia né troppo rigido come il *clear and present danger test* all'americana, né troppo astratto come il *bad tendency test* seguito in alcune sentenze della Corte europea. In questo senso, due elementi sembrano imprescindibili in tale valutazione: da una parte le circostanze concrete in cui avviene la manifestazione del pensiero e, dall'altra, l'intento di incitare e stimolare attivamente all'odio. Si eviterebbe così di cadere nel rischio della discriminazione nel contenuto e nel punto di vista, in quanto non si punirebbe il discorso odioso perché nei confronti di quella particolare categoria di soggetti e neppure perché espressione di un particolare punto di vista. Si punirebbe quel discorso in quanto intrinsecamente incitante all'odio e quindi volto a creare un clima violento e discriminatorio, attraverso l'uso di epiteti oltraggiosi e stereotipanti, e dunque lesivo della dignità sia del gruppo colpito che del singolo soggetto che con esso si identifica.